

Derecho y Sociedad

10 *Trabajos Jurídicos Varios*

Tulio Alberto Álvarez

Gilberto Atencio Valladares

Román J. Duque Corredor

Rafael García Pérez

Carlos García Soto

Andrés F. Guevara B.

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal

Eugenio Hernández-Bretón

Luis Enrique Mata Palacios

Ofelia Riquezes Curiel

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Diana Trías Bertorelli

Juan Miguel Matheus

Fernando Vizcaya Carrillo

Octubre

2011



supra montem posita
2 octubre 1998

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho
y Sociedad
*10 Trabajos
jurídicos varios*

Octubre 2011

Derecho y Sociedad

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
derechoysociedad@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 - Fax: (+58 212) 232.5623 Web: www.uma.edu.ve

CONSEJO EDITORIAL

Carlos García Soto
Director

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

Eugenio Hernández-Bretón

Decano

Carlos García Soto

Director de la Escuela de Derecho

Geraldine Cardozo Ríos

Secretaria

CONSEJO ASESOR DE LA REVISTA DERECHO Y SOCIEDAD

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Antonio Gámez Escalona

Ricardo Henríquez La Roche

Paul Leizaola

Enrique Pérez Olivares +

Pedro A. Rengel N.

Arístides Rengel Romberg

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

ISSN: 1317-2778

Diagramación: Ediciones Paredes

Departamento de Promoción y Desarrollo Institucional,

Universidad Monteávila

Impresión:

ÍNDICE

Editorial.....	17
----------------	----

DERECHO

El Poder Popular: La transformación del Estado venezolano
en función de una comunidad superior de participación

Tulio Alberto Álvarez.....	21
----------------------------	----

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.....	21
II. EL MARCO INSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	22
III. REFORMA LEGISLATIVA DIRIGIDA A LA ESTRUCTURACIÓN DE UN PODER POPULAR.....	26
IV. ENTIDAD DEL PODER POPULAR DESDE LA PROPUESTA DE ESTADO COMUNAL – SOCIALISTA.....	28
V. CONCLUSIONES.....	31
VI. LISTA DE REFERENCIAS.....	31

Visión actual de los «aportes» consagrados en la Ley
Orgánica contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias
estupefacientes y psicotrópicas

Gilberto Atencio Valladares.....	35
----------------------------------	----

I. RESUMEN.....	35
II. INTRODUCCIÓN.....	35
2.1. «Aportes» de la LOCTICSEP.....	37
2.2. Entrada en vigencia.....	38
2.3. «Aportes» según el Reglamento y Providencias de la LOCTICSEP. Breves comentarios.....	40
III. CONCLUSIONES.....	43

El Estado de Derecho Democrático
y el Estado Comunal Socialista.....

Román J. Duque Corredor.....	45
------------------------------	----

Política y Religión: ejemplos de la revolución
independentista venezolana

Rafael García Pérez 53

El carácter servicial de la Administración Pública:
el artículo 141 de la Constitución

Carlos García Soto 69

I. INTRODUCCIÓN 71

II. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 103.1 DE LA CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA ... 72

III. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 141 DE LA CONSTITUCIÓN 75

3.1. *Notas para su interpretación.* 75

3.2. *Ámbito de aplicación del principio: el carácter servicial
de toda la actividad administrativa* 79

3.3. *La posición del Reglamento como manifestación
del carácter servicial de la Administración* 80

3.4. *El ejercicio de las potestades administrativas en interés ajeno:
el interés general.* 81

3.5. *El carácter servicial de la Administración Pública
como criterio para el control judicial de su actividad* 83

3.6. *Las consecuencias del principio* 84

IV. LA RECEPCIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO 85

La definición de divisa en la reforma de la Ley
contra los Ilícitos Cambiarios

Andrés F. Guevara B. 87

I. INTRODUCCIÓN 87

II. BASES CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA LIC. 88

III. CONCEPTO DE DIVISA EN EL DERECHO VENEZOLANO 89

IV. CONCEPTO DE TÍTULO VALOR 92

V. LA NOCIÓN DE DOCUMENTO Y CRÉDITO COMO PARTE
DE LOS TÍTULOS VALORES 93

VI. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL 94

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN 96

Matrimonio y fidelidad conyugal en la Venezuela del s. XIX y principios del XX

Luisa Andreína Henríquez Larrazábal 99

I. RAZONES QUE PROPICIARON LA INSTAURACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL OBLIGATORIO (1873)	99
1.1. Razones ideológicas	99
1.2. Razones personales de Guzmán Blanco	105
II. EL DIVORCIO VINCULAR EN VENEZUELA (1904)	108
III. EL CONCUBINATO EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SIGLO XX	113

El arbitraje internacional y la jurisdicción de tribunales venezolanos en la Ley de Comercio Marítimo

Eugenio Hernández-Bretón 117

El Profesor Alfredo Morles Hernández

Eugenio Hernández-Bretón 131

Comentarios al Artículo 5 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario: La Intermediación Financiera

Luis Enrique Mata Palacios 135

I. INTRODUCCIÓN	135
II. LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	136
III. Intermediación Financiera bajo el Artículo 5 de la LISB	140
3.1 De los fondos del público	140
3.2 De la habitualidad	144
3.3 De los propios fondos	147
IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL	150

La Delegación Legislativa en el Marco Constitucional Venezolano

Ofelia Riquezes Curiel 151

I. INTRODUCCIÓN	151
II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES	152

ÍNDICE

III. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA	154
IV. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO	157
El Positivismo Jurídico en la Obra de Luigi Ferrajoli	
Julio Rodríguez Berrizbeitia	163
I. INTRODUCCIÓN	163
II. PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA	165
III. REFLEXIONES SOBRE LA DEÓNTICA	170
IV. EL DERECHO POSITIVO	173
V. EL ESTADO DE DERECHO	176
VI. LAS DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA	179
VII. LAS FORMAS Y EL CONTENIDO DE LA DEMOCRACIA	184
VIII. CONSIDERACIONES FINALES	184
La participación ciudadana en la elaboración de los Decretos Leyes delegados	
Diana Trías Bertorelli	187
I. Breve introducción del tema	187
II. La participación ciudadana. Fundamento constitucional	187
III. Medios de participación ciudadana en el ámbito político	190
IV. La participación ciudadana en materia normativa	190
V. La consulta popular pública y su manifestación particular en el proceso legislativo	191
VI. Producción normativa de la Administración. Potestad normativa del Presidente de la República	192
VII. La participación ciudadana dentro del ejercicio de la potestad del Presidente de la República para dictar Decretos Leyes	194
7.1. Regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública	194
VIII. CONCLUSIONES	201

SOCIEDAD

La primacía de la piedad patriótica
 Juan Miguel Matheus 205

Ética, Valores y Crisis sociales
 Fernando Vizcaya Carrillo 209

I. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE 211

II. LA PERSONA HUMANA 212

III. LA ÉTICA 213

IV. LOS VALORES 215

V. LA CRISIS 216

VI. EL BIEN COMÚN Y LAS DEFINICIONES DE JUSTICIA 217

VII. LOS PRINCIPIOS. 218

VIII. CÓMO SE CONSIGUE LA ÉTICA. 219

IX. UNA PROPUESTA DE MOTIVACIÓN PARA CONDUCTAS CON VALORES . . 221

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN 221

Referencias Bibliográficas. 222

EDITORIAL

En este número 10 de *Derecho y Sociedad* hemos querido hacer un esfuerzo especial en invitar a los propios profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. El resultado está la vista. Varios profesores de la Universidad han entregado interesantes trabajos en el área jurídica, e incluso algunos sobre temas no estrictamente jurídicos, pero relacionados con el arte del Derecho. Profesores de otras Universidades también han publicado trabajos en este número.

Una de las consecuencias naturales de la labor del profesor es precisamente esa: dar a conocer desinteresadamente a los demás los propios hallazgos, producto de la labor de preparar las clases y de la investigación que se realice sobre puntos de interés. Es sabido cómo la labor del profesor que prepara sus clases continuamente da ocasión para la profundización de aspectos que se consideran particularmente interesantes.

Por supuesto, entre los beneficiarios de esas investigaciones se encuentran los alumnos, que pueden también estudiar a partir de esos descubrimientos realizados por sus profesores.

En Venezuela hay importantes temas jurídicos que pueden recibir mayor atención científica, con el objetivo de dar soluciones cónsonas con nuestras tradiciones jurídicas.

Mucho se avanza con cada libro o artículo que se publica, porque así quienes vienen detrás pueden comenzar sobre las conclusiones a las cuales han llegado otros. En *Derecho y Sociedad* hay un espacio que ponemos a la orden para ese esfuerzo común.

