

ARTÍCULO

La aplicación jurídica ante algunos dilemas semánticos de Luigi Ferrajoli

The Legal Adjudication Faced With Some Semantic Dilemmas of Luigi Ferrajoli

Roberto M. Jiménez Cano
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación: 21/12/2012

RESUMEN.

A juicio de Luigi Ferrajoli los textos constitucionales incorporan condiciones sustanciales de validez, que se refieren a valores como la libertad, la igualdad o las garantías de los derechos de los ciudadanos. Por otra parte, el significado del lenguaje jurídico, el de los juristas y el de los jueces, se expresa a través de definiciones lexicográficas que toman como base observacional los usos del legislador. Este trabajo plantea las diferentes alternativas y dilemas ante los que se presenta Ferrajoli a la hora de explicar la posibilidad de que los jueces realicen enunciados operativos cuando el lenguaje legal o constitucional es vago o contiene condiciones sustanciales de validez.

PALABRAS CLAVE.

validez, definiciones lexicográficas, definiciones estipulativas, verdad, interpretación operativa, decisión judicial, moral

ABSTRACT.

According to Luigi Ferrajoli constitutional texts incorporate substantial conditions of validity, which refer to values such as freedom, equality and guarantees of rights. On the other hand, the meaning of legal language, the language of lawyers and judges, is expressed through lexical definitions based on the observational uses of the Legislature. This paper discusses the various alternatives and dilemmas for Ferrajoli to explaining the possibility that judges make operatives statements when the legal or constitutional language is vague or when it contains substantial conditions of validity.

KEY WORDS.

Validity, Lexicographical definitions, Stipulative definitions, Truth, Operational Interpretation, Judicial Law-Making, Morality

Es sobradamente conocida la tesis de Luigi Ferrajoli según la cual en los modernos Estados constitucionales de Derecho la definición teórica de Derecho válido ha sufrido una mutación. El cambio se ha producido por la aparición entre las normas de producción de normas de “múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad”¹.

Como el propio Ferrajoli recuerda, esto tiene una importancia práctica mucha mayor que la que se le suele dar, puesto que tanto las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes, como, en menor medida, las

impugnaciones de decisiones judiciales y administrativas se basan no en vicios de forma, como la incompetencia del órgano creador de la norma, sino que se fundamentan sobre el contenido de la decisión. Estas declaraciones de inconstitucionalidad o tales impugnaciones de decisiones judiciales o administrativas, pues, se asientan, bien sobre la falta de vigencia de una norma, bien sobre su falta de validez.

Recuérdese que Ferrajoli denomina “vigencia” a la validez formal, de tal manera que una norma existe o está vigente si satisface las condiciones de validez formal, los cuales “hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como a la competencia del órgano de que emana”. Tales condiciones de validez formal están establecidas por las normas constitucionales que rigen la producción de normas.

Sin embargo, limita el uso del término “validez” a la validez sustancial, esto es, el conjunto de condiciones que se refieren al contenido o al significado de las normas. Esas condiciones de

¹ FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1995, p. 358.

significado, como en el caso de las condiciones formales, también vienen establecidas por las normas superiores o constitucionales que rigen la producción de normas².

La diferencia entre ambos tipos de condiciones, formales y sustanciales, reside en que mientras las formales son requisitos de hecho, acerca de si efectivamente la norma se ha promulgado por la autoridad competente o sobre si ciertamente se ha seguido el procedimiento de producción preestablecido, las sustanciales son requisitos de valor, que consisten en el respeto a valores como la libertad, la igualdad o las garantías de los derechos de los ciudadanos.

Tal y como se acaba de señalar, tanto los requisitos de forma como de sustancia que condicionan la existencia y la validez de las normas quedan establecidos por otras normas.

En concreto, por las normas superiores del

² FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón*, cit., pp. 358-359 y 874-875.

sistema jurídico, como lo son las normas constitucionales. Estas normas, como cualquier otra norma jurídica, son *puestas* por el legislador (o el legislador constituyente) y expresadas en textos. Tales textos pueden representarse como hechos lingüísticos, ya que las palabras actúan como símbolos que designan propiedades, y, por tanto, como un conjunto de hechos observables³.

