

DIEZ PREGUNTAS A LUIGI FERRAJOLI

PILAR ALLEGUE*

1. *Sabemos que ha sido magistrado de lo penal durante ocho años. Su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*¹ –traducida al español bajo la coordinación del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez y al cuidado de Alfonso Ruiz Miguel– es un lúcido ejemplo de la relación existente entre un primer grado de conocimiento representado por la ciencia (en este caso, la jurídica) y un segundo de reflexión representado por el conocimiento filosófico. Pero además de esta excepcional aportación a la filosofía del derecho nos interesa saber de su dedicación a la magistratura. ¿Cuál ha sido su experiencia en la «Magistratura Democrática»? ¿Qué ha supuesto para su actividad docente? ¿Cuál ha sido su relación con el profesor Norberto Bobbio?*

Respuesta: He sido juez desde 1967 hasta 1975 y participé, en aquellos lejanos años, en la fundación de la asociación «Magistratura Democrática». Fueron, aquéllos, años de profunda renovación de la sociedad italiana, marcados por grandes luchas sociales y por una crítica radical y de conjunto de la vieja cultura jurídica y política. En

* Entrevista realizada y traducida por Pilar ALLEGUE.

¹ FERRAJOLI, L.: *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*. 1.^a ed. Vari: Laterza, 1989; 2.^a ed. Vari: Laterza, 1990.

Edición española: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. traducida por PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, ALFONSO RUIZ MIGUEL, JUAN CARLOS BAYÓN, JUAN TERRADILLOS Y ROCÍO CANTARERO. Madrid: Trotta, 1995.

la magistratura esta crítica vino exigida por el descubrimiento de la constitución republicana, que hasta entonces permanecía extraña a su horizonte ideal y cultural, con la consiguiente transformación de la función del juez, puesta en marcha por nuestro grupo. Esta transformación pretendió decir «basta» a la aplicación acrítica y mecánica de una legislación todavía en gran parte heredada del fascismo, y defender el principio constitucional de la igualdad y de los derechos fundamentales, por medio de aquella que entonces llamamos «jurisprudencia alternativa», simplemente porque estaba puesta al día en los valores de la constitución, al contrario de la jurisprudencia dominante.

Por los mismos años, empecé a enseñar filosofía del derecho. Mi formación tuvo lugar en la escuela filosófico-analítica de Norberto Bobbio. Preparé bajo su dirección, al final de los años sesenta, un proyecto de una teoría axiomatizada del derecho, de la cual entonces publiqué algunos originales, rudimentarios ensayos, pero que sólo en estos años estoy llevando a término. Mi deuda, en lo que a mí respecta, con Bobbio es enorme y no estaría ni siquiera en condiciones de enumerar las grandes y numerosas enseñanzas que, como tantos otros estudiosos de mi generación, he recibido de él.

Lo que no comparto del pensamiento teórico-jurídico de Bobbio es su concepción formal de la validez de las normas y, por otra parte, su tesis del carácter avalorativo de la ciencia jurídica. Pienso, en efecto, que la rigidez de las constituciones, generalizadas en la segunda mitad de nuestro siglo en todos los ordenamientos avanzados, ha producido un cambio de paradigma del derecho positivo que hace hoy insostenibles las tesis bobbianas, e incluso primero kelsenianas, del carácter puramente formal de la «validez» y de la identificación entre «validez» y «existencia» de las normas. Las constituciones rígidas, en cuanto normas supremas respecto a todas las demás, han insertado en el derecho una dimensión sustancial extraña al viejo paradigma paleopositivista de la omnipotencia del legislador. Gracias a ellas ha sido positivizado no sólo el «ser» del derecho, sino también su «deber ser». Este fenómeno acontece por medio de normas relativas a su producción, y no reglamentando en ellas solamente la *forma* sino también el *contenido*; el contenido se vincula a la no violación de los derechos de libertad y al cumplimiento de los derechos sociales. Se ha establecido así una separación entre la existencia o vigencia de las normas, que se deriva del simple respeto de las normas procedimentales sobre su formación, y la de su validez,

