

# Derecho y garantías

Santiago SASTRE ARIZA

## 1. INTRODUCCION

Si consideramos el Derecho como un conjunto de normas que aspiran a guiar el comportamiento de los destinatarios y que pueden realizar esa finalidad mediante el uso de medios coercitivos, resulta difícil no reconocer la importancia que en el ámbito jurídico, y especialmente en lo que se refiere al Derecho público, desempeña la noción de garantía. Detrás del debate acerca de las garantías se defiende una concepción determinada del Derecho y un diseño institucional que pretende dar respuesta, de un modo u otro, al problema que supone la creación y la aplicación del Derecho.

Mi intención en este artículo es, en primer lugar, realizar una aproximación al concepto de garantía, que es empleado en distintos contextos de forma tal vez imprecisa. En segundo lugar trazaré un itinerario, que incluye algunas interpretaciones acerca del Estado, el Derecho y la ciencia jurídica, que permite ilustrar la importancia que tiene la noción de garantía en la reflexión jurídica. En tercer lugar profundizaré en algunos rasgos de una teoría que gira en torno a la noción de "garantía", como es la teoría garantista defendida por Luigi Ferrajoli.

## 2. ACERCA DEL CONCEPTO DE GARANTIA

Si acudimos a los textos jurídicos con ánimo de indagar en el lenguaje en el que se expresa el legislador, no creo que resulte problemático admitir que quizá uno de los términos más empleados, sobre todo si nos situamos en los niveles superiores del sistema jurídico, es el de garantía (y con él el verbo garantizar).

En un primer acercamiento a la noción de garantía, me parece que resulta útil hacer una distinción entre garantía en sentido estricto y garantía en sentido amplio. Con el primer sentido se alude a la protección de un bien específico que es la libertad individual. A ello se refiere Tarello cuando afirma que "cuando se habla de garantismo, se habla de defensa y apoyo de la libertad individual"<sup>1</sup>. Desde este punto de vista, el Derecho debe estar orientado a preservar el mayor grado de libertad posible y a su vez el Estado (o el poder en general) tiene un valor negativo o es contemplado con cierta desconfianza debido a la dificultad de compatibilizar su intervención con la libertad de los ciudadanos.

Con el segundo sentido se alude a la defensa de los derechos fundamentales. Si bien la incorporación o la positivación de éstos puede ser interpretada ya como una garantía, este aspecto cobra una

mayor importancia una vez que figuran en unas constituciones que se caracterizan por su rigidez en materia de derechos y libertades y por la existencia de mecanismos eficaces para su tutela concreta por los tribunales. De todo ello se deriva, como habrá ocasión de profundizar más adelante, una cierta visión optimista o favorable hacia el Derecho que define el Estado constitucional contemporáneo, que se manifiesta en una predilección por el punto de vista interno.

En el párrafo anterior ya se apunta un problema que suele aparecer cuando se aborda la cuestión de las garantías. Me refiero a la confusión de dos aspectos que guardan entre sí una estrecha relación y que conviene distinguir: a) el bien o valor que se constituye en objeto de garantía y b) los instrumentos o medios mediante los cuales el Derecho protege y tutela dicho bien o valor. Cuando se hace referencia a las garantías se suele manejar el significado expresado en el punto b. En este sentido, las garantías son las técnicas empleadas para asegurar y dotar de eficacia algo que es considerado especialmente valioso.

En relación con dicha confusión, hay que destacar que la identificación entre derechos y garantías no sólo es problemática desde un punto de vista conceptual, sino que también resulta perjudicial para los derechos. En efecto, y sigo aquí el planteamiento de Ferrajoli, una vez que se destaca que a los derechos fundamentales les corresponden garantías primarias, con las que se alude a la estipulación de ciertas obligaciones o prohibiciones, y unas garantías secundarias, que atañen a la posibilidad de sancionar o invalidar las violaciones de las garantías primarias, dicha identificación llevaría a sostener que un derecho que careciese de garantías no sería un verdadero derecho, de tal forma que prácticamente se estaría equiparando la ineficacia con la inexistencia normativa. Si se mantiene esta interpretación, entonces resultarían "descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales"<sup>2</sup>. En vez de hacer una lectura de los derechos que carecen de garantías como derechos inexistentes o devaluados, parece más apropiado considerar que estamos en presencia de una laguna, primaria o secundaria según el tipo de garantía que falte, que los órganos legislativos correspondientes tienen la obligación de colmar.

Por último, es importante señalar que la satisfacción de una garantía tiene un carácter gradual, lo que impide que se pueda hablar en este caso en términos de todo o nada. Ello se debe fundamentalmente a dos razones: a) a la naturaleza del obje-

<sup>1</sup> G. Tarello, "Due volti del garantismo: difesa delle libertà e conservazione degli assetti economici" en S. Castignone (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1989, págs. 345-350, pág. 345.

<sup>2</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y garantías*, trad. P.A. Ibáñez y A. Greppe, Trotta, Madrid, 1999, pág. 59.

to, ya que "las relaciones entre valores, normas y hechos tienen naturaleza *contrafáctica* porque los valores son inalcanzables o irrealizables en la práctica, si bien el acercamiento continuo a los mismos es siempre posible"<sup>3</sup> y b) a la relación existente entre el funcionamiento efectivo del sistema y los distintos mecanismos de garantía que se hayan establecido en las normas jurídicas.

### 3. EL ESTADO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS

La visión del Estado como garantía nos traslada a las teorías contractualistas que se desarrollan durante los siglos XVII y XVIII. Ciertamente, en un período caracterizado por la secularización o, en palabras de Wiese, por el final del monopolio teológico en la explicación de los fenómenos<sup>4</sup>, e inicialmente por el racionalismo, que encuentra su modelo de conocimiento en la lógica cartesiana, parecía lógico explicar la aparición del Derecho y del poder estatal mediante un instrumento que encontrara su punto de apoyo en la voluntad de los individuos, como es la idea del contrato<sup>5</sup>. De esta manera, el contrato social se erige en un nuevo principio de legitimidad para el Derecho y el poder político.

Es en este contexto donde hay que ubicar la concepción del Estado como un instrumento de garantía de los derechos fundamentales. Así ocurre con dos teorías paradigmáticas: la de Hobbes, aunque se limita a la tutela del derecho a la vida, y la de Locke, que junto al derecho a la libertad y a la vida añade, quizá de forma algo confusa, la propiedad<sup>6</sup>. Más tarde, con el pensamiento ilustrado se producirá un cambio o un giro en la concepción del contrato social que vendría producido fundamentalmente por una "reinterpretación del concepto de libertad, derivado, a su vez, de una nueva conceptualización de la naturaleza humana"<sup>7</sup> y que estaría representado por las propuestas de Rousseau y de Kant.