Además, las normas jurídicas pueden considerarse un lenguaje, el “lenguaje legal”, es decir, una forma de comunicar ideas, emociones y deseos, en particular, prescripciones, por medio de un sistema de símbolos producidos o recogidos de manera intencionada por el legislador (autoridad que produce el Derecho)⁴. A partir de aquí, Luigi Ferrajoli reserva a la Dogmática jurídica (que

³ Sobre el concepto de “hecho lingüístico” véase SAPIR, E.; *El lenguaje* (1921), trad. de M. Alatorre y A. Alatorre, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 18 y sobre los símbolos y demás vehículos sígnicos puede verse MORRIS, C.; *Fundamentos de la teoría de los signos* (1938), trad. e3 R. Grasa, Barcelona, Paidós, 1985, pp. 57-61.

⁴ Una definición de lenguaje puede encontrarse en SAPIR, E.; *El lenguaje*, cit., p. 14.

practican jueces y juristas) la observación empírica del lenguaje legal y la determinación de su significado.

El lenguaje legal queda, pues, configurado como un lenguaje objeto de la Dogmática jurídica y el lenguaje de la Dogmática (el lenguaje jurídico) como un metalenguaje, es decir, como un lenguaje que se usa para hablar acerca de otro lenguaje (el lenguaje objeto o lenguaje legal). El método de observación que la Dogmática utiliza es el análisis del lenguaje legal, esto es, la interpretación jurídica, la cual conduce a la elaboración de conceptos (dogmáticos). Nótese, para evitar confusiones, que para Ferrajoli el lenguaje empleado por los juristas y los jueces en la interpretación (sea dogmática u operativa) es denominado “lenguaje jurídico” (o dogmático), mientras que el lenguaje usado por el legislador es calificado de “lenguaje legal”.

El lenguaje legal en el que se formulan las leyes queda “dogmáticamente” fijado por el

legislador sobre la base del lenguaje ordinario, pero no se identifica estrictamente con él, sino que se ajusta a los usos lingüísticos del legislador⁵. La característica del Derecho moderno del Estado legislativo de Derecho, frente al Derecho premoderno no codificado y jurisprudencial, estriba en que mientras este último está formulado en lenguaje natural, el lenguaje del Derecho del Estado legislativo es de carácter artificial, “dado que todas las reglas de uso se encuentran estipuladas y son acordadas positivamente”⁶. A los efectos que en este trabajo interesan, el paso al Estado constitucional de Derecho no modifica esta característica del lenguaje legal o constitucional, puesto que en este caso en el

⁵ FERRAJOLI, L.; *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), trad. de P. Andrés, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, vol. I, Madrid, Trotta, 2011, pp. 3-80; “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, trad. e3 I. de la Iglesia, G. Pisarello y R. García Manrique, en FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA, M.; *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 25, 176-180; “*Principia Iuris: una discusión teórica*”, trad. de M.A. Aramburo, A. Lozada y F. Morales, *Doxa*, 31, 2008, pp. 395-396.

⁶ FERRAJOLI, L.; *Epistemología jurídica y garantismo*, trad. e3 J.J. Moreso et al., México, Fontamara, 2004, p. 268.

lenguaje artificial o positivamente construido “se establecen, rígidamente, a través de normas superiores tanto las reglas sintácticas sobre la forma de los signos, como también las reglas semánticas que les atribuyen significado. No sólo las reglas sobre ‘cómo’ decir el Derecho, sino también aquellas sobre ‘qué cosa’ el Derecho no puede decir y sobre ‘qué cosa’ debe decir”⁷.

Esto quiere decir que cuando el legislador (usaré esta expresión para incluir al legislador constituyente) usa un término o un concepto en el lenguaje legal (usaré esta expresión para incluir el lenguaje constitucional) su significado no tiene necesariamente que coincidir con los usos de los hablantes del idioma en el que se expresa el lenguaje legal. Ferrajoli, pues, adoptaría como regla semántica de las palabras legales los usos (o condiciones de aplicación a ciertas entidades o

⁷ FERRAJOLI, L.; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 268-269.

situaciones) fijados por el legislador⁸. La diferencia entre el lenguaje legal y el lenguaje ordinario, nótese bien, radica en que mientras que el significado del lenguaje ordinario se determina a través de definiciones (lexicográficas) que recopilan usos generales anteriores (en los que se han dado relaciones de sinonimia⁹), el significado del lenguaje legal se determina a través de definiciones (lexicográficas) que recopilan usos lingüísticos del legislador y, por ello, se presentan al dogmático como “dogmas” irrefutables.