Carlos García Soto
Director

Derecho

El Positivismo Jurídico en la Obra de Luigi Ferrajoli

*Julio Rodríguez Berrizbeitia*¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. III. Reflexiones sobre la Deóntica. IV. El Derecho Positivo. V. El Estado de Derecho. VI. Las Dimensiones de la Democracia. VI. Las Formas y el contenido de la Democracia. VIII. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La publicación de la obra de Luigi Ferrajoli “*Principia Iuris*” en su traducción en español en 2011 vuelve a plantearnos una reflexión profunda acerca de la sustentabilidad del positivismo en el mundo de la filosofía jurídica actual. La obra que se publicó originalmente en su edición italiana en 2007 trata de resumir aspectos fundamentales del pensamiento de un autor importante de nuestra época.

Sin perder más tiempo en introducciones podemos decir que Ferrajoli a pesar de definirse como un positivista, no puede dejar de señalar –lo cual es interesante– el papel crítico normativo que los juristas siempre han mantenido con respecto al derecho positivo. Esa afirmación deja abierta la posibilidad no señalada expresamente por el autor in comento de juzgar al derecho, más por lo que es que por lo que debería ser, con criterios no exactamente positivos. Al respecto señala Ferrajoli: “Los juristas, por otra parte, siempre han desempeñado un papel crítico y normativo respecto al derecho positivo. Lo que ocurre es que, por lo general, lo han desempeñado sin hacerlo explícito, y por lo tanto del peor modo posible, a causa de la pretensión de avaloratividad que ha pesado siempre como una obsesión sobre la cultura iuspositivista. Pero esa pretensión,

¹ Abogado Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello (1976); Cursos de Doctorado en Derecho, Universidad de Salamanca, España (1977-1978); Maestría en Filosofía, Instituto Independiente de Investigaciones Filosóficas, Toulouse – Francia (1976-1977); Maestría en Administración Pública y Gerencia en Países en Vías de Desarrollo. Universidad de Harvard, Cambridge – Massachussets, U.S.A (1983-1984); Certificado de Estudios Avanzados en Administración de Empresas (1984-1985); Universidad de New York, Nueva York, E.E.U.U. Programa Avanzado de Gerencia PAG III, Instituto de Estudios Superiores en Administración. Caracas, Venezuela (1989-1990). Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello; Profesor de Filosofía Jurídica de la Universidad Monteávila.

como hemos visto, es insostenible, ya de entrada por el carácter artificial del derecho positivo que refleja siempre algún diseño teórico normativo que no puede ser ignorado por la teoría”.² En realidad la cita es significativamente valiosa al afirmar la artificialidad del derecho como producto de un arreglo o diseño teórico normativo. En realidad el prescindir del carácter “avalorativo del derecho” pudiera ocasionar profundas transformaciones en la concepción positivista del mismo.

En este sentido las posibilidades de síntesis entre una concepción de lo estrictamente positivo y una vinculada con valores parecieran difícil de ser conciliada. En tal sentido es más contundente la argumentación externa al positivismo que la producida dentro de él. El recurrir a lo que Ferrajoli llama “el paradigma constitucional”, que sostiene su teoría del garantismo, para llamar de otro modo al iusnaturalismo o a lo que este representa, parece difícil de ser admitido de entrada a pesar de insistir el autor en el carácter o dimensión pragmática de su teoría.

Lo que si constituye un valioso aporte del autor –a menudo poco considerado por los filósofos jurídicos– es la relación entre el derecho y democracia. En este sentido el profesor Ferrajoli señala que: “la teoría del derecho es la premisa necesaria de la teoría de la democracia”. El autor que comentamos presenta una hipótesis de trabajo en la cual los derechos fundamentales y sus garantías constituyen otras tantas condiciones jurídicas de la democracia. No pasa por alto Ferrajoli que existen una serie de “condiciones pragmáticas” (políticas, económicas, sociales y culturales) que son “en gran medida” independientes del derecho”.³

Ello debe llevarnos a calibrar en su justa medida la función instrumental del derecho a la hora de contribuir al logro del bien común. Más que mistificar el rol de la democracia en la sociedad se trata de ordenarla hacia la consecución del máximo bien colectivo que solo puede lograrse en una situación de libertad entre las personas. Situación en la cual lo colectivo no puede destruir a lo personal ni lo individual a lo colectivo. El juego de esta ecuación fundamental ha probado ser complicada en el desarrollo de la historia humana. En todo caso tal como lo indica Ferrajoli el derecho con una larga tradición civilista ha sido más capaz de desarrollar las garantías de los derechos patrimoniales que la de los fundamentales. No podemos dejar de insistir en que cualquier formulación neutra de lo jurídico entendiendo por ella a cualquier pretensión del derecho como avalorativo lo que hace es aumentar exponencialmente los riesgos de convertir al derecho en instrumento de cualquier causa.

² FERRAJOLI, Luigi: *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*. Editorial Trotta, Madrid 2011, Tomo I, pg. 29.

³ Ob. cit. Tomo I, pg. 30.

II. PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA

Probablemente uno de los mayores riesgos asumidos por el autor que comentamos es el de tratar de convertir “al universo simbólico” del derecho en una teoría que pretende ser amplia en la enunciación de sus contenidos pero restringida a la hora de tomar posición por una teoría que vaya más allá de lo circunstancial de la historia jurídica y de sus creaciones particulares. Con ello no quiero convertir al autor que analizamos como positivista, iusnaturalista o constitucionalista sino simplemente exponer las cosas tal como las vemos. El siguiente párrafo es sugerente: “La teoría que aquí se elabora es pues un sistema de *principia iuris*, como expresa el título que se ha elegido para ella, en un triple sentido: porque sus tesis son principios teóricos y, a la vez, las tesis primera de una teoría axiomatizada del derecho, porque algunas de ellas, relativas a la democracia, reflejan también principios de derecho positivo; y porque otras finalmente, reflejan la estructura normativa del paradigma constitucional, en virtud del cual el derecho regula tanto la forma como los contenidos de su propia producción”.⁴

El párrafo anterior nos proporciona una mayor aproximación a la forma de entender el positivismo de Ferrajoli. De entrada debemos afirmar, como el autor lo hace, que su teoría axiomatizada (sobre lo que volveremos luego) “resulta posible, y a la vez justificada, sólo en relación con otros universos empíricos: porque el derecho positivo no es un fenómeno natural, sino una construcción artificial consistente en un discurso, que supone alguna racionalidad intrínseca que justamente se trata de explicitar”.⁵

Este punto de partida “positivista” permite al autor que comentamos contraponer lo que el llama la “razón naturalista” de Leibniz frente a la “*artificial reason*” de Hobbes según la cual las leyes y los pactos “los hemos hechos nosotros”. A lo anterior añade Ferrajoli “el pacto constitucional en el que hemos positivizado, como principios y garantías normativas, límites y vínculos para las leyes mismas”. Lo anterior nos remite a un sistema jurídico que tiene sus límites en sí mismos sin aceptar lo que Ferrajoli llama otros “universos empíricos”. Sin embargo no puede dejar de reconocer el autor que el derecho positivo no siempre ha sido tomado en serio.

En tal sentido señala: “El enfoque iuspositivista obliga a la ciencia jurídica a tomar el derecho positivo en serio, descartando la idea de que las leyes y menos aún las constituciones sean *flatus vocis* carentes –a pesar de existir positivamente– de eficacia vinculante: de que un derecho desprovisto de garantías, por ejemplo, sea un no –derecho aunque esté expresamente establecido, o de que un

⁴ Ob. cit. Tomo I, pg. 31.

⁵ Ob. cit. Tomo I, pg. 32.

acto inválido no anulable por falta de jurisdicción sea no- inválido por más que se halle en conflicto con las normas relativas a su producción”.⁶

Ciertamente el peso que asume el derecho positivo como sistema cerrado que se controla a si mismo parece excesivo. Pensar que reforzar dicho sistema con las garantías adecuadas puede resolverlo todo no es ciertamente real. Si debemos admitir que muchas de esas “garantías” dependen de decisiones que no son jurídicas. Incluso los propios garantes de su cumplimiento, aún los que deben actuar con criterios estrictamente jurídicos, actúan muchas veces por razones de otra índole.