Dejando a un lado las peculiaridades de cada teoría, lo que me interesa resaltar ahora son los rasgos

básicos sobre los que se sustenta la construcción teórica que hace aparecer al Estado como un instrumento de garantía. Creo que estos rasgos pueden resumirse en dos: 1) El carácter artificial del Estado. Con esta característica se destaca que el origen del Estado no se encuentra en la voluntad divina ni tampoco es el resultado del curso de la historia sino que su aparición se debe a la voluntad de los ciudadanos. 2) El carácter instrumental del Estado. Con ello se insiste en que el Estado (y con él el Derecho) no es interpretado como un fin en sí mismo sino como un medio o un instrumento adecuado para garantizar ciertos contenidos; otra manera de decir esto mismo es afirmar que frente al Estado ético (que podría estar representado, por ejemplo, por la doctrina roussoniana de la voluntad general y por la concepción organicista de la sociedad que mantiene la teoría hegeliana) se opone una concepción técnica del Estado<sup>8</sup>. Esos contenidos que deben ser respetados y protegidos por el Estado son, como es sabido, unos derechos naturales que los hombres disfrutaban en un supuesto estado de naturaleza. Precisamente con la corriente denominada iusnaturalismo racionalista el antiguo Derecho Natural objetivo de carácter religioso se transforma ahora en los derechos naturales subjetivos<sup>9</sup>.

Ahora bien, ¿en qué sentido el Estado es un instrumento de garantía? Esta pregunta puede ser respondida a partir de dos reflexiones: 1) Es una garantía porque el Estado, por medio del Derecho, logra generar el grado suficiente de seguridad que posibilita que los hombres puedan conseguir sus fines. Los inconvenientes que puede acarrear la existencia del Estado y del Derecho, que es un instrumento de control social que se caracteriza por institucionalizar el uso de la fuerza, aparecen compensados si así se logra conseguir paz social y certeza. Quizá nadie como Hobbes ha ilustrado este anhelo de seguridad cuando afirma, en un célebre pasaje, que en una sociedad sin un poder común y sin normas jurídicas al hombre le espera "una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta"<sup>10</sup>. 2) No es una garantía cualquier Estado sino aquel que está limitado. Si el Estado surge a raíz de un contrato entonces tiene ciertos límites u obligaciones. La razón de ser del Estado consiste en tutelar y proteger los derechos naturales que los individuos poseían en el estado de naturaleza. Éste aparece entonces como una hipótesis racional que cumple una importante función: a) confirmar la existencia de unos derechos naturales previos al contrato y b) articular su presentación como verdaderos límites o bienes que deben ser respetados por todos y en

<sup>3</sup> A. M. Pena, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pág. 27.

<sup>4</sup> B. Von Wiese, *La cultura de la Ilustración* (1931), trad. E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pág. 25.

<sup>5</sup> A. Passerin D'Entreves, *Derecho natural* (1968), trad. M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, pág. 71.

<sup>6</sup> La confusión se produce debido al carácter polisémico de la noción de derecho de propiedad, ya que con este se alude tanto al derecho a ser propietario y a disponer de los derechos de propiedad como al derecho de propiedad sobre un bien concreto, cuando son dos categorías jurídicas diferentes. Este equívoco "ha sido responsable de dos opuestas incomprensiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos "burgueses" a la par de la propiedad", L. Ferrajoli, *Derecho y garantías*, citado, pág. 45. Hay quien sostiene que el único o, al menos, el más importante derecho natural en Locke es la propiedad, vid. C.B. MacPherson, *La teoría política del individualismo posesivo* (1962), trad. J.R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970, págs. 169 y ss.

<sup>7</sup> F. Vallespin, *Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985, pág. 43.

<sup>8</sup> Vid. N. Bobbio, "Prefazione" a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pág. XIII. También M. Bovero, "La filosofía política de Ferrajoli" en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, págs. 399-406, pag. 401.

<sup>9</sup> Al respecto vid. E. Fernández, "El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales" en su libro *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, págs. 127 y ss. L. Prieto, "La doctrina del Derecho natural" en J. Betegon, M. Gascon, J.R. de Páramo y L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 31-66, págs. 51 y ss.

<sup>10</sup> T. Hobbes, *Leviatán* (1651), ed. de C. Moya y A. Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1980, pag. 225.

especial por el poder político. Esta es la función que cumple, según creo, la “reserva” lockeana de los derechos individuales.

Esta construcción teórica de corte iusnaturalista que concibe el Estado como garante de los derechos tuvo mucha importancia en el movimiento constitucionalista posterior, sobre todo en el ámbito norteamericano. Si hubiera que resumir dicha influencia en pocas palabras, me parece que no sería desacertado destacar tres puntos, sobre los que se insistirá en el epígrafe siguiente:

1. El contrato social es una metáfora de la democracia<sup>11</sup>. La idea del consenso de los contratantes terminaría desembocando en el consentimiento de los gobernados como criterio de legitimidad.

2. La fuerza de los derechos naturales se transformaría finalmente en la idea de la superioridad constitucional, en el sentido de que las normas que aparecen en la Constitución se presentan como límites que determinan la actividad del legislador. Por ello se ha llegado a afirmar que “el papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto al soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador”<sup>12</sup>.

3. La dimensión temporal que idealmente sirvió para marcar un antes y un después del pacto ahora se manifiesta en la importante distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, que pretende justificar la particular resistencia de la Constitución frente a las decisiones de los poderes públicos.

En las modernas teorías contractualistas la virtualidad del contrato se sitúa un paso más atrás, pues una vez que no parece posible acudir al intuicionismo para sostener la verdad de los juicios morales o la existencia de derechos naturales, el contrato representa la posibilidad de que en ciertas condiciones ideales sea posible llegar a un acuerdo intersubjetivo para dotar a la justicia de algunos contenidos y establecer después, ahora que ya no resulta necesario justificar la existencia del Estado, un modelo jurídico-institucional acorde con aquellos. Creo que esta idea está presente tanto en la propuesta de la posición originaria de Rawls como en la teoría de la comunidad ideal de diálogo de Habermas, que son quizá los más importantes representantes de la corriente neocontractualista.

#### 4. EL DERECHO COMO GARANTIA

Si hubiese que especificar algún momento histórico en el que el Derecho quiso ponerse al servicio de una función de garantía, creo que habría cierto consenso a la hora de acudir al modelo de legalidad

penal y procesal trazado en el seno del pensamiento iluminista.