La determinación de ese significado del lenguaje legal queda reservado a la Dogmática. Por ello, el lenguaje jurídico y los conceptos elaborados por la Dogmática tienen como referencia el lenguaje legal y se construyen con definiciones lexicográficas basadas en el lenguaje legal. Esto hace del lenguaje jurídico

⁸ Acerca de los conceptos como reglas semánticas véase MORRIS, C.; *Fundamentos de la teoría de los signos*, cit., pp. 59-61.

⁹ QUINE, W.V.O.; “Dos dogmas del empirismo” (1951), en *Desde un punto de vista lógico*, trad. de M. Sacristán, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 54-55.

un lenguaje observacional, pues “usa términos que designan propiedades y relaciones observables, para los efectos de la descripción de objetos o hechos igualmente observables”¹⁰. Las propiedades, relaciones, objetos y hechos observables del lenguaje jurídico constituyen, evidentemente, el lenguaje legal. Se ha de advertir que entre los diversos lenguajes existen diferentes niveles de discurso. El lenguaje legal es, en realidad, un metalenguaje respecto del lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico un meta-meta-lenguaje en relación al lenguaje ordinario y un meta-lenguaje respecto al lenguaje legal.

Una vez diferenciados lenguaje ordinario, lenguaje legal y lenguaje jurídico cabe, para Ferrajoli, hablar todavía del lenguaje teórico o lenguaje de la teoría del Derecho. Como lenguaje teórico que es, el de la teoría

constituye un lenguaje artificial sin referencia semántica directa con las entidades observables y, por ende, su aparato conceptual queda fijado mediante definiciones estipulativas¹¹. Esto es, el lenguaje teórico no tiene como referencia semántica ninguno de los otros lenguajes anteriormente citados. Por consiguiente, los significados de los términos, palabras o conceptos del lenguaje teórico no quedan definidos lexicográficamente, rastreando los usos que de tales términos o conceptos hacen bien una comunidad de hablantes, o bien el legislador, sino que quedan libremente determinados por el propio teórico. Ciertamente, sin embargo, que a no ser que el lenguaje teórico sea un lenguaje formalizado, no parece viable que para su elaboración se prescindiera totalmente del lenguaje ordinario y, siendo así las cosas, las diferencias formales

¹⁰ CARNAP, R.; “The Methodological Character of Theoretical Concepts”, en FEIGL, H. y SCRIVEN, M. (eds.); *Minnesota studies in the philosophy of science, vol. I: The foundations of science and the concepts of psychology and psychoanalysis*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1956, p. 38.

¹¹ FERRAJOLI, L.; *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 41-47; “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, en FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA, M.; *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 176-180; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 17, 21-51 y 99

entre lenguaje legal y teórico se acortan. Empero, las presentes líneas se centrarán en el lenguaje jurídico.

Ferrajoli afirma que los enunciados o las oraciones del lenguaje jurídico son asertivos, descriptivos o informativos y, por ende, expresan proposiciones (jurídicas), es decir, significados que poseen un valor veritativo (pueden ser calificadas de verdaderas o de falsas). Las proposiciones jurídicas pueden ser de dos tipos. Por un lado, proposiciones jurídicas dogmáticas, que son las elaboradas por los juristas en su doctrina y cuya base observacional está compuesta, de manera exclusiva, por los enunciados normativos del legislador. Estas proposiciones dogmáticas tienen como forma típica *el artículo x dice que*. La misión de las proposiciones dogmáticas es, pues, decir qué dice el lenguaje legal. Por otro lado, las proposiciones jurídicas operativas, que son las formuladas por los jueces o los operadores jurídicos en sede de aplicación de

las normas y que no hablan directamente de normas (como hacen las proposiciones dogmáticas), sino de hechos concretos, de los cuales predicen una consecuencia o calificación jurídica a través de la subsunción y el silogismo. Las proposiciones operativas típicas serían del tipo *este hecho sucedió, aquel objeto es un arma o tal contrato es inválido*. Por tanto, las proposiciones operativas declaran no sólo el acaecimiento de un hecho, sino también su calificación jurídica. Su misión es calificar jurídicamente hechos concretos.

De ambos tipos de proposiciones jurídicas se puede predicar valor de verdad, pero mientras que para las proposiciones dogmáticas queda reservada la idea de “verdad jurídica”, es decir, con arreglo a normas jurídicas, la verdad de las proposiciones operativas puede ser tanto jurídica como factual, en este último caso con arreglo a lo que realmente ha sucedido. Ferrajoli opta, para explicar ambos tipos de

verdad, por la teoría de la verdad como correspondencia¹².

