

Luigi Ferrajoli

***Derechos y garantías. La ley del más débil***

Madrid, Trotta, 1999

*“Dispuesta la anaquelería sólo resta llenarla y una tópica sistemática como la actual indica fácilmente el lugar que propiamente pertenece a cada concepto y hace al mismo tiempo notar los que aún están vacíos...”*

Kant. Crítica de la razón pura. Lógica trascendental

*“Si hay, pues, conceptos puros a priori, indudablemente que éstos no pueden contener nada empírico, mas, sin embargo, deben ser simples condiciones a priori, base en la cual puede apoyarse su realidad objetiva”*

Kant. Crítica de la razón pura. Deducción trascendental de los conceptos puros del entendimiento

### 1

¿Qué sentido puede tener una construcción teórica sin condiciones de realización o sin posibilidades de utilización en la lectura del mundo de los hechos? Esta pregunta que se hace recurrente en el ámbito jurídico, regresa fortalecida desde una lectura de las

primeras líneas del libro de Luigi Ferrajoli *Derecho y Garantías. La ley del más débil*. Así, los problemas que dan lugar al cuestionamiento surgen allí, no tanto en relación con la lógica interna de los enunciados normativos implicados, como del contraste de ellos con la realidad.

En efecto, el supuesto lógico-jurídico del texto dice que, ante la existencia de un programa constitucional que asumiera los derechos fundamentales, estos derechos establecerían necesariamente un vínculo y un límite al legislador. Además, tendrían una dimensión substancial que los diferenciaría de derechos meramente formales. De manera que si los derechos fundamentales se configurarían en un orden universal, un sistema de garantías daría legitimación al derecho como razón, en oposición a la fuerza como hecho determinante que podría disolverse en términos de esa misma razón.

El asunto, si está bien descrito, plantea dificultades: la primera –notada de inmediato– surge de un planteamiento kantiano probablemente extraído de sus críticas de la razón pura y práctica, revertidas a la ética y a la política. La razón jurídica de Ferrajoli, la consciencia jurídica, ordena y legisla sobre el mundo y, así, esa consciencia creadora, al reconocer, constitucionalizar y legislar sobre el mundo jurídico y político, es decir sobre el derecho y la democracia, bien puede controlar, dirigir, racionalizar la mera fuerza y el poder.

El problema de este supuesto es que en esa antinomia de razón contra poder, en ese planteamiento de razón jurídica contra el mero poder, una tal construcción de universalismo jurídico

no re-crea nada, no reorganiza nada, no reconstruye nada, porque podría afirmarse que una razón kantiana no construye en el vacío: la razón kantiana, con categorías a priori, reconstruye, crea las posibilidades y las condiciones de la experiencia, de los fenómenos. En el libro de Ferrajoli, la construcción normativa puede ser hasta impecable, pero como discurso es vacío, en el sentido de que si se oblitera la experiencia, ninguna reconstrucción –o construcción útil– es posible.

El discurso jurídico político de Ferrajoli es vacío porque sólo afirmando que los derechos fundamentales tendrían dimensión substancial (en oposición a los antiguos esquemas constitucionales meramente formales), y sólo por invocar una razón legisladora cuya universalidad mejoraría esa substancialidad, tal discurso no deja de ser declaración, formalización del valor conceptual trunco y hueco.

Sin embargo, no habría inconveniente en aceptar, sin más, la declaración del autor, ni otra declaración jurídica o política y los ejercicios retóricos que de ello se desprendan; el problema radica en establecer a quién va dirigido ese discurso, en qué ámbitos se recibe, quién lo promueve, lo multiplica y lo usa como “razón” y, en síntesis, cómo choca de manera inevitable la construcción allí contenida con la realidad del poder. Porque si bien la construcción puede asumirse perfecta,

aparece elaborada no a partir de la experiencia como condición de posibilidad, sino contra la realidad, a manera de imperativo.\*

Y el supuesto imperativo, libre de condicionamientos empíricos, libre del poder, de la política, de la cultura, remite a los mismos términos de la razón ilustrada del siglo XVIII; es decir, a la dificultad del imperativo para dirigir y reorganizar los hechos. En consecuencia, *la declaración*, forma usual de expresión en el mundo jurídico y político, continuaría delatando su condición abstracta, inocua y vacía.