que depende también de la coherencia de los significados con los principios sustanciales de justicia establecidos por la constitución. Y, consecuentemente, ha cambiado también el papel de la ciencia jurídica para la que el nuevo paradigma asigna funciones, no ya sólo descriptivas sino también críticas y creativas en las confrontaciones del propio objeto: la crítica de las posibles antinomias entre el derecho vigente y los principios constitucionales, y la planificación de las reformas idóneas para completar las lagunas en materia de las garantías exigidas por la constitución, pero de hecho ausentes.

2. *¿Qué significa para usted la relación entre teoría del derecho y filosofía política? ¿Qué papel desempeña a su juicio la teoría general del derecho frente a problemas político-sociales?*

Respuesta: Una consecuencia del papel, que yo apenas he ilustrado, de la teoría del derecho es su nexo estrechísimo con la filosofía política. La teoría jurídica de las condiciones formales y sustanciales de la validez de las normas es, en efecto, la otra cara de la teoría política de la legitimidad de los poderes públicos, de cuyo ejercicio son producto las normas. Puesto que la vigencia y validez formal de las leyes dependen, en democracia, del respeto a las formas representativas de la producción legislativa y se corresponden, por consiguiente, con la legitimación formal o política de los poderes públicos; mientras que la validez sustancial depende del respeto de los principios y de los derechos fundamentales y se corresponden por ello con su legitimación sustancial. Inversamente, la materia y la crítica del derecho inválido equivalen a la materia y a la crítica del ejercicio ilegítimo de los poderes públicos. Por esto, a mi entender, una teoría del derecho en el estado constitucional de derecho es también una teoría de la democracia, o cuando menos de las dimensiones y de las condiciones jurídicas de la misma.

Hay además un segundo nexo entre teoría jurídica y teoría política, ligado también al cambio de paradigma del derecho concurrente con el constitucionalismo rígido. Tal muda también ha transformado la naturaleza de la democracia y la relación entre la política y el derecho. Además, la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –imponiendo obligaciones y prohibiciones también al legislador– ha introducido en la democracia, y no sólo en el derecho, una «dimensión sustancial» relativa a los contenidos de las decisiones, como añadidura a la tradicional «dimensión política» relativa únicamente al método o a la forma del ejercicio del poder. Y

por esto ha revelado como insuficiente –también en esto disiento de Bobbio– la concepción de la democracia simplemente como un conjunto de reglas del juego de carácter formal y procedimental concierne al método de las decisiones. A estas reglas van unidas aquellas, quizás todavía más importantes, relativas al contenido de las decisiones: sobre lo que no debe ser decidido por ninguna mayoría, es decir, la lesión de los derechos de libertad, o que por el contrario debe ser decidido, esto es, el cumplimiento de los derechos sociales.

Consecuentemente, gracias al nuevo paradigma ya no está el derecho para ser subordinado a la política como su instrumento, sino que es la política la que llega a ser instrumento de actuación del derecho, sometiéndose a los vínculos impuestos desde principios constitucionales: vínculos negativos, como aquellos que, generados desde los *derechos de libertad*, no pueden ser violados; vínculos positivos, como aquellos que, generados desde los *derechos sociales*, deben ser satisfechos. De tal manera, política y mercado se configuran como la *esfera de lo decidible*, rígidamente delimitada desde los derechos fundamentales, los cuales verdaderamente determinan la *esfera de lo que no debe ser o lo que debe ser decidido*, porque están garantizados para todos y substraídos a la disponibilidad del mercado y la política, no pudiendo ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, discutir legítimamente su violación o su incumplimiento.