La formulación clásica de la teoría de la verdad como correspondencia se encuentra en Aristóteles, cuando afirma “decir que el ser no existe, o que el no-ser existe, he aquí lo falso; y decir que el ser existe, que el no-ser no existe, he aquí lo verdadero”¹³. Tal aseveración aristotélica equivaldría, en terminología moderna, a afirmar que la verdad de una oración consiste en su adecuación o correspondencia con la realidad o estado de cosas o de hechos del mundo.

El problema de la teoría de la verdad como correspondencia es, pues, a juicio de Popper, determinar en qué consiste tal “correspondencia” o “adecuación”¹⁴. Para

¹² Sobre la verdad de las proposiciones jurídicas véase FERRAJOLI, L.; *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 316-321; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 24-37; *Derecho y razón*, cit., pp. 47-49.

¹³ ARISTÓTELES; *Metafísica*, 13^a ed., trad. de P. de Azcárate, Madrid, Espasa-Calpe, 1990, p. 125.

¹⁴ POPPER, K.R.; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (1963, 4^a ed., 1972), trad. de N. Miguez y R. Grasa, Barcelona, Paidós, 1991, p. 273.

resolver la cuestión, Ferrajoli —y Popper— acude a Tarski¹⁵, quien superó los problemas que adolecían a la teoría de la verdad como correspondencia¹⁶. Pues bien, de acuerdo con Tarski la correspondencia es una equivalencia entre el nombre de una oración p y la oración p , de manera que: x es verdadero si, y sólo si, p , donde x es la formulación metalingüística de p (v.gr., *El enunciado “la nieve es blanca”*) y p es un enunciado cualquiera (v.gr., *la nieve es blanca*). La verdad quedaría, pues, establecida de la siguiente manera: *El enunciado “la nieve es blanca” es verdadero si, y sólo si, la nieve es blanca.*

¹⁵ TARSKI, A.; “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica” (1944), en VALDÉS, L.; *La búsqueda del significado*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 301-338.

¹⁶ La teoría clásica de la adecuación se enfrentaba a la paradoja de Epiménides (siglo VI a.C.) o paradoja del mentiroso. Se atribuye a Epiménides, que era cretense, haber afirmado: *Todos los cretenses son unos mentirosos*. De acuerdo con la teoría clásica la oración es verdadera si todos los cretenses son mentirosos, pero quien profirió la oración era cretense y, por tanto, un mentiroso. Por tanto, Epiménides bien pudo mentir al pronunciar tal enunciado. Un ejemplo de esta paradoja puede verse en la Carta o Epístola a Tito, 1, 12-13 del *Nuevo Testamento*.

Entonces, a juicio de Tarski para poder hablar de correspondencia con los hechos y, por tanto, de verdad se ha de utilizar un metalenguaje (semántico) —es decir, un lenguaje que se usa para hablar de otro lenguaje denominado “lenguaje objeto”— en el que se nombra o se menciona (no se usa) de manera entrecomillada una oración del lenguaje objeto. Es decir, la mención de un enunciado es verdadera si, y sólo si, existe dicho enunciado. Y la verificación de la existencia del enunciado es empírica.

Así, en el caso de proposiciones dogmáticas como *el artículo 15 de la Constitución Española dice que todos tenemos derecho a la vida* la verdad (jurídica) consiste en su correspondencia semántica con la realidad jurídica (las disposiciones normativas, en concreto el art. 15 de la Constitución Española¹⁷). Por tanto, la cuestión de la verdad

de dicha proposición dogmática se podría formular de la siguiente manera: *es jurídicamente verdadero que el enunciado “el artículo 15 de la Constitución Española dice que todos tenemos derecho a la vida” si, y sólo si, el artículo 15 de la Constitución Española dice que todos tenemos derecho a la vida.*

Ahora bien, como se adelantó, las proposiciones operativas sus susceptibles de ser calificadas tanto de jurídicamente verdaderas como de factualmente verdaderas. De estas proposiciones bien podría predicarse verdad jurídica mediante la observación de que existe o no existe una norma conforme a la cual, por ejemplo, el trato dado a Ticio es inhumano o degradante. Así, *el enunciado “el trato dado a Ticio es inhumano o degradante” es jurídicamente verdadero si, y sólo si, el trato dado a Ticio es inhumano o degradante (de acuerdo con una norma x del sistema).* Aquí

tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.”