A fin de cuentas no ignora Ferrajoli las debilidades de lo que se llama “el primer positivismo jurídico”. En tal sentido señala: “Si es cierto que en el modelo del primer positivismo jurídico derecho era todo y solo aquello que estaba establecido por la ley, cualquier referencia a principios axiológicos no expresamente formuladas por la ley quedaba excluida como una inadmisibles intrusión y contaminación del discurso científico acerca del derecho”.⁷ Lo cierto es que Ferrajoli elimina toda consideración externa al derecho positivo recurriendo a la constitucionalización de los principios. En tal sentido señala: “Gran parte de aquellos conceptos y valores, junto a los conceptos a través de los que se expresaron –libertad, igualdad, persona, derechos humanos, representación, separación de poderes, esfera pública etc., son en efecto exactamente los mismos que elaboró el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada. Sólo que, una vez constitucionalizados, dejan de ser solamente principios axiológicos externos de filosofía política y se convierten también en principios jurídicos internos –*in iure*– al universo del discurso de una teoría jurídica de la democracia”.⁸

En realidad los bienes que tratamos de alcanzar o lograr a través del derecho no son bienes porque el derecho lo reconozca sino por si mismos. La falta de reconocimiento jurídico o su negación no los hace menos valiosos y necesarios. Se trata de un orden superior al derecho positivo (incluyendo a la constitución) que sirve de fundamento al derecho que se ajusta a dichos principios.

En el fondo es mucho más lo que subyace (como fundamento del derecho) detrás de lo que el autor *in comento* menciona “como enfoques del derecho” para tratar de desvirtuar cualquier tipo de análisis diferente al positivista. Sin negar –el autor- la existencia de dichos valores o principios axiológicos. El siguiente párrafo es reflejo de lo ya indicado: “Obviamente la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía de la justicia corresponden a enfoques

⁶ Ob. cit. Tomo I, pp. 33 y 34.

⁷ Ob. cit. Tomo I, pg. 37.

⁸ Ob. cit. Tomo I, pg. 38.

diferentes, rigurosamente distintos ya sea en cuanto a los métodos de formación de sus conceptos y enunciados, ya en cuanto a los puntos de vista desde los que contemplan el mismo objeto. Pero es precisamente la teoría formal del derecho la que permite a estos enfoques diferentes, que tiene en común el mismo universo del discurso, servirse los unos de las aportaciones de los otros. Al dar cuenta de las mencionadas divergencias deónticas –entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad, la teoría permite en efecto distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles del discurso, normativo y crítico el uno con respecto al otro, y sustraerse así a las diversas y frecuentes falacias ideológicas que resultan de su confusión o de su recíproca ignorancia:

a) La falacia iusnaturalista que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas validas a pesar de ser injustas...”⁹ La falacia señalada podría tener algún tipo de valor formal que constituye precisamente uno de los argumentos con los cuales se ha criticado al iusnaturalismo. No obstante, la confusión conceptual señalada sobrepasa cualquier tipo de explicación por razones meramente ideológicas ya que el derecho no adquiere reconocimiento interno por su adecuación a las formas establecidas para aprobarlo. Ignorar esto constituye dejar en el camino la explicación acerca de porque nos sentimos comprometidos con el mismo independientemente de sus aspectos formales. El recurrir a la teoría del derecho como una disciplina neutra, pero que es capaz de darnos fórmulas semánticas parece que tampoco satisface una necesidad de explicar los contenidos. El tema esencial es la relación del derecho con la misma. El texto siguiente a pesar de su complejidad conceptual es sugerente: “...la teoría del derecho es una teoría formal, que no nos dice nada sobre lo que el derecho establece, ni sobre lo que debería establecer, ni sobre el grado de observancia de hecho de lo establecido por él. Se limita a definir y a analizar los conceptos –que son (y no cuales son o deben ser, o como operan de hecho), por ejemplo, las normas, los actos, los sujetos, las situaciones, los derechos, etc.- y a conectarlos en una red coherente de postulados, definiciones y teoremas. Y sin embargo, la teoría del derecho es una teoría empírica, dotada de un universo de discurso que es precisamente el derecho. Lo que le confiere alcance empírico y capacidad explicativa respecto a dicho universo es por tanto la relación semántica que mantiene con las tesis de la dogmática jurídica y, por otro lado, de la sociología del derecho, en virtud de la cual..., se le asocia en el primer caso una interpretación normativista y en el segundo una interpretación realista”¹⁰

El texto anterior rico por lo que plantea no por la claridad con la que asume los conceptos nos sitúa frente a una teoría del derecho que se nutre de realidad

⁹ Ob. cit. Tomo I, pg. 40.

¹⁰ Ob. cit. Tomo I, pg. 41.

para conceptualmente colocarnos frente a una conceptualización depurada de todo lo que es o debería ser libre de toda tentación de realidad. Ciertamente tenemos que aceptar la explicación porque supone una elaboración semántica capaz de contener contenidos normativos y realistas. Al final se trata de reformular una nueva teoría del lenguaje, al estilo de Rudolf Carnap que asumiendo algunos elementos nuevos de reconocimiento del ser, y del deber ser trata de explicarnos el derecho con bases semánticas. El esfuerzo de simplificación en base a fórmulas verbales o del discurso cobra su total valor con la utilización del método axiomático al cual el autor le asigna una notable “fecundidad teórica”. En este sentido indica: “un defecto del lenguaje teórico ordinario de la ciencia jurídica es su extrema ambigüedad, generado por la indeterminación de significado extencional y por la imprecisión del significado intencional de gran parte de sus términos. Un lenguaje bimilenario dotado de un léxico inmenso y polisémico como el transmitido por la tradición jurídica, es desde luego una riqueza. Lo que es indudable en el plano de la dogmática, en el que resulta indispensable para el análisis lingüístico y la explicación sistemática de un discurso complejo y heterogéneo como es el del legislador. Pero en el plano teórico, por el contrario, si bien esta riqueza e imprecisión permiten una gran agilidad de movimientos, representan un obstáculo para la claridad, la coherencia y la capacidad explicativa de los conceptos y los enunciados y son una fuente inevitable de equívocos y falsos problemas”.¹¹ Más adelante añade: “el método axiomático, gracias a las constricciones impuestas al lenguaje y al discurso teórico por las reglas de formación y transformación estipuladas, impone en cambio, opciones unívocas e informadas por la máxima economía en la formulación de los postulados y las definiciones, así como una rigurosa coherencia con los unos y las otras en el desarrollo de todo el discurso”.¹²

Es evidente por parte del autor la utilización del lenguaje de la lógica y la filosofía del lenguaje para introducirnos en el mundo de los signos y el significado del lenguaje jurídico. Conceptos como “intensión” (se refiere a el significado o connotación de una expresión) y “extensión” (hace referencia a las entidades a la que se aplica la expresión) son prueba de lo anteriormente señalado. Si bien la utilización de los métodos axiomáticos para describir el Derecho se remonta, según algunos historiadores del derecho a Thomasius el desarrollo de Ferrajoli es interesante. De hecho dedica el tercer tomo de su obra “*Principia Iuris*” a la sintaxis del derecho. Con la axiomatización de la teoría del derecho pretende diseñar una sintaxis lógica del discurso teórico y de las complejas estructuras de los ordenamientos jurídicos que forman su objeto. Como bien dice el autor

¹¹ Ob. cit. Tomo I, pg. 51.

¹² Ob. cit. Tomo I, pg. 51.

in comento: “El lenguaje de la teoría axiomatizada del derecho es un lenguaje formalizado definido por el vocabulario y por las reglas que se estipularán...”¹³

El optimismo del autor se refleja en el siguiente comentario: “...el método axiomatizado es esencialmente una herramienta del razonamiento, tanto más precioso, cuanto más complejo y extenso sea el sistema teórico elaborado. Sirve para determinar los problemas para no eludir sus dificultades, para orientar y controlar sus soluciones imponiéndolas en todo caso como condiciones para proseguir...”¹⁴

El comentario del autor estudiado más la continuación del mismo, no citado por la naturaleza de este trabajo, ilustra el convencimiento del autor en llegar a formulas científicas que resuelvan los problemas de la doctrina jurídica. El optimismo excesivo, poco realista con respecto a una realidad social que contiene otros elementos distintos a los observables, no desmerece de su metodología que nos puede enseñar cual es el camino más correcto. Es acertado su comentario con respecto a las numerosas aporías y parallogismos teóricos e ideológicos que se esconden en el lenguaje común.