3. *¿Piensa usted que la presencia de antinomias de principio, incluso de lagunas, en la norma constitucional puede tener consecuencias importantes en la práctica política cotidiana?*

Respuesta: Obviamente las antinomias entre principios constitucionales imponen elecciones interpretativas que están inevitablemente condicionadas por opciones y juicios de valor. Creo, no obstante, que el problema de las antinomias internas al sistema de los principios constitucionales llega a veces excesivamente dramatizado. Con él se alude, generalmente, al límite que encuentran algunas libertades fundamentales en los derechos fundamentales de los otros: como la libertad de expresión del pensamiento que no puede ceder en la injuria o en la difamación; o el derecho de huelga que, en algunos servicios públicos esenciales como la sanidad, no puede poner en peligro la salud o sanidad de los usuarios. Pero este límite no es otra cosa que el clásico principio del «no hacer daño a nadie» que está en la base de cada orden jurídico y que es un corolario del principio de igualdad. No existen límites, en cambio, a la libertad de

conciencia o al derecho a la vida o a la inmunidad contra la tortura u otras formas de liberación de la persona. Ni puede hablarse de límites o de antinomias, sino más bien de mayor o menor grado de garantía, a propósito de la mayor parte de los derechos sociales.

Mucho más importante, para los fines de la práctica jurídica y política, es el problema de las antinomias y de las lagunas cotejables en la legislación ordinaria con respecto a las normas constitucionales. Como he dicho más arriba, son propiamente estas antinomias y estas lagunas, presentes inevitablemente en el derecho con respecto a las elevadas promesas contenidas en la constitución, las que cimientan el papel pragmático –crítico y creativo– de la ciencia jurídica. Y este papel bien puede llamarse, en sentido lato, político.

4. *¿Cuál es su opinión acerca de la posible reforma constitucional italiana?*

Respuesta: Italia está viviendo una larga transición. La reforma constitucional italiana tiene un vicio de origen. Con ella muchas fuerzas políticas han intentado remediar la crisis de representatividad y de legitimación que padece el sistema entero de partidos en este último decenio, imputándosela a límites o defectos de la constitución republicana que por consiguiente ha resultado desvalorizada y desacreditada.

No obstante, si se considera el proyecto de reforma recientemente aprobado por una Comisión Bicameral, es necesario reconocer que los peligros más graves que caían amenazantes sobre el proceso de revisión –la transformación en sentido presidencialista de nuestra república parlamentaria y la reducción de la independencia del ministerio público (esto es, el fiscal)– han sido en buena parte desbaratados. La introducción de la elección popular del Presidente de la república no ha sido acompañada de una ampliación de sus poderes, de manera que ha sido mantenida la naturaleza de órgano de garantía, antes que de gobierno. Por lo que se refiere a la independencia del ministerio público –fiscal–, no sólo no ha sido reducida, sino que ha sido explícitamente garantizada. Finalmente han sido introducidas numerosas garantías penales y procesales, cuya ausencia en la actual constitución ha permitido en el pasado leyes y praxis anti-garantistas y, en años más recientes, la deformación del modelo acusatorio introducido por el nuevo código de enjuiciamiento penal.

5. *Con la crisis del estado moderno occidental la soberanía interna –características del estado de derecho–, se manifiesta como una realidad que genera conflictos y produce inseguridad política. Usted ha estudiado este concepto y señalado tres grandes aporías. ¿Cuál es su posición como filósofo jurídico-político frente a la autodeterminación de los pueblos?*

Respuesta: La soberanía, en el sentido clásico de *potestas legis soluta*, no tiene ya lugar en el derecho actual. Gracias al constitucionalismo rígido de las democracias avanzadas, no puede hablarse ya de soberanía interna, estando todos los poderes subordinados a la ley, incluso el legislativo. Y en virtud de la Carta de la ONU y de las convenciones internacionales sobre los derechos humanos, ha venido a menos también la soberanía externa. Estando el *ius ad bellum* sometido a la prohibición de la guerra, que en el mencionado sentido clásico constituía su principal atributo. La vieja figura del Estado nacional está por otro lado en crisis no sólo desde lo alto, a causa de la transferencia a sedes supraestatales (como la ONU, la NATO, la Comunidad Europea y semejantes) de muchas de sus clásicas funciones, sino también desde abajo. La fuerza centrífuga y los procesos de disgregación violenta que han afectado a muchos Estados, desde la ex Yugoslavia hasta Somalia y a Ruanda, están sin embargo desvelando dramáticamente su carácter artificial, la arbitrariedad de sus límites territoriales, lo insostenible de su pretensión de subordinar pueblos y naciones dentro de forzadas unidades, negando las diferencias en favor de las identidades comunes, y por consiguiente su falta de idoneidad o, peor, su incompatibilidad con las dos principales funciones que en Europa justificaron el nacimiento y el desarrollo del estado-nación: la de la unificación nacional y la de la pacificación interna.