Las viejas prácticas penales —sin duda, el ámbito penal es donde mejor se manifiesta el choque o la tensión entre el poder del Estado y los derechos de los ciudadanos— incluían actuaciones como las mutilaciones, la pena de muerte para delitos menores, como era el caso del robo, y la tortura. Basta leer algunos casos desgraciadamente célebres, como el tormento de Robert Damiens o el castigo que sufrió el caballero De la Barre, para hacerse una idea del modelo de *ius puniendi* que caracterizaba el Antiguo Régimen<sup>13</sup>.

Muchos autores ilustrados de la segunda mitad del siglo XVIII —entre ellos podríamos citar a Beccaria, Voltaire, Verri, Diderot, Filangieri y Pagano— formularon propuestas para reformar este Derecho penal y procesal. Se podría afirmar que la situación jurídica claramente entraba en contradicción “con los principios básicos de la nueva filosofía: con la secularización, incompatible con un Derecho penal concebido como trasunto de la penitencia religiosa; con el racionalismo, que tampoco podía asimilar un sistema jurídico arbitrario y carente de proporcionalidad; con el utilitarismo, que excluye una concepción expiatoria de la pena donde ésta no reporte ningún beneficio social; con el espíritu humanitario y filantrópico, que había de horrorizarse ante la crueldad de los procedimientos y de los castigos”<sup>14</sup>.

Pues bien, el Derecho penal y procesal del siglo de las Luces representa un importante intento por desempeñar una función garantista. Esta función de garantía que debe lograr el Derecho aparece muy bien reflejada en las dos siguientes circunstancias:

1. En un sentido amplio, cabe afirmar que la exigencia de que el legislador deba someterse a normas jurídicas dotadas de ciertas características, y entre ellas se citan la unidad, la sencillez, la claridad, la abstracción y la generalidad, que, por otra parte, se corresponden con los criterios que satisfacían las normas del Derecho natural defendido por el iusnaturalismo racionalista, es un paso importante para que el Derecho pueda aparecer como una auténtica garantía de la seguridad y de los derechos.

2. En un sentido estricto, es en este contexto donde nace el garantismo penal. El sistema garantista que se forja en torno a este modelo jurídico se caracterizaría, como ha destacado Ferrajoli, por los diez siguientes axiomas: *Nulla poena sine crimine*, *Nullum crimen sine lege*, *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, *Nulla necessitas sine iniuria*, *Nulla iniuria sine actione*, *Nulla actio sine culpa*, *Nulla culpa sine iudicio*, *Nullum iudicium sine accusatione*, *Nulla accusatio sine probatione* y *Nulla probatio sine defensione*<sup>15</sup>. Precisamente, la teoría jurídica que pro-

<sup>11</sup> Para Ferrajoli el contrato social es una metáfora no sólo de la democracia formal, que alude a quién y cómo se decide, sino también de la democracia sustancial, que se refiere a “los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir”. L. Ferrajoli, *Derecho y garantías*, citado, pág. 53. En contra del uso de la expresión “democracia sustancial” se manifiesta M. Bovero, “La filosofía política de Ferrajoli”, citado, págs. 403 y ss.

<sup>12</sup> L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1998, pág. 17.

<sup>13</sup> Vid. J.A. Delval, “Introducción” a C. Beccaria, *De los delitos y las penas* (1764), trad. J.A. De las Casas, Alianza, Madrid, págs. 5 y ss. Las actas de la ejecución de Damiens figuran en el libro de M. Foucault, *Vigilar y castigar* (1975), trad. A. Garzón, siglo XXI, Madrid, 1978, págs. 11 y ss.

<sup>14</sup> L. Prieto, “La filosofía penal de la Ilustración”, texto inédito. Este trabajo es una reelaboración de su artículo “La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio”, *Anuario de derechos humanos*, 3, 1985, págs. 287-356.

<sup>15</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, pág. 69.

pone Ferrajoli, como luego se verá con más detenimiento en el último epígrafe, representa un enorme esfuerzo por recuperar el modelo garantista de la Ilustración que concibe el Derecho fundamentalmente como un sistema de garantías.

Hoy día la mejor expresión del Derecho como garantía quizá lo representa cierto tipo de constitucionalismo. Frente al antiguo Estado liberal de corte europeo, que ve en la Constitución una amenaza para la soberanía del Estado y por ello queda relegada a ser un instrumento de organización de los poderes públicos, el Estado constitucional contemporáneo se caracteriza por ofrecer un contexto jurídico en el que desempeña un papel fundamental una determinada concepción de la Constitución. Ahora, como escribe Fioravanti, en algunas constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial "se descubre en su conjunto la supremacía de la constitución, bien como máxima forma de garantía de los derechos y libertades, bien como norma directiva fundamental a seguir para la realización de los valores constitucionales"<sup>16</sup>.

Según el citado profesor italiano, lo que caracteriza a estas constituciones es que combinan dos aspectos que en las revoluciones habían aparecido por separado:

a) En la revolución francesa, la aparición de un legislador virtuoso que lo es por ser representante del pueblo o nación, dejó en un segundo plano la concepción normativa de la Constitución. Los derechos y libertades se confían a un legislador cuya omnipotencia deriva de encarnar la voluntad general, lo que impide que se puedan establecer límites a su actuación. Vistas así las cosas, la Constitución aparece como una norma directiva en el sentido de que es un programa donde se expresan los fines de la comunidad. b) En la revolución americana, la Constitución es concebida como un límite al gobierno y por ello su interpretación como una auténtica garantía va unida a la rigidez constitucional y al control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. De esta forma, es en los Estados Unidos de América donde se gesta el constitucionalismo entendido como una técnica de garantía cuyo objetivo primordial es la limitación del poder<sup>17</sup>.

Según el planteamiento de Fioravanti, muchas constituciones actuales aúnan esta doble visión como dirección y como garantía. El primer aspecto resalta la visión instrumental del Estado en el sentido de que la Constitución es un proyecto común en el que se establecen unos objetivos, unos valores y unos deberes que los gobiernos deben perseguir o cumplir. El segundo aspecto destaca la visión del Estado limitado, en el sentido de que la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad desempeñan una importante función como auténticas garantías dirigidas a limitar al legislador para proteger así los derechos que han sido incorporados en el texto constitucional. Ambos aspectos consiguen erosionar en cierto modo la soberanía del Estado,

en el primer caso estableciendo fines que preceden y determinan su actuación, y en el segundo limitando su capacidad para crear Derecho.