De alguna manera u otra limpiar al derecho del lenguaje común puede ser un objetivo deseable, a fin de convertirlo en una ciencia. No obstante luce complicado hacerlo. Como construir un lenguaje de aceptación universal (al menos dentro de una sociedad particular) que disminuya las controversias interpretativas con respecto al derecho parece arduo. El esfuerzo de Ferrajoli es inmenso pero parece ser una vuelta a una teoría que no puede sustentarse solo en la formalidad del lenguaje a pesar de la tranquilidad que dicha interpretación nos puede dar. En realidad el lenguaje solo expresa las modalidades de comunicar situaciones en un momento determinado. El gran tema sería construir algo con significaciones permanentes. Al final estamos frente a formas cambiantes de referirnos a lo conceptual que puede darnos significados variables. Frente a ello la permanencia de los principios inmutables, al menos como referencia, pueden darnos algún grado de estabilidad conceptual. No podemos negar el eminente esfuerzo del autor que comentamos en el sentido de “encarrilar el razonamiento sobre rieles bien comprobados”¹⁵

La comprobación a la cual trata de llegar presenta una intencionalidad valiosa pero dejar dudas con respecto al resultado. No obstante, el esfuerzo es digno de reconocimiento y nos introduce en un mundo que a pesar de no darnos respuestas definitivas nos permite reflexionar acerca de la teoría del derecho. No podemos en este trabajo dedicar toda nuestra atención acerca de lo que Ferrajoli llama la “metateoría del derecho” pero hay en su obra aspectos particulares relacionados

¹³ Ob. cit. Tomo III, pg. 7.

¹⁴ Ob. cit. Tomo I, pg. 55.

¹⁵ Ob. cit. Tomo I, pg. 55.

o no con el núcleo de la misma que ilustran problemas de actualidad jurídica permanente.

El ser este un ensayo general nos da la flexibilidad suficiente para comentarlos. No puedo dejar de mencionaren este ensayo para valorar correctamente la posición del autor que comentamos el enfoque específicamente referido al estado constitucional de derecho del cual hablaremos luego.

III. REFLEXIONES SOBRE LA DEÓNTICA

Para nosotros en nuestro núcleo de reflexión nos parece interesante referirnos a un tema siempre presente en la relación entre positivistas y iusnaturalistas que no es otro que la moral. Sobre ello dice Ferrajoli: “Las reglas de la moral, como las del ajedrez, son sistemas estáticos porque en ellos el añadido o la modificación de una regla produciría el cambio del sistema o del juego: otro sistema moral o un juego nuevo y diferente. El derecho positivo es por el contrario un sistema dinámico porque sus reglas son todas y únicamente las producidas con arreglo a esa norma de reconocimiento que es el principio de la legalidad”.¹⁶

El referirse al reconocimiento tipo Hart sin relación a la posición del actor (interna o externa) deja parte de la riqueza del concepto en el camino. El reconocimiento de las antinomias por parte del autor nos obliga a pensar en un derecho positivo (tal como lo hacía Hart) que crea una serie de paradojas (mencionadas por el autor) que deberían obligar a revisar los conceptos que tenemos con respecto al derecho. Ciertamente acudir a Vico para diferenciar lo “cierto” de lo “verdadero” lo que produce es crear algunas dudas con respecto al valor general del positivismo. De hecho el recurrir al positivismo como soporte general o introductorio del iusnaturalismo en el paradigma constitucional no parece una tesis de gran fortaleza. El comentario es el siguiente: “El iuspositivismo, en su actual paradigma constitucional, es en efecto el único tipo de experiencia jurídica que permite la garantía de aquellos principios y valores (la igualdad, la libertad y los derechos sociales) que provienen ciertamente de la tradición iusnaturalista, pero que sólo en cuanto positivizados como en otros tantos vínculos jurídicos en las constituciones actuales pueden aspirar a algún grado de efectividad”.¹⁷

Al final del día la efectividad es importante pero nada nos dice con respecto al fondo moral de la necesidad de tener dichos principios en el derecho. Creo que Ferrajoli de alguna manera acepta el “vínculo moral” como fundamental en el derecho a pesar de tratar de vincularlo con una tradición histórica de naturaleza evolutiva.

¹⁶ Ob. cit. Tomo I, pg. 112.

¹⁷ Ob. cit. Tomo I, pg. 114.

Su comentario es el siguiente: “El desarrollo histórico del derecho y del estado de derecho se produjo en efecto bastante más por la progresiva destrucción de los vínculos prejurídicos e informales que dominan el estado de naturaleza que por la introducción de vínculos jurídicos respecto a un imaginario estado de naturaleza dominado por la libertad. El derecho –y más que nunca el derecho moderno– es en efecto un sistema de reglas que no nace en el vacío sino que se sobrepone, con la pretensión de desbancarlos en las materias que regula, a otros códigos normativos y a otros sistemas de poder: de tipo familiar, religioso, social o incluso meramente cultural”.¹⁸ En realidad la moral personificada en temas religiosos o naturales es algo más profundo que aspectos culturales sujetos a los cambios históricos. Sin entrar en la diferenciación entre los distintos sistemas deónticos (lógicos) como la moral y el derecho podemos resaltar la idea central del profesor Ferrajoli con respecto a los conceptos de efectividad e ineffectividad que existen en la literatura kelseniana como eficacia e ineficacia (se refiere a la conformidad de la conducta con la norma). En efecto para Ferrajoli: “Efectividad e ineffectividad son dos conceptos centrales de la teoría del derecho... La especificidad del derecho respecto a los demás sistemas deónticos reside en el hecho de que... él dispone de un conjunto de garantías jurídicas –como la previsión de obligaciones o prohibiciones, que llamaré garantías primarias... y la sancionalidad y la anulabilidad de sus desobediencias como actos ilícitos o inválidos que llamaré garantías secundarias –dirigidas a asegurar la efectividad de las modalidades y las expectativas jurídicas mediante técnicas adecuadas para remover, reparar o prevenir su ineffectividad”–.¹⁹ La idea anterior nos coloca frente a variables externas (el autor que comentamos las menciona como “hechos empíricos”) que deben ser incorporadas dentro de la teoría como comportamientos que sirvan de base a definiciones formales. Lo anterior obliga a formular definiciones en términos de facultades, obligaciones y expectativas positivas; y prohibiciones y expectativas negativas. Por ejemplo: “la libertad personal y los demás derechos de libertad, esto es, la inmunidad frente a las detenciones arbitrarias u otras formas de perturbación indebida, son a su vez efectivos, a la vez que las prohibiciones correspondientes a los mismos, si no son violados, es decir, si no tiene lugar tales detenciones o perturbaciones, mientras que serán ineffectivos en caso contrario”.²⁰

En realidad la “garantía” de Ferrajoli que amplía notablemente la “coacción” del positivismo clásico estilo Austen parece ubicarnos dentro de espacios no dependientes del derecho que podrían requerir análisis más amplios como por ejemplo el de los “sistemas sociales”. El propio Ferrajoli reconoce la posibilidad

¹⁸ Ob. cit. Tomo I, pg. 125.

¹⁹ Ob. cit. Tomo I, pg. 159.

²⁰ Ob. cit. Tomo I, pg. 161.

–muy común en ciertos entornos jurídicos como el de nuestro país– que “existan normas que con respecto a un determinado comportamiento dicten la expectativa positiva o la expectativa negativa, pero que no existan normas que establezcan su obligación y su prohibición correspondientes que, por ejemplo, exista el derecho a la salud o el derecho a la integridad personal, pero no existan ni instituciones de garantía del primero ni prohibiciones penales en garantía del segundo”.²¹

A simple vista y sin ahondar en lo que la riqueza del tema puede generar pareciera que corremos el riesgo de “normativizar” no solo los derechos mínimos de una sociedad sino también las aspiraciones de la misma. Todo ello bajo el velo del “garantismo”.

Al final el análisis “deóntico” que hace Ferrajoli se refiere como él mismo señala a cualquier sistema de prescripciones referidas a comportamientos humanos. El desarrollo de su idea tiene elementos comunes con Hart el cual no recurre expresamente a la deóntica. En todo caso la mención de Ferrajoli es la siguiente: “Entiendo por sistema deóntico a cualquier sistema de prescripciones referidas a comportamientos humanos, desde los preceptos morales a las reglas de vestir o etiqueta, de las reglas de los juegos a las normas técnicas y a los imperativos de la vida cotidiana, hasta llegar a las prescripciones y reglas propiamente jurídicas”.²² En el desarrollo deóntico de Ferrajoli se agrupan entre otros, temas relativos a: sujetos, status y cosas. Ello cubre temas clásicos del derecho bajo una óptica particular. No podemos por la extensión de este ensayo referirnos a ellos pero comentemos algunos a título de ejemplificación sin pretender agotar el tema. Con respecto a la teoría de los sujetos (las personas) el autor in comento se debate entre los conceptos de “autor” y “titular” lo cual en su opinión “no agota todas las formas posibles de adscripción subjetiva”. Lo interesante es como se formulan los derechos de acuerdo con el lenguaje legal. En este sentido señala nuestro autor que el lenguaje legal hace uso de términos, de expectativa y de normas imperativas. En este sentido señala Ferrajoli: “Las normas en términos de expectativa son las más difundidas en los textos constitucionales y esto justifica la opción de formular en términos de expectativa la teoría del estado de derecho y de la democracia. Son por ejemplo expectativas negativas o positivas los derechos de libertad, el *habeas corpus*, los derechos de las minorías lingüísticas, el derecho de huelga, el derecho al trabajo, los derechos a la salud, a la educación, a un salario justo, etc. sancionados generalmente en la primera parte de las constituciones. Por el contrario, las normas imperativas son las más difundidas en la legislación ordinaria y en particular en la penal, constituida por prohibiciones de comportamiento sancionados como delitos. En cuanto al derecho civil, está expresado

²¹ Ob. cit. Tomo I, pg. 166.