Reconocer a Ferrajoli su interesante construcción normativa, no puede implicar que su explicación sea realista y crítica. Su visión de filósofo jurídico positivista otorga pistas valiosas para redactar constituciones y códigos penales, y su autoridad lógico-analítica permitiría explicarlos, pero, notoriamente, se le escapan la crítica y la “aprehensión” de la realidad, como parte del entendimiento jurídico.

### 2

Dos observaciones podrían insinuarse sobre esa falta de realidad en la construcción de Ferrajoli: en primer lugar, el autor parte del supuesto de que el constitucionalismo antiguo o legislativo establecía un límite a los jueces y que el nuevo constitucionalismo, al integrar los derechos fundamentales al ordenamiento jurídico, supone un límite al legislador.

Así, comienza una dilogía insoluble: la constitución sería un cuerpo perfecto, opuesto a la legislación; y siendo aquella la referencia construida en términos puros, la impureza y la imprecisión subordinadas serían corregidas. De manera que la constitución y la legislación serían autónomas, independientes, y el punto de referencia o forma de dirimir conflictos teóricos, políticos o sociales sería la constitución con la formalización, la clasificación y la definición de los derechos fundamentales, todo operando con el cuantificador lógico de “lo universal”.

Pero la realidad demuestra que constitución y legislación se entrecruzan, se contaminan; que los aplicadores-intérpretes de la constitución se diferencian y no se diferencian de los legisladores, que los operadores de la norma constitucional no son *instancia*, no están cultural, política, social y jurídicamente por encima o por fuera o separados del mundo legislativo.

En la concepción de Ferrajoli, la norma constitucional con sus derechos fundamentales se aplicaría a la legislación para dar racionalidad, orden, coherencia y garantías. Sin embargo, la experiencia indica que los operadores constitucionales y los legisladores viven el mismo orden jurídico y que si el juez constitucional controla, lo hace con sentido de poder revestido de razón jurídica. De manera que el texto constitucional con sus derechos fundamentales puede estar construido con

racionalidad jurídica, pero el insoluble problema de la aplicación, aniquila una construcción jurídica constitucional como abstracta y universal, y aniquila la función de la separación de poderes y competencias. Es decir, en Ferrajoli resulta notoria la construcción de un ámbito constitucional en oposición a un ámbito legislativo, pero la realidad diluye esos niveles (el catálogo de situaciones empíricas significativas o anecdóticas sobre el asunto constituiría una serie indefinida).

Una segunda observación sobre la racionalización de Ferrajoli podría surgir no ya en la aplicación del derecho, sino en la forma como las personas asumen esos derechos fundamentales, en contextos específicos, en ámbitos culturales particulares, en realidades diferentes. Desde luego Ferrajoli respondería que esos contextos de situación serían irrelevantes, porque si la razón jurídica no ha sido aplicada o no se acepta, no es problema de ella, sino de la incompetencia, del atraso, de condiciones de barbarie o, aún, de "la minoría de edad"; factores que dificultan el acceso a la razón.

En el anterior punto el nudo es más difícil de desatar, porque las preguntas saltan sobre la razón jurídica, y así los empiristas, los realistas, los críticos, los resistentes, los insurgentes preguntarían cómo se construyó esa razón jurídica, cómo se aplica, cómo se realiza, quién la promueve y cómo se

impone. La pregunta más importante y elemental se formularía así: ¿si esa razón es pura, accesible a toda consciencia, a la humanidad como categoría trascendental, entonces por qué necesita de los tribunales de la razón que remitirían a cortes internacionales? Desde la experiencia, la pregunta es inmediata porque la razón política y jurídica termina en una realidad tribunalicia. Si se dijera siquiera que la razón necesita del poder o, como decían los ilustrados, que la razón sin el terror no es nada, tal vez el asunto, aunque escabroso, sería inteligible.

Si la razón se traduce en garantías universales entonces no podría anularse el análisis de la práctica tribunalicia universal. Sin embargo, en aquella reflexión, se opone razón a poder y luego todo queda en que la razón iluminada se impone sobre la fuerza como realidad oscura. Y *el asunto parece más bien de razón y poder, no de razón o poder*. Una dimensión y la otra, diluyen la ilusión racionalista expandida en el sentido de que construido un sistema de principios jurídicos el oscuro poder queda anulado.