Estos dos aspectos sin duda han sido y son objeto de críticas. Ahora me voy a detener en una crítica que, en cierta medida, afecta a la función de garantía de la Constitución. La crítica, que se podía denominar "la objeción contramayoritaria" según la expresión acuñada por Bickel<sup>18</sup>, obviamente no es nueva pero ha sido reactivada en la actualidad merced a los trabajos de Jeremy Waldron<sup>19</sup> y, entre nosotros, de Juan Carlos Bayón<sup>20</sup>, José Juan Moreso<sup>21</sup>, Pablo de Lora<sup>22</sup>, Roberto Gargarella<sup>23</sup> y Víctor Ferreres<sup>24</sup>, entre otros.

En principio, la función de garantía parece exigir un modelo institucional que sea acorde con la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales que operan como límites a los poderes públicos y que, por tanto, deben quedar protegidos frente a la actuación de las mayorías. A esta necesidad de establecer un territorio al que no tenga acceso la política ordinaria responde la idea del coto vedado al que se refiere Garzón Valdés<sup>25</sup>. Y esta misma finalidad subyace, en cierto modo, a la argumentación teórica que pretende justificar la superioridad de lo establecido por el poder constituyente frente a las decisiones adoptadas por los poderes constituidos.

Se suele afirmar que el diseño institucional que parece requerir esta idea de constitucionalismo, que pretende apuntalar la supremacía de la Constitución y proteger así los derechos fundamentales, se apoya en dos pilares:

1. La rigidez constitucional. Como es sabido, la superioridad jerárquica de la Constitución respecto de la ley se manifiesta en que su modificación o reforma no puede realizarse por ley ordinaria, ya que se exige un procedimiento especialmente gravoso. Desde este punto de vista, según los requisitos y las materias a las que afecte, se puede afirmar que las constituciones pueden ser más o menos rígidas.

2. El control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. De acuerdo con éste, la validez o pertenencia de las leyes al sistema jurídico se hace depender de un juicio de coherencia con los derechos y libertades que la Constitución establece. Ahora bien, conviene precisar dos ideas sobre este requisito. La primera es

<sup>16</sup> A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962, págs 16 y 17.

<sup>19</sup> J. Waldron, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, págs 18-51. También su artículo "Freeman's Defense of Judicial Review", *Law and Philosophy*, 13, 1994, págs 27-41.

<sup>20</sup> J.C. Bayón, "Diritti, democrazia, costituzione", *Ragion Pratica*, 10, 1998, págs 41-64. También "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional", *Jueces para la democracia*, 27, 1996, págs 41-49.

<sup>21</sup> J.J. Moreso, "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", *Ragion Pratica*, 10, 1998, págs. 13-39. En ese mismo número "Sulla portata del vincolo preventivo", págs 75-83.

<sup>22</sup> P. de Lora, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

<sup>23</sup> R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>24</sup> V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>25</sup> E. Garzón Valdés, "Algo más acerca del 'coto vedado'", *Doxa*, 6, 1989, págs 209-213. En la pág. 212 afirma que "no es necesario sustentar una posición objetivista en la ética para sostener la necesidad de un 'coto vedado'".

<sup>16</sup> M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales* (1995), trad M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, pag. 128.

<sup>17</sup> Al respecto vid. R.L. Blanco, *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994.

que la existencia de dicho control no define conceptualmente la supremacía constitucional. Si alguien utilizara el siguiente argumento: "la Constitución tiene supremacía o es vinculante porque existe una sanción o remedio cuando aparece una norma que la contradice, que consiste en su pérdida de validez porque deja de pertenecer al sistema jurídico", estaría defendiendo que no hay obligación jurídica sin sanción, lo que supondría iniciar un razonamiento que conduciría a "la paradoja de la necesidad de una cadena infinita —¿o tal vez circular?— de tales sanciones o remedios"<sup>26</sup>. Además, esta argumentación confunde los criterios de pertenencia y aplicabilidad<sup>27</sup>, ya que nada impide que la Constitución sea concebida como norma suprema de carácter vinculante y que sin embargo se apliquen normas inconstitucionales que, por tanto, no forman parte del sistema. Se trata de dos nociones de validez que no conviene agrupar en una misma categoría porque no son coextensivas, no identifican el mismo Derecho. Kelsen incurrió en este error y por ello recurrió a la famosa cláusula alternativa tácita que tuvo unas consecuencias devastadoras para el sistema jurídico, pues vació el "deber ser" que establecían las normas superiores al defender que éstas contienen una cláusula que permite el dictado de cualquier norma con cualquier contenido. Lo segundo que quería advertir es que no viene mal echar un vistazo al constitucionalismo comparado para reconocer que en algunos países la Constitución es considerada la norma suprema y no existe un control de constitucionalidad atribuido a los jueces (suele citarse el caso de Finlandia y Holanda). En definitiva, esta reflexión acerca del control quiere demostrar que no existe una relación lógica entre dicho mecanismo y la supremacía de la Constitución.

Otra cuestión es que sea conveniente la existencia del control para conseguir en lo posible que los preceptos constitucionales sean eficaces y que esta tarea sea encomendada a los jueces, bien a todos los jueces o bien a un órgano concentrado de inspiración kelseniana como es el Tribunal Constitucional. Esta es la fórmula de constitucionalismo que está vigente en países como los Estados Unidos, donde tuvo su origen, y en Italia, Alemania y España.

Este modelo jurídico-político resulta coherente con la visión de la Constitución como norma de garantía en cuanto los derechos que integran esa especie de coto vedado aparecen especialmente protegidos o blindados frente a las mayorías. Ahora bien, si tenemos en cuenta no sólo la importancia moral de los derechos sino también el carácter valioso del procedimiento democrático entonces aparece la necesidad de argumentar cuál es la mejor fórmula para conjugar la supremacía de la Constitución con la democracia o, más concretamente, analizar hasta qué punto están justificadas las limitacio-

nes que este tipo de constitucionalismo impone al proceso democrático.

Poner de manifiesto las virtudes o ventajas de la regla de la mayoría como procedimiento para tomar decisiones exigiría un estudio más pormenorizado que excede con mucho las pretensiones de este artículo. Para los fines que nos interesan es suficiente con destacar ahora que el valor intrínseco que posee el procedimiento democrático se suele relacionar, en primer lugar, con la igualdad, en cuanto todos tienen la posibilidad de participar y el voto de todos tiene el mismo valor, y, en segundo lugar, con la autonomía, en cuanto quienes participan toman decisiones acerca de cuestiones que les afectan, de tal forma que se produce un acercamiento al ideal del autogobierno. Como es sabido, Nino ha insistido en defender el valor epistémico del procedimiento democrático porque, debido a las condiciones que reúne y dejando a un lado las cuestiones relativas a las preferencias personales, tiende a producir decisiones políticas moralmente correctas<sup>28</sup>. Con todas las limitaciones que se quiera, y que hay que tener en cuenta, el sistema jurídico-político de la democracia representativa parece reunir importantes méritos. Bayón resume el valor moral del gobierno representativo de acuerdo con los dos siguientes puntos: 1) Los representantes no lo son por sus cualidades sino por la cantidad de ciudadanos que los apoyan (y aquí se respeta el igual valor de todos). 2) Es un procedimiento que asegura a la mayoría de los ciudadanos la misma capacidad de reacción frente a decisiones que desapruueban (son los ciudadanos quienes, en condiciones de igualdad, tienen la última palabra)<sup>29</sup>.