²² Ob. cit. Tomo I, pg. 106.

tanto en términos de expectativas (es decir, de derechos, reales o de crédito) como obligaciones (estos es, obligaciones civiles).²³ Pero lo sujetos actúan o se expresan a través de “comportamientos: “Los comportamientos, además de tener sujetos, pueden tener también objetos. Esto es lo que son las cosas, que definiré como los objetos de posibles comportamientos dirigidos a su utilización: dicho de otro modo, los objetos ventajosos, en el sentido de que los comportamientos que los tienen por objeto reflejan el interés de sus autores”²⁴

El tema de los comportamientos tomando Ferrajoli como base las reglas de los juegos y el concepto weberiano de “sentido de la acción social” es teñido desde el punto de vista deóntico de sentido inteligible o significativo. Solo este tipo de comportamiento interesa a la hora de configurar la teoría jurídica. Es el sistema normativo sujeto a cambios históricos-culturales el que determina los comportamientos que califican a objeto de ser escogidos por el derecho como señala Ferrajoli: “Un sistema deóntico no es sino un sistema de significados compartidos pragmáticamente por medio de los cuales son leídos, interpretados, valorados y orientados los comportamientos que califican”²⁵

IV. EL DERECHO POSITIVO

Al final del día no puede haber una teoría positivista que no desarrolle una especial atención con respecto al derecho positivo. No se trata de hablar de las teorías generales de la norma sino más bien de temas centrales para la dogmática jurídica como: actos, situaciones, personas y bienes. En este sentido el autor que estudiamos trata de definir la naturaleza del derecho positivo: “El derecho positivo es un fenómeno artificial, cuyo fundamento empírico reside en hechos empíricos de tipo extra –o prejurídico–, es decir, externos al derecho mismo”²⁶ En realidad nos acercamos a un positivismo tradicional que reconoce el fundamento del derecho en una factibilidad externa al mismo. Como esos hechos que nos interesan legalmente se transforman en signos y significados para el lenguaje jurídico constituye un universo “simbólico pragmáticamente operativo”. De no ser operativo poco interés tendría para el derecho positivo. Dentro del orden positivo señalado el concepto de persona que le interesa al derecho no es de la filosofía trascendental sino más bien el estrictamente positivo del sujeto de derechos y deberes con lo cual el reconocimiento del *status personae* (ya existente en el derecho natural) no es otra cosa que la positivización de una aspiración humana. Ferrajoli no tiene dudas en afirmar: “Es sin duda verdadera

²³ Ob. cit. Tomo I, pg. 185.

²⁴ Ob. cit. Tomo I, pg. 199.

²⁵ Ob. cit. Tomo I, pg. 211.

²⁶ Ob. cit. Tomo I, pg. 277.

la tesis kelsiana según la cual persona no es más que la “unidad personificada de un conjunto de normas jurídicas”, o sea, de obligaciones y autorizaciones. Es asimismo verdad que eso puede afirmarse no sólo para la persona jurídica sino también para la persona física; la cual entendida como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes o el objeto de tales derechos, sino simplemente una personificación de esos deberes y derechos”.²⁷

Del tratamiento positivista que se da al tema de la persona se puede derivar sin mayores problemas la concepción del autor que comentamos al respecto a la relación entre la moral y el derecho.

En tal sentido señala Ferrajoli: “...la cultura jurídica moderna, fundada sobre la libertad individual, como la moral laica, fundada sobre la autonomía de la conciencia, nacen de la reciproca autonomización y separación entre el derecho y moral”.²⁸ Si por moral laica entendemos la “autonomía” en el sentido kantiano desarrollado con lujo de detalles por del Vecchio podemos aceptar sin mayores reparos el concepto. No obstante, la separación no puede entenderse en términos de dos sistemas totalmente separados sino más bien de un sistema (la moral) más amplio que el derecho con las diferenciaciones conceptuales desarrolladas a lo largo de la historia de la filosofía jurídica.

El fundamento humano además de artificial del derecho positivo es asumido por Ferrajoli como postulado del positivismo jurídico. En virtud de ello se asume una posición ideológicamente neutral con respecto a las personas las cuales solo pueden ser naturales a la hora de ser capaces de obrar. Ello tiene una significación clara –para el autor– en términos del ejercicio de ciertos derechos. El siguiente comentario es revelador: “En contraste con las diversas metafísicas estatalistas que subyacen a las doctrinas ius-publicistas de la soberanía estatal, dichas tesis afirman que constituyentes solo son los sujetos naturales, es decir los seres humanos de carne y hueso a quienes corresponde en exclusiva el poder constituyente que está en el origen de todo el derecho positivo, que no corresponde a los Estados ni a otros sujetos constituidos análogos. En efecto, solo éstos con capaces de obrar, mientras que no lo son las personas jurídicas o artificiales, que son por ello no solo constituidas sino también accionadas, en nombre suyo y por cuenta suya, por otros seres humanos”.²⁹ El señalamiento anterior tiene enormes repercusiones en la teoría de la representación a la cual se puede dedicar un trabajo distinto al presente. Sin embargo no podemos

²⁷ Ob. cit. Tomo I, pp. 330 y 331.

²⁸ Ob. cit. Tomo I, pg. 336.

²⁹ Ob. cit. Tomo I, pg. 347.

dejar de poner de relieve las dificultades que podría generar el considerar a la representación orgánica –como hace Ferrajoli– metáfora “antropomórfica”.³⁰ Sin embargo no es desdeñable y ello constituye un mérito de la tesis axiomática el poner algunos límites a los conceptos para dejarlos fuera de las dudas que la teoría jurídica puede generar. Por ejemplo, cuando se refiere a “representación” señala. “Representación es la relación jurídica en virtud de la cual un sujeto jurídico está obligado a satisfacer las expectativas y a tutelar los intereses de otro sujeto, al que le son imputables los actos realizados por el primero en su actuación de situaciones de los que es titular el segundo, y sin que entre los dos pueda existir ningún conflicto de intereses”.³¹

Un tema al cual Ferrajoli otorga un importante grado de consideración es el de “las normas”. En efecto señala: “A diferencia de los conceptos de “acto”, “situación”. “persona” y “bien”, el concepto de “norma”, ha nacido como categoría general de la teoría del derecho... Las distinciones analíticas... Y el vocabulario del que disponemos nos permite...estipular una definición muy simple de “norma”, idónea para recoger, directamente o a través de tesis derivables a partir de ella, todos aquellos y solo aquellos elementos esenciales a su noción iuspositivista.

Norma jurídica o simplemente “norma”, diremos, es toda regla producida por un acto jurídico”.³² De hecho el autor que comentamos señala que todo acto (no constituyente) supone una norma que lo prevé como tipo normativo o supuesto.³³ En un desarrollo algo complejo en su “léxico” Ferrajoli toma la identificación de los problemas relativos a la estructura de los ordenamientos positivos desarrollada por Bobbio (unidad, coherencia y plenitud) para explicar problemas a los cuales el positivismo ha dado o pretendido dar explicaciones satisfactorias. La no inhabilidad de los sistemas positivos no puede ser suficientemente explicada acudiendo a la tesis del “debe ser”. Ferrajoli sobre este tema afirma. “...se comprende como unidad, coherencia y plenitud no son características sino requisitos de los sistemas jurídicos. No describen su ser sino que enuncian su “deber ser”.³⁴ A fin de cuentas la resolución de antinomias y lagunas –largamente documentadas por el positivismo– no puede ser, como tan sencillamente pretende Ferrajoli, asignada al propio derecho mediante el “sistema de garantías”. El punto es más importante aún por la relación que el autor asigna al derecho y a la democracia. Volver a plantear la fuerza del derecho y su efectividad en la aceptación social de los significados normativos, entendiendo al derecho como un enorme aparato

³⁰ Ob. cit. Tomo I, pg. 347.

³¹ Ob. cit. Tomo I, pg. 351.

³² Ob. cit. Tomo I, pg. 395.

³³ Ob. cit. Tomo I, pg. 412.