En estas condiciones, el derecho de autodeterminación de los pueblos, sancionado como fundamento del proceso de descolonización por el primer artículo de los Pactos internacionales sobre los derechos económicos, sociales y culturales, –no ya sobre los civiles y políticos– de 1966, no puede significar «derecho a fundar su propio estado». Un hipotético «derecho al estado», además de contradecir el proceso de progresiva obsolescencia del viejo principio de la soberanía estatal, entraría en conflicto con el análogo derecho de otros pueblos convivientes en el mismo territorio y con el principio kantiano que funda el derecho de cada uno sobre la convivencia con la de los otros. Por esto, yo creo, en la edad de la globalización el único

–importante– significado que debemos asociar al derecho a la autodeterminación es el etimológico de «derecho a la autonomía», es decir a darse un ordenamiento democrático. En otras palabras, el derecho a la democracia política. «Autodeterminación», podemos decir hoy, es un término sinónimo de «democracia».

6. *¿Cómo enjuicia usted la relación entre teoría, incluso utopía, y praxis? En otras palabras, ¿pueden cumplir alguna función social los filósofos jurídicos?*

Respuesta: Las constituciones son grandes utopías jurídicas, nunca plenamente realizables y en alguna medida irrealizables. Pero en alguna medida realizables. Existe siempre, en efecto, una separación fisiológica dentro de ciertos límites, y más allá de ellos patológica, entre el ser y el deber ser del derecho. Esta separación, después de todo, es una característica propia de todo el derecho, unida a su carácter no descriptivo sino precisamente normativo.

De él se deriva una función social esencial para los teóricos y los filósofos del derecho: el deber de evidenciar esta permanente divergencia entre utopía jurídica y efectiva realidad del derecho por el que solicitar, sino la superación, cuanto menos su reducción. Se trata evidentemente de un compromiso cívico y político, que se promueve desde el conocimiento de la irreductible ilegitimidad que de tal separación se deriva. Precisamente, si las garantías tienen las técnicas idóneas para asegurar el máximo de efectividad de las normas y por consiguiente para reducir cuanto sea posible el divorcio arriba señalado, este compromiso se persigue en su elaboración teórica, su presentación legislativa y su respeto en sesión judicial.

7. *Desde el punto de vista jurídico el concepto de ciudadanía exige garantías para que pueda ser efectiva. ¿Cómo piensa usted que podrían garantizarse los derechos políticos y sociales, además de los civiles, al hombre o a la mujer por ser persona y no por estar vinculados a una ciudadanía propia de determinada comunidad? ¿Qué consecuencias podría tener esta concepción en el derecho internacional?*

Respuesta: El principal problema para todos los derechos es, por supuesto, su garantía. Según su diferente estructura son diversas las garantías: las garantías de los derechos de libertad consisten en

límites o prohibiciones; para los derechos sociales consisten en vínculos y obligaciones. «La declaración de los derechos», afirma el primer artículo de la sesión dedicada a los deberes de la constitución francesa del año III, «equivale a la declaración de los deberes del legislador».

En cuanto a la ciudadanía, es el último reducto pre-moderno de las diferencias de status premodernas y por consiguiente el factor principal de la desigualdad y de discriminación. La perspectiva de la igualdad junto al de una democracia internacional seguramente pasa por su supresión o, lo que es lo mismo, por su extensión a todos los ciudadanos del mundo.