Si el problema es de razón en oposición a experiencia, si esa es la antinomia que debe ser resuelta, entonces la solución de Ferrajoli es de racionalismo abstracto. Allí los obstáculos de aplicación del esquema y los problemas de eficacia de su elaboración racionalista no se *analizan*; si se

alude a ellos, apenas se insinúan como patología, como desviación o como incomprensión del sistema.

En ese esquema en el cual normas y valores como absolutos aplicados a sistemas jurídicos nacionales y diversos, la consciencia jurídica no capta determinaciones empíricas particulares. La razón jurídica sólo puede excluirlas para que el sistema adquiera y mantenga validez teórica, fortaleza sistémica, razón pura.

Es fácil advertir que como las condiciones empíricas no ingresan al sistema, entonces el valor teórico de la explicación se torna nulo y la universalidad ficticia; por lo que es posible concluir que las conferencias condensadas en *Derechos y garantías. La ley del más débil* constituyen un alegato en favor de cierta razón jurídica europea, que, sin embargo, habrá seguramente de ser impuesta con la razón de fuerza de tribunales globales de la Onu y la Otan, como "nueva razón a caballo" sobre los pueblos que "no quieren acceder a la civilización".

En síntesis, la razón "analítica" de Ferrajoli, es decir, sus enunciados normativos, sin determinaciones empíricas como *condición de posibilidad* "del entendimiento jurídico" es tan abstracta y vacía, que cualquier intento escolar (del "garantismo", de "los garantistas") sólo multiplica una ilusión teórica y perfecciona, otra vez, una vieja trampa de la razón.

Las dificultades del programa de Ferrajoli son notorias, porque el simple desplazamiento de los derechos de la legislación a la constitución (aunque se acentúe el control jurisdiccional del legislador y aunque los derechos fundamentales ingresen a la consciencia interpretativa de los jueces de constitucionalidad y de los ciudadanos) no otorga al sistema un carácter substancial-constitucional. Los derechos "substancializados" evidencian una argumentación que refina antiguos esquemas; pero los derechos, por ello, no alcanzan eficacia. El asunto, al parecer, no es jurídico, no es constitucional, no es de legislación.

El ejemplo no sería la vía correcta para dudar de las propuestas teóricas universales de Ferrajoli, pero puede suceder que una constitución en un estado social de derecho controle al legislador y obligue al juez ordinario a garantizar la salud. Sin embargo, si el deterioro de las condiciones de realidad supera la "obligación jurídica", entonces la garantía a que se refiere la constitución, se pierde.

La respuesta del seguidor de Ferrajoli podría ser: "Esa situación material no altera el sistema, que a la postre logrará las condiciones de realización mediante las técnicas adecuadas de garantía". Entonces tal respuesta futurista en nada se parecería a una formalización teórica de pretensiones científicas y sólo supondría un buen deseo.

Todo pareciera indicar que la relevancia de la construcción garantista universal estaría en insinuar obstáculos y en entender la teoría de los derechos y garantías en forma secundaria, pues en su exposición, Ferrajoli está obligado al recurrente reconocimiento de que la constitución, la norma, puede adolecer de alto grado de ineficacia. Pero, inexplicablemente, él mismo sigue "detenido" en la ilusión normativa, sin la comprensión del carácter relativo del derecho *pero como condición de su entendimiento* (como en cambio si lo asumiría Kelsen).

### 3

Lo que plantea Ferrajoli es recurrente: como los órdenes de legalidad en Italia se alteraron, como el asunto mafioso dejó de ser italiano, como la democracia italiana se transformó, como la política italiana se tornó caótica, entonces entiende un orden jurídico universal. Sin que señalar esto implique adscripción a nacionalismos o comunitarismos, el asunto no funciona en una relación tan elemental, no es así de fácil, por simple expansión, universalizar el delito, la sanción, la política, la democracia, las obligaciones, los deberes.

Desde luego que cuando Ferrajoli enuncia la desaparición de los estados nacionales y la aparición de un constitucionalismo internacional, esas dos circunstancias precisamente permiten dudar de su "buen deseo", pues de la destrucción de los estados nacionales

no se sigue el constitucionalismo universal; como tampoco, con cierta analogía, de la desaparición del mercado nacional se sigue la aparición de un mercado global: los mercados, por principio, son diferentes, asimétricos, como primera condición de la globalización.