³⁴ Ob. cit. Tomo I, pg. 421.

simbólico, es correcto. Lo no correcto en nuestra opinión, es pretender vaciarlo de contenido metafísico para sujetarlo a un mero consenso que no asegura la moralidad de los contenidos aprobados tal como ha sido puesto de relieve por los iusnaturalistas.

El siguiente texto que trata de prescindir de “interpretaciones metafísicas” es revelador: “El derecho es el producto no ya de un contrato estipulado en un imaginario pasado. Es el resultado y al mismo tiempo la actuación de la convención fundamental –implícita y cotidianamente reafirmada por su propia efectividad– sobre el significado prescriptivo de las normas jurídicas. Es claro que tal aparato simbólico entre en crisis en dos circunstancias: cuando la credibilidad de la convención fundamental resulta minada por las violaciones sistemáticas de las normas sobre la producción de normas por parte de los propios poderes normativos; y cuando la lengua jurídica se torna incomprensible a causa de la inflación normativa, de la oscuridad de las leyes, de su contradictoriedad, ambigüedad, vaguedad o indeterminación semántica”³⁵. Nosotros añadiríamos a lo anterior cuando se usa expresamente las formulas jurídicas para violar abiertamente principios morales que sirven de fundamento al derecho y a su justificación. Esto último difícilmente puede ser admitido por nuestro autor en análisis. En todo caso el texto anterior preocupa por las similitudes que presenta la situación del derecho en nuestro país con lo descrito. La solución no es sólo jurídica sino que pasa por un acuerdo político de subordinar la política al derecho. Dicho acuerdo es en definitiva moral. Lamentablemente la fuerte dependencia a la “fuerza” cuando se pone en duda la efectividad del ordenamiento parece más un recurso disponible que la revisión profunda de lo que tenemos. Permítanme el siguiente comentario de Ferrajoli: “Un sistema normativo..., funciona como derecho –por lo general– sin que sea necesario recurrir cada vez al uso de la fuerza, en cuanto esta fundado, en vía primaria, sobre el consenso, en el doble sentido de adhesión espontánea y de sentido común compartido por todos o al menos por la mayor parte de sus actores acerca de las normas que pertenecen a él”³⁶.

V. EL ESTADO DE DERECHO

Las ideas de “mera legalidad” y “estricta legalidad” alimentan en Ferrajoli dos sentidos del concepto (fórmula genérica) de estado de derecho. En el primer sentido la fórmula : “significa simplemente “estado legal”, es decir, un modelo de ordenamiento en el que la ley, cualquiera que sea su contenido, es condicionante de la validez y eficacia de los actos que prevé. En el segundo sentido indica, además, un modelo de ordenamiento en el que todos los poderes, incluido el legislativo,

³⁵ Ob. cit. Tomo I, pg. 425.

³⁶ Ob. cit. Tomo I, pg. 443.

están sometidos a la ley, a la cual por lo tanto está ella misma condicionada, en la predeterminación de los efectos de los actos, a límites y vínculos de carácter no sólo formal sino también sustancial”.³⁷

En todo este tema es fundamental la existencia del “poder” como soporte fundamental del derecho. Sin poder no hay derecho decían los antiguos. Ahora bien como concebir al poder en el estado de derecho. Se trata de un factor necesario pero al cual no puedes subordinarte por el riesgo de sucumbir frente a él. Ferrajoli sobre este tema señala: “En el estado de derecho, de todas las situaciones activas el poder es indudablemente la más compleja y problemática. Evidentemente, se trata de un poder muy diferente a los poderes culturales, religiosos, afectivos o de cualquier modo extralegales o ilegales. Frente a esos poderes desregulados, los poderes jurídicos se caracterizan.... sólo a los conferidos por decisiones validas tanto formal como sustancialmente”.³⁸ Lo anterior no garantiza mucho frente a un ejercicio totalizante que no pierde tiempo en los “detalles” formales o sustanciales. En realidad sin poderes en equilibrio lo que se puede esperar no es garantía de absolutamente nada. Como quedan los “derechos” frente al poder cuyo único límite es el estado de derecho. Como se traduce en la práctica la protección del derecho como interés jurídicamente protegido. No nos referimos a una protección, tradicional en el derecho civil, frente a terceros, nos referimos a como protegernos frente al enorme poder del estado que al despersonalizarse y abstraerse frente a concepciones hegelianas de destino se nos muestra como una fuerza difícil de quebrar. Como quedan los derechos subjetivos frente al destino de un pueblo más si éste está vinculado con el de una revolución cuya suerte final no conocemos. A fin de cuentas el precio que tenemos que pagar por la “certeza” pone en juego todo lo valioso que el derecho nos aporta como medio de coordinación social. Ferrajoli lo expresa en términos positivistas: “El precio que el positivismo paga a la certeza del derecho, sino también su posible falta de plenitud. Pero se trata de un precio necesario, dado que sobre el mismo se funda el entero edificio del garantismo y del estado de derecho”.³⁹

En el tema de los derechos fundamentales nos causa un alto grado de duda la conceptualización “formal” de los mismos ya que la dependencia del derecho positivo nos deja a la merced de relativismos históricos contrario al reconocimiento de una realidad presente en los seres humanos por el sólo hecho de ser personas. Todo lo señalado anteriormente adquiere su forma de expresión formal en la siguiente cita de Ferrajoli: “...No existen derechos naturales o prejurídicos; también

³⁷ Ob. cit. Tomo I, pg. 461.

³⁸ Ob. cit. Tomo I, pp. 561 y 562.

³⁹ Ob. cit. Tomo I, pp. 653 y 654.

los derechos fundamentales son siempre situaciones no constituyentes sino positivas, o sea producidas por actos y precisamente, por fuentes normativas”.⁴⁰

Lo anterior tiene que ser entendido dentro de una concepción del bien anti-ontológica en la cual no se reconoce la existencia del mismo fuera del derecho lo cual comete un error fundamental de pensar que los bienes los creamos en la civilización y no los reconocemos como algo existente lo cual equivaldría a decir que el universo existe porque así lo establecimos en una norma positiva. La cita siguiente de Ferrajoli es suficientemente descriptiva de lo que queremos expresar: “...la calificación de un bien como fundamental es un hecho histórico y cultural, antes que jurídico, y no tiene nada de ontológico. Históricamente, la cantidad de bienes fundamentales crece con el desarrollo de la civilización”.⁴¹

No parece lo más adecuado negar el valor ontológico de los derechos fundamentales lo cual abre la puerta a su no reconocimiento por circunstancias históricas particulares ya vistas a lo largo de la historia. Tratar de sustituir al iusnaturalismo por el ius-constitucionalismo para salvar lo fundamental del positivismo no constituye una garantía fundamental de preservación de los derechos humanos frente a cambios “políticos”. Porque prescindir de lo eterno y permanente por más que cueste leerlo a lo largo del tiempo frente a “los casuales contenidos históricamente dados por los ordenamientos estatales” tal como dice Kelsen.⁴²

El hecho de la dependencia de lo empírico como proceso central en la creación del derecho y como factor de separación de las tesis anteriores al positivismo no deja de crear en el autor que comentamos la necesidad de extremar el alcance del derecho positivo soportado con el garantismo que se deriva de él como un sistema totalmente autosuficiente. Ello no quiere decir que se le califique de complejo para poder entender o justificar las lagunas y antinomias que un sistema como tal es capaz de producir. El siguiente comentario del autor que comentamos profundiza un poco más en el tema moral-derecho que es básico para entender su conceptualización general del derecho: “...es la estructura nomodinámica del derecho positivo la que obliga a distinguir entre los derechos fundamentales reconocidos y sus garantías legislativas. Como justamente Kelsen nos ha enseñado, a diferencia de los sistemas nomoestáticos como la moral y el derecho natural, donde las normas se reducen unas a otras, en los sistemas nomodinámicos, como es precisamente el derecho positivo, la existencia de una norma y por lo tanto de los derechos y de los deberes por ella expresados no es

⁴⁰ Ob. cit. Tomo I, pg. 687.

⁴¹ Ob. cit. Tomo I, pg. 737.

⁴² Ob. cit. Tomo I, pg. 850.

por lo compón deducida de la existencia de otra norma, sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción”.⁴³

La obra de Ferrajoli tiene fuertes elementos del llamado neopositivismo – lógico sin embargo parece no haber logrado superar éste tal como lo hizo el neoconstitucionalismo de McCormick y Ota Weinberger.– Este es un tema que requiere de un análisis más detallado. Sin embargo el renunciar al positivismo lo cual no hace –y aceptar abiertamente el neoconstitucionalismo– lo cual parece inferirse de muchas partes de su obra podría haber reducido en la obra del profesor italiano las tensiones entre derecho positivo y derecho natural. No obstante no podemos dejar de admirar en la obra analizada el enorme esfuerzo realizado por el autor en orden a identificar “espacios” de ilegitimidad del derecho y excesos de poder.