8. *Frente al proyecto a-constitucional de la U.E. usted parece estar de acuerdo con el profesor J. Habermas en que el derecho tiene que ser, como creación de hombres y mujeres, quien construya las bases de convivencia desde un «patriotismo de la constitución». ¿Qué semejanzas y diferencias señalaría usted entre su posición y la de J. Habermas respecto de la ciudadanía?*

Puesto que la U.E. no se ha dado todavía una constitución, ¿cuál sería, a su juicio, una posible fórmula jurídica?

Respuesta: Europa es una entidad aconstitucional, más una unión económica que una unión política. Sin embargo, es cuestión de tiempo y sobre todo de lucha. El tipo de Europa que será edificado dependerá también de nosotros, es decir del compromiso de la cultura jurídica.

Una futura constitución europea tendría que, como todas las constituciones dignas de este nombre, introducir dos órdenes de garantías: en primer lugar, la representatividad de los órganos de la Unión, y por consiguiente la atribución al Parlamento europeo de funciones legislativas y de control sobre los órganos de gobierno, los cuales deberían estar vinculados con él por una relación de confianza; en segundo lugar, el control de constitucionalidad sobre las violaciones de los principios y de los derechos fundamentales, ya establecidos por la Convención europea de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del 1950 y de la Carta Social europea del 1961.

Comparto la tesis de Habermas de que la identidad de una nación está determinada por su Constitución, coincidiendo con él en

el sentido común cívico que consiste en tomarla en serio y que bien podemos llamar «patriotismo constitucional». Pero no comparto el uso que también hace Habermas, como tantos otros, de la noción de ciudadanía como categoría central de la teoría de la democracia. La ciudadanía, como la soberanía, es un concepto destinado a ser abandonado: «ésta», parafraseando cuanto Kelsen escribió hace más de setenta años a propósito de la Soberanía, «es la revolución de la conciencia cultural de la cual tenemos necesidad como primera cosa».

9. *Díganos como entiende usted la democracia a pesar de las promesas incumplidas y obstáculos internos y externos que magistralmente ha señalado el profesor Norberto Bobbio.*

Respuesta: Las promesas incumplidas permanecen –y están destinadas a permanecer– en alguna medida no cumplidas. La perfección no es de este mundo y sería un pésimo día aquel en el que alguno nos convenciese que éstas han sido plenamente cumplidas y realizadas. El único compromiso que podemos y debemos asumir nosotros, como he dicho, es el de cumplirlas lo mejor posible, a través de la elaboración y el respeto de garantías idóneas.

10. *Y por último, ¿cree que es posible un constitucionalismo cosmopolita respetuoso con las políticas de diferencia? ¿Cuáles serían en su opinión los límites de una futura convivencia justa internacionalmente y por ello en interrelación con otras culturas?*

Respuesta: El constitucionalismo mundial es la perspectiva y el compromiso de los futuros años. Se funda precisamente sobre el respeto de las diferencias y la reducción de las desigualdades, el uno y la otra asegurados mediante la garantía de los derechos fundamentales. Garantía de *los derechos de libertad*, que no son otra cosa que los derechos de cada uno a la tutela de todas las diferencias que forman su identidad de persona; y de *los derechos sociales*, que no son otra cosa que los derechos a la satisfacción de los mínimos vitales y en consecuencia a la exclusión de las desigualdades económicas más intolerables. Quiero decir que el constitucionalismo cosmopolita no sólo no está en oposición con el respeto de las diferencias culturales, étnicas, políticas, religiosas y similares, sino que, por el contrario es la única técnica de tutela posible. El problema –el único, pero enorme problema– es la aceptación por parte de nuestros ricos países de un sistema adecuado de garantías idóneo para hacerlo efectivo y de

los costes también económicos que tal sistema comportaría. Pero es únicamente de su actuación de la que depende la credibilidad y el futuro de nuestras mismas democracias.

Roma. Diciembre de 1997.