



Entrevista a Luigi Ferrajoli(\*)

## Consideraciones acerca del **Constitucionalismo**(\*\*)

### *Considerations on Constitutionalism*

LA DEMOCRACIA NO SÓLO NO PONE EN CUESTIÓN AL POSITIVISMO JURÍDICO, SINO QUE PRÁCTICAMENTE SE BASA POR COMPLETO EN EL POSITIVISMO JURÍDICO. LAS CONSTITUCIONES HAN POSITIVIZADO LAS OPCIONES A ELEGIR POR PARTE DEL LEGISLADOR, ES DECIR, LOS VALORES QUE DEBEN FORMAR LA LEGISLACIÓN

**Resumen:** En la presente entrevista, el autor explica la positivización del constitucionalismo y su relación con el concepto de moral y el rol de las democracias contemporáneas. Asimismo, discute la problemática de la libertad de información en relación a los derechos de propiedad, a la iniciativa económica y a la libertad de expresión. Finalmente, el autor se refiere a la insuficiencia de la ponderación como herramienta para resolver conflictos entre derechos fundamentales con reconocimiento constitucional.

**Palabras Claves:** Constitucionalismo - Positivism - Democracia - Test de Ponderación - Libertad de Información - Derechos Sociales

**Abstract:** In this interview, Ferrajoli explains the positivization of constitutionalism and its relationship to the concept of morality and the role of contemporary democracies. He also discusses the issue of freedom of information relating to property rights, to economic initiative and freedom of expression. Finally, the author refers to the insufficiency of the proportionality test as a tool to resolve conflicts between fundamental rights with constitutional recognition.

**Keywords:** Constitutionalism - Positivism - Democracy - Proportionality Test - Freedom of Information - Social Rights

---

(\*) Abogado por la Universidad de Florencia. Doctor Honoris causa por la Universidad de Buenos Aires, Universidad de Lomas de Zamora y la Universidad Nacional de la Plata. Catedrático en la Universidad de Roma III. Experto en Derecho Constitucional, Teoría General del Derecho y Derecho Penal.

(\*\*) Entrevista elaborada por Edward Dyer Cruzado. Miembro del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS; y realizada por Raúl Feijóo Cambiaso y Ximena del Rosario Gamero, miembros ordinarios de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Las respuestas del profesor Luigi Ferrajoli fueron traducidas por Raúl Feijóo Cambiaso y Rodrigo Seminario Cueva. La Asociación agradece profundamente al doctor Luigi Ferrajoli por su colaboración y disponibilidad para responder nuestras preguntas.

**1. Antes de profundizar acerca de qué tan democráticos son realmente los sistemas de gobierno de los países europeos y latinoamericanos en la actualidad, nos gustaría empezar con una pregunta teórica: ¿Qué tan exacto resulta afirmar que el concepto de democracia constitucional coloca en jaque al positivismo jurídico? En tal contexto, ¿cómo ingresa el concepto de moral en la concepción positivista del Derecho?**

La democracia no sólo no pone en cuestión al positivismo jurídico, sino que prácticamente se basa por completo en el positivismo jurídico. Las constituciones han positivizado las opciones a elegir por parte del legislador, es decir los valores que deben formar la legislación. Se han positivizado también estos valores y se ha superado el último residuo del gobierno de los hombres. También el legislador es subordinado a la ley, al gobierno de la Constitución. La separación entre Derecho y moral permanece, por supuesto, porque el punto de vista de la moral es siempre el punto de vista externo. Sin embargo, la Constitución ha positivizado el principio de justicia, los principios éticos políticos, la igualdad, la dignidad de la persona, que se han transformado en principios jurídicos y que tienen una función de limitación y vinculación de los poderes públicos.