VI. LAS DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA

En otro orden de ideas el tomo dos de la obra de Ferrajoli contiene importantes ideas con respecto a la teoría del derecho y de la democracia. Cuando, por ejemplo nos habla de la escasa consistencia teórica de una noción de democracia solamente formal que pretende ser consecuente consigo misma nos sentimos pisando tierra conocida. Su cita es de una elocuencia magnífica: “...para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede –o al menos puede no– sobrevivir: en línea de principio siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos. Siempre es posible suprimir, por mayoría, los derechos de libertad e incluso el derecho a la vida. Más aún: es posible democráticamente, es decir, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en una palabra, todo el sistema de reglas en que consiste la democracia política.

No hablo de hipótesis de escuela: aludo a las terribles experiencias totalitarias del siglo pasado, cuando el fascismo y el nazismo se adueñaron del poder en formas democráticas, para atribuírselo democráticamente a un jefe supremo que suprimió la democracia”.⁴⁴ Es acertada la cita que Ferrajoli hace de Calamandrei cuando se refiere a los derechos de libertad: “Estos derechos son, pues, no solamente reconocimiento y garantía del respeto debido a la insuprimible dignidad moral de toda persona, sino también condición fisiológica, al igual que la respiración del organismo humano, de la vida política de la comunidad”.⁴⁵

⁴³ Ob. cit. Tomo I, pg. 864.

⁴⁴ Ob. cit. Tomo II, pg. 11.

⁴⁵ Ob. cit. Tomo II, pp. 11 y 12.

Ferrajoli señala acertadamente la función, que el respeto a los derechos fundamentales, cumple dentro de un sistema político democrático- En este sentido expresa: "...para que un sistema político pueda considerarse expresión, siquiera sea aproximativa, del poder del pueblo, no menos importante que sus formas representativas es que en él se garanticen, además del poder de la mayoría de sus representantes, esos contrapoderes de todos que son los derechos humanos".⁴⁶

La importante combinación que Ferrajoli hace de "democracia formal" y "democracia sustancial" para el buen funcionamiento de una democracia constitucional no hace sino reforzar la idea de la necesidad del derecho para la democracia.

En tal sentido señala: "La democracia implica necesariamente el derecho. Bien puede haber, ciertamente, derecho sin democracia. Pero no puede haber democracia sin derecho. Puesto que la democracia es un conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder: por un lado, las reglas que confieren poderes de autodeterminación individual y colectiva, garantizando su igual titularidad a todos en cuanto personas y ciudadanos: por el otro, las reglas que imponen límites y vínculos a estos mismos poderes para impedir su degeneración en formas despóticas y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos".⁴⁷

En lo que hay que reconocer aciertos incuestionables a Ferrajoli –en el tema que tratamos– es en su forma de identificar "espacios" de mala interpretación o entendimiento de las instituciones en particular de los ordenamientos legales. La siguiente cita es esclarecedora de cómo un tema como, por ejemplo de la separación de poderes, puede ser analizado de una forma tan superficial que se limita solo a ver su "forma". Así señala Ferrajoli: "Como método o procedimiento, la democracia es una forma de gobierno. El procedimiento a través del cual se crea y se impone en la práctica un ordenamiento como elemento material o sustancial. Sin embargo, aunque la democracia es sobre todo una forma, de Estado o de gobierno, debe tenerse presente que la contraposición entre forma y sustancia o entre forma y contenido es meramente relativa, y que una misma cosa puede parecer, desde un punto de vista como forma y como contenido o sustancia desde otro. Los dos diferentes puntos de vista son evidentemente los aquí ilustrados. Una misma cosa, por ejemplo, la separación de poderes...., es "forma desde el punto de vista de las normas formales sobre la producción de los actos jurisdiccionales pero es sustancia si se considera como límite, precisamente sustancial o de contenido, a la actividad legislativa y por ello desde el

⁴⁶ Ob. cit. Tomo II, pg. 13.

⁴⁷ Ob. cit. Tomo II, pg. 17.

punto de vista de la comprobación de su posible violación”.⁴⁸ Lo mismo es cierto con respecto a cualquier poder. Pero lo interesante a los efectos de este trabajo es poder entender en el pensamiento de Ferrajoli –aunque esto pueda considerarse una limitación– el modelo de derecho que trata de seguir, máximo si él mismo se declara positivista. En realidad su universo de análisis se limita a tres modelos: el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el iusconstitucionalismo. Lo cierto es que sus explicaciones históricas son bien documentadas y llenas de buenas citas en las cuales se puede percibir su formación como penalista. Lo más interesante, pues no es los señalamientos que hace con respecto a los tres modelos ya mencionados de experiencia jurídica que como el bien dice suponen: “tres tipos de racionalidad que reflejan otras tantas fenomenologías de la relación entre el poder y saber jurídico”.⁴⁹

Lo importante –en nuestra opinión–, repito, es la racionalidad que estos “modelos” le inspiran al derecho. Así señala el autor que comentamos: “La racionalidad iusnaturalista propia del derecho premoderno es claramente una racionalidad sustancial, basada en la justicia intrínseca de las decisiones y por ello confiada, de hecho, a la arbitrariedad de los jueces Su presupuesto es la ilusión cognoscitiva de alguna objetividad ontológica de lo que es justo e injusto, accesible al conocimiento doctrinal y jurisprudencial. La racionalidad iuspositivista propia del derecho moderno, es por el contrario, una racionalidad formal, basada en la forma legal de la estipulación de lo que resulta decidido. Su presupuesto es el principio de legalidad, esto es, la predeterminación voluntarista y convencionalista de los criterios de decisión. Conforme a la cual el derecho se separa de la moral y la validez se disocia de la justicia, decayendo la presunción de que ésta puede ser asegurada en cada ocasión por la sabiduría de la doctrina y la jurisprudencia. Gracias a este principio se reduce la incertidumbre del derecho y la arbitrariedad decisionista de los jueces y los administradores públicos. Al mismo tiempo se garantiza un cierto grado de igualdad y de imparcialidad por “el velo de la ignorancia” –por usar la conocida fórmula de John Rawls– que caracteriza, respecto de los casos concretos, a la ley general y abstracta... La racionalidad iusconstitucionalista, en fin, una racionalidad formal y racionalidad sustancial dado que vincula y dirige la primera a la segunda, a su vez positivizada. Aquélla consiste en la congruencia de los medios –el actuar económico en las formas de la autonomía privada y el actuar político en las formas de la autodeterminación política colectiva– con los fines y las expectativas constitucionalmente estipuladas. Es la racionalidad instrumental que Max Weber llamó “racionalidad conforme al fin”, donde el fin, o mejor, el conjunto de los fines no es otro que la

⁴⁸ Ob. cit. Tomo II, pg. 31.

⁴⁹ Ob. cit. Tomo II, pg. 42.

razón social de la institución política y, precisamente, en democracia, la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados”.⁵⁰

El anterior texto del profesor Ferrajoli resume su particular posición que pareciera llevarnos a una síntesis, encarnada en el iusconstitucionalismo, de iusnaturalismo y iuspositivismo. Sin embargo los bienes que plantea el iusnaturalismo no pueden reducirse a la estipulación formal constitucional. Ello sin lugar a dudas es un avance notable de nuestros tiempos, en la medida en que logre consagrar el mayor número de derechos fundamentales, pero siempre la justicia debe jugar un rol preponderante como garante de una racionalidad sustancial del derecho. Sustancialidad que no tiene su origen último en el derecho positivo ya hablemos de la ley ordinaria o la Constitución. Al final del día la cita a Rawls que hace Ferrajoli nos remite a un contractualismo que no necesariamente garantiza lo “más justo” por más que sea una buena aproximación objetiva. La filosofía jurídica nos ha enseñado, reiteradamente, que la fuente del derecho, puede garantizar (positivamente hablando) su vigencia y validez pero no su contenido moral. La esperanza constitucional como corolario del instrumento jurídico más eficiente para reconocer los derechos fundamentales inherentes a nuestra condición de “personas” tiene sus limitaciones. Su legitimidad (la de las constituciones) no pueden provenir ni del consenso popular ni de un sentido común que nos acerca a la racionalidad del derecho natural de la ilustración. Su legitimidad y justificación viene de su conformidad con principios morales que no son el derecho pero que si son parte importante de él (como totalidad de un orden moral amplio del cual el derecho es parte sin dejar de reconocer su autonomía propia).