Pues bien, el argumento democrático ofrece una visión crítica de las dos características que definen este tipo de constitucionalismo:

a) de la rigidez constitucional porque la reforma de la Constitución, a la que podría acudir el Parlamento para contrarrestar la declaración de invalidez de una ley, requiere la concurrencia de mayorías cualificadas, lo que supone que el voto de la minoría que se opone tiene más peso o más fuerza decisoria que el de la mayoría.

b) del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias fundamentalmente porque la decisión bien de la mayoría de los magistrados de un Tribunal constitucional o bien de los jueces ordinarios es capaz de invalidar decisiones adoptadas por mayoría por el Parlamento<sup>30</sup>. Es decir,

<sup>26</sup> Vid. C.S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1997, págs. 177 y ss.

<sup>27</sup> J.C. Bayón, "Diritti, democrazia, costituzione", citado, pag. 62.

<sup>28</sup> No hay que olvidar que ambos modelos tienen en su origen una motivación bien distinta. Como escribe Luis Prieto, "la configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que solo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador. Si cabe decirlo así, el sistema norteamericano está diseñado a favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto

<sup>26</sup> C.S. Nino, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 97-137, pág. 107. Vid. P. de Lora, *La interpretación originalista de la constitución*, citado, págs. 100 y ss.

<sup>27</sup> Vid. E. Bulygin, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa*, 9, 1991, págs. 257-279, págs. 266 y ss

el legislador democrático se ve limitado por decisiones tomadas por jueces o magistrados que no han sido elegidos por el electorado mediante sufragio universal y que son políticamente irresponsables. No cabe argumentar que los jueces constitucionales se limitan a aplicar neutralmente los preceptos constitucionales, salvo que se defienda una improbable concepción objetivista de la interpretación, sino todo lo contrario, pues acaso la interpretación constitucional es un terreno propicio para la intervención de la ideología o los juicios de valor debido no solo a los problemas de la vaguedad y la ambigüedad sino, como afirma Ferreres, a la existencia de conceptos esencialmente controvertidos y a las colisiones que se producen entre las disposiciones constitucionales<sup>31</sup>. Si esto es así, entonces resulta que el legislador democrático no se encuentra limitado tanto por los derechos constitucionales sino por aquello que los jueces que realizan el control de las leyes consideran que es el contenido de tales derechos. En definitiva, no nos encontramos nada nuevo ya que estamos ante una forma de realismo que convierte a la Constitución en aquello que los jueces dicen que es.

Respecto a la relación entre la democracia y la rigidez o la opción de la supremacía constitucional como un coto vedado frente a la decisión de la mayoría, opino que en favor de la defensa del ideal del coto vedado pueden ofrecerse los siguientes argumentos:

1. Si tenemos en cuenta que la decisión democrática tiene un carácter valioso porque es adoptada por un procedimiento democrático que debe cumplir ciertos requisitos, estos no pueden tener su origen en otro procedimiento democrático porque si no iniciaríamos un razonamiento que nos conduciría irremediabilmente hasta el infinito. La condición valiosa del procedimiento democrático depende de unos requisitos sustanciales que solamente pueden ser de naturaleza moral, como ha puesto de relieve Laporta<sup>32</sup>. Pues bien, me parece que no habría problema en interpretar que estos requisitos podrían ser plasmados en forma de conceptos (no concepciones)<sup>33</sup> en la Constitución y que operasen como un conjunto de exigencias que han sido ampliamente aceptadas por una comunidad, lo que no evita que en ocasiones exista cierto desacuerdo acerca de su alcance. De este modo cobra importancia el coto vedado de los derechos y libertades como ese conjunto de condiciones que contribuyen a conceder valor moral al proceso democrático.

2. En relación ya no con las condiciones sino con el resultado del procedimiento democrático, me parece que la existencia de un coto vedado, que es considerado relevante desde un punto de vista ético,

contribuye a que las decisiones democráticas sean más justas<sup>34</sup>.

De acuerdo con todo lo anterior, considero justificada la defensa del coto vedado que se refleja en un especial refuerzo de los derechos constitucionales frente a la mayoría mediante el requisito de la rigidez. Conviene advertir que si la defensa del coto vedado reside en su valor moral, entonces no parece que la especial protección obedezca tanto al requerimiento de una mayor deliberación y consenso como a un intento de dificultar su reforma mediante la exigencia de una supermayoría debido a la importancia moral de tales contenidos.

La otra cuestión se refiere a la relación entre la democracia y el control de constitucionalidad de las leyes de carácter jurisdiccional. Aquí lo difícil es justificar por qué los jueces constitucionales, una vez que se pone de manifiesto que no pueden ser bocas mudas que se limitan a pronunciar la voluntad expresada en la Constitución sino que desempeñan un auténtico poder político, están en mejores condiciones que el legislador democrático para determinar el contenido de ese coto vedado y tener la última palabra, por tanto, acerca de la constitucionalidad de las leyes. Todo parece indicar que el sacrificio que este tipo de constitucionalismo exige al principio democrático es excesivo. En este sentido hay que entender la propuesta elaborada por Ferreres, que defiende que la especial dignidad de la ley, que deriva de haber sido aprobada por un Parlamento democrático, debe reflejarse en la presunción de su constitucionalidad<sup>35</sup>. Bayón y Gargarella se inclinan por un constitucionalismo débil que se caracteriza porque la decisión final debe recaer en manos del legislador.

Dejando a un lado la importancia de las consideraciones sobre la cultura política particular de cada comunidad, y que desempeñan un papel crucial a la hora de debatir acerca de la conveniencia o no del control judicial de constitucionalidad, en apoyo de la opción judicial se podrían mencionar, en mi opinión, los siguientes argumentos:

1. La existencia de casos claros pone de manifiesto que hay ocasiones en las que los jueces se limitan a aplicar lo establecido en la Constitución, aunque, como ya se advirtió antes, este argumento es muy débil debido a que en el ámbito constitucional casi todos los casos son difíciles (cuando no trágicos<sup>36</sup>).