**2. En el libro Poderes Salvajes, se refuerza una idea que aparece en Derecho y Razón. Nos dice que el constitucionalismo, a través de la positivización de los derechos fundamentales, ha hecho posible la superación de la dicotomía razón-voluntad o Derecho natural-Derecho positivo. Esta idea sugiere que la positivización, que es un dato fáctico, ha desplazado la idoneidad de una teoría jurídica. ¿Acaso no se incurre aquí en el mismo error que se le imputa al iusnaturalismo, esto es, el de confundir un juicio de hecho con un juicio de valor?**

No, no tiene nada que ver. Las constituciones han positivizado los principios de justicia. A menudo utilizo esta referencia para explicar lo que ha significado la constitución para este dilema, para esta dicotomía que se presenta a través de toda la historia de las instituciones del derecho. Se trata de la oposición entre la ley de la razón y la ley de la voluntad, entre la justicia y la verdad, entre la moral y el Derecho,

entre el derecho natural y el derecho positivo, digamos entre Antígona y Creonte. Antígona y Creonte son los protagonistas de esta famosa tragedia de Sófocles. Y bien, este conflicto entre Antígona y Creonte, que fue resuelto con el triunfo de Creonte, encuentra su fundamento en el principio según el cual “es Derecho todo y solo lo que establece el soberano democrático” pero de todos modos es el único sujeto ameritado para producir Derecho. Con el constitucionalismo se ha tenido una revancha de Antígona, porque Antígona estableció en forma de normas constitucionales su propia ley de la razón, que es una razón históricamente determinada en forma de normas constitucionales impuestas a Creonte, impuestas a la ley de la voluntad. Sin embargo, Antígona, desde el punto de vista moral, aún continua siendo un punto de vista externo y siempre habrán nuevas Antígona que reivindicarán nuevos derechos, en la era de la globalización, bienes comunes, la necesidad de poner fin a la producción de armas; son tantos los puntos de vista morales que deben traducirse en el derecho positivo, en normas constitucionales. Sobre todo las garantías de los derechos que a nivel internacional no existen todavía.

**3. ¿Qué clase de garantías constitucionales positivas resultan necesarias para asegurar el respeto al derecho al acceso a la información? ¿Una ley que establezca límites en la participación en el mercado a las empresas propietarias de medios de comunicación sería idónea o suficiente?**

Hay varios problemas aquí. En la información se combinan tres tipos de derechos que a menudo se confunden unos con otros: (i) la propiedad del periódico, precisamente la propiedad como derecho real; (ii) el derecho a la iniciativa económica; y (iii) la libertad de pensamiento, de expresión. Son tres derechos



## Entrevista a Luigi Ferrajoli

distintos. Aquello garantizado por la Constitución es por sobre todo la libertad de pensamiento, lo que obviamente prevalece sobre el derecho a la propiedad. Esto significa que para garantizar el pluralismo, es decir, la libertad de expresión de todos, se deben colocar límites a los derechos de propiedad y a los derechos civiles en el sentido de que no se debe permitir la acumulación de cadenas de televisión y de periódicos. Quién es dueño de un periódico no puede ser el dueño de más periódicos, debe invertir en la actividad o producto al que se dedica, en el periódico, en la televisión, en la red de la cual es propietario. Es decir, un límite para garantizar la competencia e impedir la formación de monopolios. Esta es una ley básica del mercado en cierto sentido. Luego hay un problema ulterior: la garantía de la libertad de expresión y de pensamiento con respecto a la propiedad. Debido a que la libertad de expresión y de pensamiento no es una variable dependiente, no debe ser una variable dependiente del derecho a la propiedad. Es un valor constitucionalmente garantizado. Por ejemplo, la Constitución italiana garantiza la libre expresión del pensamiento propio, del pensamiento del periodista y no aquel del propietario. Y por eso mismo se necesita garantizar la autonomía de las relaciones también desde la propiedad, como un estatuto de los periodistas para evitar despidos a causa del tipo de opinión política del periodista, que claramente no es simple, pero es necesario un estatuto de los periodistas.