El siguiente texto de Ferrajoli expresa: –a pesar de su llamada posición positivista– algunas preocupaciones comentadas... “las constituciones no obtienen su legitimación del consenso popular. Obviamente, una constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un común sentir. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, no tienen fuerza vinculante y no está destinada a durar. Pero este sentir común de adhesión, y por ello la homogeneidad cultural a él subyacente, son circunstancias de hecho, que sirven para condicionar la efectividad, que también es una cuestión de hecho, y no ya la legitimidad, que es una cuestión de valor. Naturalmente, el ideal sería que todos, o cuanto menos la mayoría de los asociados, compartiesen constantemente todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Pero la legitimación sustancial de tales derechos proviene no ya del hecho de que expresen la voluntad de la mayoría sino, por el contrario, de su papel de límites y vínculos impuestos a aquella como garantía de cada uno y de todos”.⁵¹

⁵⁰ Ob. cit. Tomo II, pp. 42 y 43.

⁵¹ Ob. cit. Tomo II, pg. 55.

El texto es elocuente y nos remite a una reflexión contundente: ¿Es la constitución, como algunos casos que conocemos, un instrumento usado por la mayoría (sea cual sea su corte ideológico) para imponerse, interpretándola de acuerdo a sus intereses? De alguna forma los jueces juegan un papel preponderante que muchas veces se ve afectado por su falta de separación e independencia con respecto a los otros poderes. Sobre el juicio de constitucionalidad señala Ferrajoli: “...el juicio de constitucionalidad consiste en realidad en la aplicación sustancial de la ley y, por ello, en una actividad cognitiva no distinta, en el plano epistemológico, de la realizada por cualquier otra jurisdicción. Precisamente en la aplicación de las normas constitucionales a las leyes ordinarias, esto es, en la comprobación, por opinable que sea, de su invalidez constitucional. De ahí su legitimación legal, en lugar de política representativa, que exige de ella, la separación y la independencia de poderes”.⁵²

De más está en insistir en el papel del derecho para lograr la democracia y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. El tema de las garantías constitucionales de los derechos siempre ha sido una asignación pendiente. Por ejemplo en materia de derechos sociales Ferrajoli hace una afirmación contundente con respecto a lo que ha sido el desarrollo del “estado social de derecho” tan en boga en muchas constituciones a nivel mundial. En tal sentido señala: “...El estado social se ha desarrollado, en el siglo pasado, no ya en las formas de las garantías constitucionales de los derechos sociales, sino a través de la expansión de las garantías de los aparatos burocráticos, el crecimiento de su discrecionalidad política y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares, expuestas a la voluntad, y por tanto también a las políticas demoleedoras, de las mayorías contingentes”.⁵³

El análisis de Ferrajoli que intenta ser contrario al concepto de derecho natural en el sentido de que el derecho “nunca es natural”, por ser “como lo queremos, lo pensamos y los reivindicamos” no deja de perder fortaleza argumentativa cuando nos coloca frente a lo que el mismo llama la primacía en la transformación progresiva del derecho del punto de vista externo a él que no es otro que la primacía práctica de la moral y la justicia por un lado; y la lucha por los que en la sociedad pretenden lograr el reconocimiento de nuevos derechos o la garantía de los ya existentes.⁵⁴ Ferrajoli magistralmente tiene que temer por los riesgos prácticos (reales) de la democracia constitucional. No es posiblemente este trabajo el lugar para analizarlo a fondo pero plantea enormes dudas con respecto a la sustentabilidad de algunos proyectos constitucionales. En este sentido

⁵² Ob. cit. Tomo II, pg. 75.

⁵³ Ob. cit. Tomo II, pg. 82.

⁵⁴ Ob. cit. Tomo II, pp. 98 y 99.

señala: “Esta remoción de la constitución del común sentir y su desaparición de la política, bajo la bandera de las ideologías populistas de la omnipotencia de las mayorías y de la ausencia de límites a los poderes económicos del mercado, que ... plantea hoy el riesgo de minar la democracia constitucional”.⁵⁵

VII. LAS FORMAS Y EL CONTENIDO DE LA DEMOCRACIA

El análisis de Ferrajoli sobre la democracia política y social exigiría un estudio separado de estos breves comentarios acerca de su obra filosófica. No obstante, nos limitaremos a algunos comentarios que despierten interés en otros estudios más detallados del tema. Para nuestro autor el tema del consenso y la opinión de las masas aparecen reiteradamente en sus niveles de preocupación. A tal efecto indica: “La falacia, no menos grande y distorsionada, es la idea, que se remonta a Rousseau, recogida por Kant y criticada por Schumpeter, de que la democracia, en cuando expresión de la voluntad popular, valga por eso para realizar el bien común. El mentís más trágico de esta...ilusión ha venido de los regímenes fascistas que en el siglo pasado, en Italia y Alemania conquistaron el poder, por medios legales y gozaron de un indudable consenso de masa”.⁵⁶ Soportar lo “correcto” sobre las mayorías no es lo más adecuado la experiencia histórica lo ha demostrado. A menudo la función de los jueces garantes del sistema ha estado sentada sobre unas bases de imparcialidad inexistentes. El gran riesgo de los planteamientos garantistas de Ferrajoli es que se soporta sobre jueces inexistentes. Sobre el Hércules de Dworkin que no es irreal por posible pero tampoco fácilmente posible de alcanzar. Pareciera que todavía podemos traer a colación la frase citada por Radbrunch que el molinero Arnold de Berlín digirió a Federico II que quería apoderarse de su molino: “Todavía hay jueces en Berlín”. La pregunta es si todavía hay jueces en nuestro país. La razón social del estado constitucional de derecho, reside para Ferrajoli, en la subordinación de los poderes públicos y privados al proyecto jurídico y político diseñado por las constituciones. Tratar de pensar en un futuro en el cual las realidades o los hechos impongan nuestra manera de actuar no parece lo más coherente con respecto a nuestra naturaleza de personas.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El “*Principio Iuris*” de Luigi Ferrajoli constituye una obra de síntesis de un actor importante en la filosofía jurídica italiana actual. El profesor Ferrajoli ha desarrollado una obra ampliamente conocida en Europa y Latinoamérica. Su formación penal ha caracterizado de una manera notable el enfoque que ha asumido frente

⁵⁵ Ob. cit. Tomo II, pg. 100.

⁵⁶ Ob. cit. Tomo II, pg. 167.

a determinados temas como “el mínimo derecho penal posible”. No obstante, su obra filosófica es importante en términos de introducir un lenguaje formalizado que definido por un vocabulario y reglas pretende dar expresiones no sujetas a las contradicciones típicas de un lenguaje jurídico confuso y contradictorio. Elaborar una lógica del lenguaje teórico del derecho es una labor ardua que el profesor Ferrajoli trata de desarrollar. El simbolismo, que descansa detrás de los conceptos constituye un aporte original a la comprensión verbalizada que tenemos acerca del derecho. Adicionalmente la obra de Ferrajoli pretende cubrir un universo del derecho que luce ambicioso. Su apéndice (Tomo III) que contiene toda la teoría cubre aspectos totalizantes del derecho. No obstante el esfuerzo de sintaxis del lenguaje teórico que pretende abarcar vocabulario; reglas de formación y transformación no luce de manera concluyente con respecto al derecho que es siempre un producto inacabado. En donde la obra luce de una riqueza digna de mencionar es en su análisis de la dinámica existente entre constitucionalismo y la democracia. Su brillantez a la hora de plantear las patologías presentes y los riesgos constituye un aporte esencial a nuestra manera de juzgar como incorporamos los derechos fundamentales a las constituciones. Sin embargo quedan dudas razonadas acerca de las conclusiones por una teoría u otra. No cabe duda de que su metodología que difiere de forma esencial con la tradicional presenta un interés particular. En algunas ocasiones parece que nos habla más de filosofía política que jurídica o tal vez más de política que de teoría del derecho. Su positivismo crítico no parece soportarse en un análisis positivista tradicional ya que sus críticas al mismo plantean la necesidad de algo distinto. El constitucionalismo adoptado difícilmente puede salvar argumentos muy enraizados en la manera positivista de asumir el derecho. Su defensa de la constitucionalidad, es sin lugar a dudas, uno de sus grandes méritos (a lo mejor más político que jurídico) pero ello no desmerece en lo más mínimo una obra importante para la filosofía jurídica actual. Permítasenos una última cita que ilustra las intenciones del autor que analizamos: “Un pueblo puede decidir también, democrática y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y confiarse definitivamente en un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de modo constitucional, invocando en favor de si mismo el respeto a los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría sin suprimir con ello, junto con el método democrático, los mismos derechos y el mismo poder correspondiente a las mayorías y a las generaciones que vendrán después de él”.⁵⁷

⁵⁷ Ob. cit. Tomo II, pp. 86 y 87.