2. Las limitaciones y obligaciones constitucionales están dirigidas fundamentalmente hacia el legislador, y de ahí que resulte extraño que la eficacia de la normatividad constitucional se deje en manos del destinatario. Quizá por ello la atribución a los jueces del control de constitucionalidad puede aparecer

de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces", L. Prieto, "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", texto inédito.

<sup>31</sup> V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, citado, págs. 19 y ss.

<sup>32</sup> F. Laporta, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, págs. 79 y ss.

<sup>33</sup> Acerca de esta distinción, R. Dworkin, *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 211 y ss.

<sup>34</sup> En este sentido, J.J. Moreso, "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", citado, pag. 33

<sup>35</sup> Esta presunción se invierte cuando la ley restringe injustificadamente las condiciones de participación o afecta a determinados grupos sociales desaventajados. Una crítica interesante a esta tesis se encuentra en la recensión al libro de Ferreres que hacen R. Gargarella y J.L. Pérez Triviño, *Revista de Estudios Políticos*, 103, 1999, págs. 341-349.

<sup>36</sup> Sobre la caracterización de los casos trágicos vid. M. Atienza, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía*, 6, 1997, págs. 7-28.

como una garantía con la finalidad de lograr una mayor eficacia de tales normas.

3. En la actuación de los jueces parece haber un plus de racionalidad en sentido de que están obligados a motivar sus decisiones. Utilizando la terminología kelseniana podría decirse que mientras que en la actuación del legislador predomina el principio dinámico, en la actuación judicial interviene sobre todo el principio estático, ya que sus sentencias deben derivar de un sistema jurídico preexistente.

4. También hay que tener en cuenta la dificultad de resolver los casos concretos en los que colisionan varias disposiciones constitucionales y los problemas que acarrea hacer residir en el Parlamento el ámbito de resolución de los mismos<sup>37</sup>.

## 5. LA CIENCIA JURIDICA COMO GARANTIA

Como ya se ha visto en un epígrafe anterior, Ferrajoli pretende revisar el sistema de legalidad penal y procesal tal como fue trazado por el pensamiento iluminista, cuyo principal defecto radicó en su falta de atención a la epistemología<sup>38</sup>, y trata de recuperar algunos de los aspectos más significativos para elaborar así una teoría garantista que opere en el marco jurídico del Estado constitucional contemporáneo.

Pues bien, no creo que resulte exagerado afirmar que uno de los objetivos fundamentales, si no el más importante, de la teoría de Ferrajoli es ofrecer un modelo de ciencia jurídica que se presente como alternativo al de la ciencia jurídica tradicional<sup>39</sup>. Es en este contexto en el que tiene cabida su propuesta, ciertamente novedosa, de que la ciencia jurídica debe desempeñar una función de garantía.

Para profundizar en esta función es preciso advertir que el autor de *Diritto e ragione* parte de la necesidad de cuestionar el carácter avalorativo o puramente descriptivo de la ciencia jurídica que el positivismo jurídico ha venido defendiendo. Como es sabido, el positivismo jurídico, concretamente en su acepción metodológica según la conocida clasificación bobbian<sup>40</sup>, mantiene que la ciencia jurídica debe conducir su actuación de acuerdo con el criterio de la neutralidad, y para que ello fuera posible tendría que limitarse a describir el Derecho vigente y dejar a un lado las sugerencias sobre el Derecho que debería ser, es decir, se trataría de distinguir los juicios de hecho del ámbito político de los juicios de valor. Esta visión del conocimiento jurídico se apoya en una definición del Derecho que resalta su dimensión de fenómeno social en el sentido de que se manifiesta a través de ciertos hechos.

En opinión del profesor de la Universidad de Camerino, una vez que se han incorporado al Derecho algunos principios, valores y derechos, o, de otra manera, a raíz de la constitucionalización de los antiguos derechos naturales, la polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo no sólo ha perdido gran parte de su significado sino que se ha trasladado sobre todo al interior del ordenamiento. En efecto, parece que ahora lo importante no es tanto la legitimidad externa, que se ocupa de enjuiciar el Derecho existente desde los parámetros de un Derecho ideal, sino la legitimidad interna, que se refiere a la relación que existe entre el deber ser que marcan las normas que ocupan los niveles superiores del sistema jurídico y su plasmación o desarrollo en las normas de los niveles inferiores. De esta manera es posible explicar la relación entre normas en la estructura jerárquica del sistema jurídico en términos de ser y de deber ser<sup>41</sup>.

Una de las tareas más importantes de la ciencia jurídica es dar noticia del Derecho que rige en una comunidad. Aquí Ferrajoli, que distingue cuatro características independientes que se pueden predicar de las normas: la justicia, la efectividad, la validez y el vigor, mantiene que la información acerca de qué normas son válidas, que exige constatar su adecuación a los requisitos materiales de las normas superiores, y cuáles son vigentes, que requiere indagar en su conformidad con los requisitos formales, conlleva —en unos casos más que en otros— la presencia de juicios de valor. En ningún momento se afirma que es imposible describir neutralmente el Derecho. Lo que se quiere indicar, y esta es la finalidad de Ferrajoli si no me equivoco, es la necesidad de poner al descubierto o desenmascarar la dimensión ideológica que puede implicar la identificación del Derecho; es decir, esta labor no puede ser presentada en todos los casos como neutral u objetiva debido a la intervención de juicios de valor. Estos juicios de valor, que operan sobre todo en el ámbito de la validez más que en la vigencia, son internos o jurídicos. Esto significa que su aparición no se debe a una comparación de las normas jurídicas con un posible Derecho ideal, lo que exigiría la formulación de juicios de valor “fuertes” o externos, sino que surgen en la confrontación con los requisitos de validez y vigencia que establecen las normas superiores del sistema jurídico.

Una vez que se admite la posibilidad de explicar las relaciones entre las normas en términos de ser y deber ser, y que se pone de manifiesto que la ciencia jurídica no se ajusta al modelo dogmático porque no siempre puede regirse por el criterio de la neutralidad, es en este contexto en el que hay que situar la propuesta de Ferrajoli de concebir la ciencia jurídica como una garantía. Esto supone propugnar que aquélla lleve a cabo una actividad crítica en un doble sentido.

En primer lugar, la ciencia jurídica debe realizar crítica interna o jurídica. Esto supone dos cosas: a) poner al descubierto las lagunas, faceta que atribuiría posteriormente a la ciencia jurídica un trabajo de

<sup>37</sup> En este sentido J.J. Moreso, “Diritti e giustizia procedurale imperfetta”, citado, págs. 34 y 35.