### **4. Tomando en cuenta que América Latina es una región que mantiene niveles muy altos de pobreza y desigualdad, y tomando en consideración la situación económica de algunos países europeos como Grecia, España o Portugal, producto de la última crisis ¿puede decirse entonces que estas regiones no gozan de una democracia sustancial? ¿A partir de qué criterios o indicadores podemos medir el nivel de democracia constitucional respecto a la variable de los derechos sociales?**

Los derechos sociales deben ser garantizados. Existe un nexo además, muy estrecho, entre el desarrollo económico y la garantía de los derechos sociales. Contrariamente a un lugar común según el cual los derechos sociales son un lujo, porque cuestan, es necesario decir que al contrario, cuesta mucho más su falta de garantía. La verdadera riqueza del país depende del grado de garantía de los derechos sociales. Ante la ausencia de esta, es decir, la educación, la salud, se ausenta incluso la productividad

individual, y por lo tanto la productividad colectiva. Los países europeos son más ricos que muchos otros países, pensemos en África, ya que son más ricos en comparación a su pasado, en comparación con su pasado la Italia de hoy, sobre todo la Italia a principios del siglo XX, debido a que han garantizado los derechos sociales. La educación y la salud deben ser la principal inversión en el plano económico, así como fines en sí mismos. Así que resulta un mito la tesis liberal que señala que para hacer frente a la crisis tenemos que reducir los derechos sociales. No, para hacer frente a la crisis se debe satisfacer los derechos sociales y viceversa limitar los poderes económicos, en particular los poderes financieros que están, al contrario, condicionando y gobernando la política.

### **5. ¿Considera que en la actualidad, nuestro Tribunal Constitucional debe continuar utilizando el test de proporcionalidad, elaborado por Robert Alexy, como solución al conflicto entre dos derechos fundamentales o considera usted que hay otro método más eficaz? ¿Realmente la ponderación obtiene las ventajas que se buscan o usted reformularía dicha estructura argumentativa?**

No tengo mayor información, acerca del Tribunal Constitucional de Perú, por lo que no puedo expresar ninguna opinión. Puedo hablar de la ponderación, y decir que la ponderación, en mi opinión, es un tipo de reconstrucción muy engañosa del razonamiento de los jueces, especialmente de los jueces constitucionales. Los jueces constitucionales deben hacer coincidir la incompatibilidad con la compatibilidad, la incoherencia de la ley que se les presente en el juicio con lo que señala la Constitución. Por ejemplo, una ley discrimina violando el principio de igualdad, discrimina a las mujeres, discrimina a las personas de color o discrimina

## Consideraciones acerca del Constitucionalismo *Considerations on Constitutionalism*

por cualquier razón que tenga relación con la identidad personal, dicha ley está en conflicto con la Constitución, no hay ponderación a hacer. Y lo mismo vale para la mayoría de los derechos de libertad y los derechos sociales. Por supuesto hay espacios de discrecionalidad vinculados en parte a la indeterminación que es mucho menor de lo que por lo general se dice, y también a la vaguedad, e incluso al conflicto entre los derechos. Empero, en muchos casos no hay ningún conflicto, y los que se presentan como los conflictos consisten en la subordinación del ejercicio de ciertos derechos a los demás. Por ejemplo, no hay un conflicto entre los derechos civiles de propiedad y los derechos de libertad de los derechos sociales. Los derechos civiles de propiedad son derechos fundamentales, como el derecho de iniciativa económica pero su ejercicio es de un nivel normativo inferior a aquel de la vida.

Solo en Perú, por otro lado, he podido ver que existe una norma constitucional totalmente absurda, con la violación de la gramática jurídica: el llamado *contrato-ley*, prevista en su Constitución. Esta norma no tiene sentido. No entiendo por qué no se busca realizar una reforma constitucional para derogar esta norma. Hace parte de la jerarquía de las fuentes que la autonomía privada se subordina a la ley, fue el Código Civil de Napoleón el que introdujo este principio, no las constituciones. Pero, repito, la ponderación tiene que ver, cuando es necesaria, con una evaluación y una ponderación de las circunstancias de los hechos, y no de las normas. Las normas son siempre iguales a sí mismas, mientras que los hechos son siempre diferentes el uno del otro. Y en la jurisdicción constitucional el hecho no existe como objeto de la sentencia, sino que es la ley el espacio para la ponderación, el cual resulta mínimo a mi parecer. En cambio, sí hay un espacio relevante para ponderación entre las circunstancias de hechos, agravantes y atenuantes, pruebas y contrapruebas, la legítima defensa, el estado de necesidad si es realmente capaz de justificar un determinado delito, los cuales tienen que ver con las cuestiones de hecho y no con los elementos del Derecho. 