Aludir a circunstancias reales determinantes, constituye –en términos del pensamiento garantista–, en efecto, una falacia naturalista. Pero es probable que el asunto no sea tanto de falacias como de dilemas: cualquier posición que se asuma no es teóricamente satisfactoria, ninguna soluciona nada y tampoco existe término medio, porque el problema no es de un constitucionalismo garante o no o de bienes universales intangibles, sino que el asunto es de garantías a ventajas comparativas de un mercado europeo en competencia, el cual, creado su mercado común, reclama una constitución europea... para el mundo.

Insistir en los derechos fundamentales, con el operador lógico de universalidad, con el signo de la neutralidad, es un antiguo problema en el cual Ferrajoli reafirma *una posición*. Pero la aproximación a una solución queda tan distante como la idea de neutralidad de la ciencia a la que alude como característica de una constitución universal.

### 4

Una crítica no radical, una crítica a la lógica interna del libro que se

comenta, podría indicar la extraña construcción propuesta por Ferrajoli en la cual la experiencia, de la que partiría y a la que volvería una tal elaboración racional, resulta sin embargo borrada.

Así entonces, es dudoso que el concepto previo de derecho fundamental “como norma tética” sea la condición de garantía de los derechos fundamentales, pues la experiencia pondrá siempre condiciones diversas de aplicación, o mejor, podrá anular sus posibilidades de vigencia. Es posible que la historia de los derechos fundamentales sea la que siempre fue: infinitos, impecables e inoperantes textos (véase como ejemplo la situación de los inmigrantes como cuestión de derecho fundamental, que pese a los contornos del problema, la razón jurídica de Ferrajoli resuelve cambiando el concepto de ciudadano por el de persona).

Los racionalistas ilustrados del siglo XVIII consideraron al ciudadano universal, al ciudadano del mundo, fueron cosmopolitas e instauraron nociones de ciudadano, de constitución y de código. No resulta comprensible por qué un cambio en el concepto de ciudadano ligado al estado nacional, por el de persona ligado a un estado universal, represente todo un progreso de la razón jurídica. En Ferrajoli se encuentra una especie de “embrujo del lenguaje” jurídico que nadie negaría, pero en su exacta dimensión: como fascinación para catedráticos, abogados y jueces

necesitados de redefiniciones, definiciones, tipologías y justificaciones que alivien las perplejidades del razonamiento jurídico, entre las cuales deben reconocer la de que, ante tantos derechos consagrados, el entorno de garantía es nulo.

Los seguidores de Ferrajoli se niegan a reconocer –en todos los sentidos del término– que el obstáculo a la razón jurídica es político, y la política es necesaria entonces como condición de esa reflexión jurídica. Ferrajoli no intenta plantear el problema, sólo lo excluye. Por ello a quienes objetan su discurso se les imputa incurrir en falacias naturalistas o realistas. Esta imputación ha sido asumida por “la escuela de Ferrajoli” tácticamente para eludir asuntos políticos y de la experiencia, por incómodos, porque alteran la construcción o para asegurar posiciones. Los seguidores de un tal pensamiento se tornaron, por una parte, estipulativos y por la otra, prescriptivos. Para no incurrir en falacias realistas, Ferrajoli, quien cita a su vez a Dworkin, se ve en la obligación moral, política o jurídica de pensar *el derecho en serio*, pero tal vez el derecho no es un asunto de la seriedad que propone... porque probablemente sea más serio que la construcción normativa.

El libro de Ferrajoli tiene una importancia trascendental: ayuda a leer y a redactar textos jurídicos en

clave formal. Pero para quienes quisieran romper con la clave empirista y pensarán y actuarán en términos de acontecimientos, dispositivos, diagramas políticos, Ferrajoli es palabra jurídica en el vacío, mera caja neumática, términos bien ganados "por el teórico" en el debate jurídico-político; un aporte al conocimiento del valor normativo, pero

una nebulosa para el entendimiento de los problemas que afronta lo normativo como valor.

*Guillermo Osorio  
Juez de la República  
y profesor de cátedra de la  
Universidad de Antioquia*