<sup>38</sup> Este defecto hizo que este modelo fuese jurídicamente impracticable y que a partir de la segunda mitad del siglo XIX fuera descalificado en un plano teórico y desplazado por los modelos autoritarios de Derecho penal, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citada, págs. XVII y XVIII.

<sup>39</sup> Para Gianformaggio el garantismo de Ferrajoli es sobre todo una concepción de la ciencia jurídica, “Diritto e ragione tra essere e dover essere” en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, citado, págs. 25-48, pág. 35.

<sup>40</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, págs. 101 y ss.

<sup>41</sup> Vid. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citada, págs. 351 y ss.

elaboración, y evidenciar las antinomias, y b) denunciar las irregularidades del sistema, esto es, levantar la voz frente a la inaplicación de normas válidas, la aplicación de normas inválidas y la invalidez de normas vigentes. La función de garantía se concreta, por tanto, en que uno de sus fines principales es ocuparse de que el "deber ser" de las normas situadas en los niveles superiores no se vacíe o se tergiverse sino que se concrete o tenga continuidad en los niveles inferiores. En definitiva, todo apunta a asegurar que exista la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad. Frente a esa concepción que atribuye a la ciencia jurídica la tarea de completar y de hacer coherente el Derecho de acuerdo con la voluntad del legislador, que responde a una concreta orientación ideológica, Ferrajoli propone mostrar el componente subjetivo que hay en la actuación de la ciencia jurídica y de paso atribuye a los juristas la responsabilidad de criticar y velar por el cumplimiento de la normatividad constitucional.

En segundo lugar, la ciencia jurídica también debe realizar crítica externa o política. Para ello es preciso adoptar el punto de vista externo, pero no el punto de vista externo de carácter empírico al que se refiere Hart en *The Concept of Law*<sup>42</sup>, sino un punto de vista que permite evaluar las normas jurídicas desde el tribunal de una moralidad crítica y hacer propuestas para perfeccionar y mejorar el Derecho. Esta perspectiva, característica del pensamiento ilustrado, destaca la noción instrumental del Estado y del Derecho en el sentido de que no aparecen como fines en sí mismos sino como medios que facilitan la consecución de ciertos fines que no pueden ser plenamente alcanzados; de ahí que su justificación sólo pueda ser contingente, parcial, a posteriori o condicionada<sup>43</sup>. Este enfoque pone de relieve la importancia de presentar alternativas o técnicas de garantía con la intención de conseguir que algunos aspectos de la normatividad puedan lograr un mejor diseño legal y esto repercuta en su eficacia. Así ocurre con el caso de los derechos sociales, que parecen requerir un mayor diseño institucional para que sea posible exigir su cumplimiento.

En realidad, en estos casos la ciencia jurídica no operaría tanto como una garantía sino como una metagarantía, en cuanto se dedica a hacer operativas las garantías inoperantes, ineficaces o incompletas<sup>44</sup>.

Ferrajoli no sólo critica la pretendida avaloratividad de la ciencia jurídica sino que también cuestiona la fidelidad del juez a la ley<sup>45</sup>. En efecto, el principio de constitucionalidad exige que el juez, antes de aplicar una norma, compruebe si se ajusta o es coherente con los preceptos constitucionales, pues sólo tiene la obligación de aplicar las normas que se adecuan a la Constitución. De este modo, la sujeción del juez a la ley tiene un carácter potestativo ya que se hace depender de un juicio favorable acerca de su perte-

nencia al sistema jurídico. Ahora bien, una vez superado este test de constitucionalidad la aplicación debe llevarse a cabo de forma neutral. Creo que tiene razón Guastini cuando afirma que el corazón del modelo garantista es una teoría de la discrecionalidad judicial y al mismo tiempo un intento de reducirla (ya que es imposible su eliminación) al mínimo<sup>46</sup>. Ferrajoli defiende una teoría de la aplicación judicial que responde al modelo cognoscitivista, lo que exige elaborar una teoría de la verdad en el ámbito jurídico (verdad como correspondencia en el sentido tarskiano) y, por otro lado, la defensa de una política legislativa que, mediante un lenguaje riguroso o el empleo de términos que poseen, según la expresión de Schauer, autonomía semántica<sup>47</sup>, evite en lo posible la intervención de las opiniones subjetivas. Dejando a un lado las dificultades a la hora de conseguir esos objetivos, que no han pasado desapercibidas para los comentaristas de su obra, lo que me interesa resaltar es que el modelo de juez garantista se aproxima al célebre planteamiento de Beccaria o Montesquieu pero sólo en parte, ya que debe ser la boca muda pero sólo de las leyes que son coherentes con la Constitución.

Después de exponer brevemente la concepción garantista de la ciencia jurídica y de la judicatura que defiende Ferrajoli, voy a comentar algunos aspectos de su teoría que me parece interesante destacar.

1. La crítica interna, que está orientada a hacer que se cumpla el "deber ser" expresado en las normas superiores del sistema jurídico, parece exigir la adopción del punto de vista interno pero interpretado no en un sentido amplio, como hace Hart<sup>48</sup>, sino como una aceptación de carácter moral. Si esto es así, de este análisis se desprende una excesiva confianza en el Derecho que puede desembocar en una especie de constitucionalismo ético (como una variante del legalismo ético). Ahora bien, no hay que olvidar que Ferrajoli también reclama para la ciencia jurídica el punto de vista externo de carácter ético-político. Si la crítica interna refleja una posible adhesión o una actitud comprometida con el Derecho, la crítica externa revela que no se debe identificar el Derecho con la justicia, que el sistema jurídico vigente dista mucho de ser perfecto<sup>49</sup>. En otro lugar he denominado a este enfoque, que reclama el punto de vista interno con las normas que se consideran moralmente valiosas pero sin que esto suponga cerrar la posibilidad de acudir a la perspectiva crítica

<sup>42</sup> R. Guastini, "I fondamenti teorici e filosofici del garantismo" en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, citado, págs. 49-65, pág. 53

<sup>43</sup> F. Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 55 y ss. No sólo es una cuestión de legislación, pues también entran en juego los criterios semánticos de uso del lenguaje.

<sup>44</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, citado, págs. 202 y ss.

<sup>45</sup> Para López Calera, "la refundación garantista" del derecho que Ferrajoli propone conecta con muchos de los ideales alternativistas de los sesenta, que pienso no han declinado o no deben declinar. Su tesis de exigir el "punto de vista externo" de la sociedad, de los sujetos titulares de los derechos violados, insatisfechos o más débiles, de la crítica de la jurisdicción y vincularla más efectivamente con la soberanía popular es una clave perfectamente asumible dentro de esta propuesta de un uso alternativo "razonable" del derecho", "¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?", *Claves de razón práctica*, 72, 1997, págs. 32-35, pág. 35.

<sup>42</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 89 y ss

<sup>43</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, pág. 929.

<sup>44</sup> L. Ferrajoli, "Il diritto come sistema di garanzie", *Ragion pratica*, 1, 1993, págs. 143-161, pág. 160.

<sup>45</sup> Vid. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, citado, pág. 914 y ss.

del punto de vista externo, como el punto de vista funcional<sup>50</sup>. En mi opinión, este modelo de ciencia jurídica, que tiene el mérito de ser normativista y realista al mismo tiempo sin descuidar la importancia de la dimensión crítica<sup>51</sup>, resulta apropiado si tenemos en cuenta el contexto jurídico al que se alude con la fórmula "Estado constitucional de Derecho".

2. Debido a que la ciencia jurídica debe desempeñar una función crítica algunos han comparado a Ferrajoli con Dworkin<sup>52</sup>. Es verdad que la teoría del profesor italiano tiene a primera vista ciertas semejanzas con la del autor de *Law's Empire*, y entre ellas podríamos mencionar, aparte de la ya citada, la opción por una aplicación judicial de corte cognoscitivo que aspira a reducir la discrecionalidad y la importancia de los juicios de valor debido a la presencia de principios y valores en las constituciones. Sin embargo, no creo que haya duda de su filiación positivista ya que suscribe la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral correcta como un presupuesto metodológico fundamental.

Respecto a la función crítica, es preciso resaltar que la crítica interna toma como referencia el deber ser que establecen las normas del Derecho positivo y la crítica externa pone de relieve la conveniencia de no vincular el Derecho positivo con la moral correcta. Por todo ello me parece que esta función no tiene una connotación iusnaturalista.

No me voy a fijar en el papel de los juicios de valor en la identificación del Derecho, aunque sí quiero apuntar que este aspecto le acerca, en mi opinión, a la corriente denominada positivismo inclusivo (Waluchow, Coleman<sup>53</sup>). Conviene destacar que Ferrajoli opone su positivismo crítico frente a lo que denomina positivismo dogmático. Éste acentúa la visión de las normas como dogmas indiscutibles que los jueces tienen la obligación de aplicar y que la ciencia jurídica se ocupa de explicar científicamente tratando de justificar su coherencia y su completitud. En mi opinión, la labor crítica me parece que da noticia de lo que en la práctica suelen hacer los juristas y, como tesis normativa, creo que resulta apropiada para enriquecer las ocupaciones que debería tener la ciencia jurídica en el Estado constitucional. Es importante señalar que no todo lo que hace la llamada ciencia jurídica puede presentarse con el rótulo de científico y, por otro lado, no resulta atrevido defender que los juristas se encuentran en la posición adecuada para formular propuestas y realizar crítica interna y externa. Quizá lo importante sea

dejar claro o establecer límites entre las tareas descriptivas y aquellas otras de carácter político en las que interviene la ideología<sup>54</sup>. De lo que no cabe ninguna duda es de que si la ciencia jurídica quiere aparecer como una auténtica garantía no puede limitarse a describir o a repetir sin más el Derecho.

En lo que se refiere a la noción garantista de la judicatura, el planteamiento de Ferrajoli me suscita las siguientes dudas: 1) Existe posiblemente una cierta tensión entre la decisión acerca de la constitucionalidad de la ley, en la que pueden intervenir en mayor o menor medida juicios de valor, y la posterior aplicación de dicha ley, que debe regirse de acuerdo con el criterio de la imparcialidad o la neutralidad<sup>55</sup>. 2) Si el juez sólo tiene el deber de aplicar las normas que son válidas y vigentes, ¿qué sucede con aquellas normas que se aplican y que no pertenecen al sistema? El autor italiano aquí no parece tener en cuenta la distinción entre los criterios de pertenencia y aplicabilidad, que no reconocen el mismo Derecho. 3) La posición de Ferrajoli parece antitética a la de Ferreres. Mientras que éste defiende la presunción de constitucionalidad de la ley que tiene su origen en un Parlamento democrático, el primero mantiene que la vinculación a la ley depende del juicio de constitucionalidad que hace el juez como requisito previo a la aplicación. Así pues, el garantismo inclina la balanza en favor de la Constitución o de una democracia constitucional que encuentra en los derechos constitucionales aquello sobre lo que no se debe o se debe decidir incluso contra la voluntad de la mayoría. Los derechos aparecen, según la expresión feliz de Dworkin, como triunfos sobre la opinión de la mayoría<sup>56</sup>. Ferrajoli parece infravalorar el carácter democrático de la ley, quizá apoyado en una visión pesimista del poder que se refleja en su tendencia "natural" a la ilegalidad o al abuso, sin ofrecer argumentos teóricos concluyentes a favor de esta opción.

Como ya se ha visto, el papel que las garantías desempeñan en el análisis jurídico es fundamental. No me parece desacertado pensar que detrás del Derecho subyace una lucha pertinaz por la conquista de ciertas garantías. El camino para articular medidas de protección y mecanismos de tutela de los derechos fundamentales todavía es largo. Por eso comparto la opinión de Tomás Ramón Fernández cuando defiende la necesidad de poner el acento en las garantías en vez de ponerse en el lado de quienes alaban y justifican los privilegios y las excelencias del poder. Conviene recordar de vez en cuando, como afirma el citado profesor, que "el derecho público es un milagro diariamente renovado"<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 234.

<sup>51</sup> Vid. L. Ferrajoli, "La semántica della teoria del diritto", U Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, págs. 81-130, págs. 127 y ss.

<sup>52</sup> Es el caso de L. Gianformaggio, "Diritto e ragione tra essere e dover essere", citado, págs. 35 y 36.

<sup>53</sup> Vid. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, J. Coleman, "Authority and Reason", R. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, págs. 287-319, y el excelente artículo de J. Coleman y B. Leiter, "Legal Positivism" en D. Paterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, págs. 241-260.

<sup>54</sup> Este planteamiento es similar al que defiende Ross, vid. *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. G. Carrio, Eudeba, Buenos Aires, 1977, págs. 326-328.

<sup>55</sup> En este sentido, M. Gascón, "La teoría general del garantismo. A propósito de la obra de L. Ferrajoli Derecho y razón", texto aún inédito.

<sup>56</sup> R. Dworkin, *Los derechos en serio*, citado, pág. 37 y 276 y ss.

<sup>57</sup> Tomás-Ramón Fernández, "Prólogo" a A.M. Peña, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, citado, págs. 13-16, pág. 16.