¹⁷ Dicho artículo está redactado de la siguiente manera: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a

interesa cuándo las normas jurídicas califican a un trato como inhumano o degradante.

Pero también podría predicarse verdad factual, mediante la *prueba* de que el hecho en cuestión sucedió o no sucedió. De manera que, *el enunciado “el trato inhumano o degradante dado a Ticio sucedió” es factualmente verdadero si, y sólo si, el trato inhumano o degradante dado a Ticio sucedió (de acuerdo con los hechos)*. Aquí interesa cuando de hecho sucedió un trato calificado legalmente como inhumano o degradante.

A los efectos de este trabajo interesan únicamente las proposiciones operativas, y no las dogmáticas¹⁸, y preocupa únicamente cuándo un trato es *jurídicamente* inhumano o degradante, con independencia de que estos

¹⁸ Y ello porque las proposiciones dogmáticas de la doctrina no son exclusivamente descriptivas, sino también prescriptivas cuando el significado de las disposiciones normativas es equívoco y, por ende, se propone que el texto se entienda, estipulativamente, en un sentido determinado (FERRAJOLI, L.; “Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*”, trad. de J.R. Ruiz Saldaña, *Eunomía*, nº 1, 2011-2012, pp. 12-13). Esto es, pro otra parte, lógico, ya que, como se verá, la dogmática tiene, entre otras, la función de colmar las lagunas.

tratos se den o no *de hecho*. Para ello, es necesario conocer el significado de las disposiciones normativas o, en una palabra, del lenguaje legal. Recuérdese que el significado de las palabras legales se expresa a través de definiciones lexicográficas que toman como base observacional los usos del legislador.

Pues bien, piénsese que un juez ha de calificar jurídicamente si el trato dado a una persona es inhumano o degradante, ya que a la luz del art. 15 de la Constitución Española en ningún caso una persona puede quedar sometida a ese tipo de tratos¹⁹. Para que la proposición operativa *el trato dado a Ticio es inhumano o degradante* sea verdadera ha de adecuarse a las normas que fijan las circunstancias de uso (del legislador) de “trato inhumano o degradante” y que reflejan los usos del legislador al respecto.

¹⁹ En concreto, el citado artículo 15 dispone que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Imagínese que la jurisdicción de un Estado únicamente tiene como normas de referencia a este respecto sus normas constitucionales. En concreto, que los jueces y tribunales exclusivamente tuvieran como referencia normativa una disposición equivalente al art. 15 de la Constitución Española ya citado. La pregunta parece obvia, ¿cuáles son las circunstancias de uso del legislador para el concepto “trato inhumano o degradante”? Los jueces y tribunales tendrían, a juicio de Ferrajoli, la misión de interpretar o analizar el lenguaje legal de dicho art. 15, esto es, de conocer el significado de los términos “trato inhumano” y “trato degradante”. ¿Cómo conocer, pues, el significado de estas expresiones? La vía apuntada por Ferrajoli de hallar los usos del legislador como base de definiciones lexicográficas acerca del lenguaje legal resulta infructuosa, puesto que, como se acaba de señalar, ante una única norma de

referencia como la del art. 15, sin más, no habría rastro alguno de tales usos²⁰.

En definitiva, el legislador simplemente mencionaría la expresión “trato inhumano o degradante” sin determinar sus circunstancias de uso. ¿Cómo, entonces, un juez puede dictaminar si un trato es inhumano o degradante? *Grosso modo* son dos las alternativas que se presentarían. En primer lugar, podría considerarse que el art. 15 no tiene fuerza jurídica o que, a pesar de tenerla, deviene directamente inaplicable por los jueces a falta de una mediación del legislador (*interpositio legislatoris*) con lo cual la calificación de un hecho o de un trato como inhumano o degradante sería jurídicamente irrelevante. En segundo lugar, cabría entender que el art. 15 es directamente aplicable por los jueces, pero adolece de un vicio, en concreto de una laguna. Las dos alternativas sitúan, en mi

²⁰ FERRAJOLI, L.; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 38.

opinión, a Ferrajoli ante distintos dilemas no resueltos.

Tómese la primera alternativa, según la cual el art. 15 bien no tiene fuerza jurídica vinculante o bien no es directamente aplicable por los tribunales. Afirmar que este artículo no es una norma jurídica permitiría a Ferrajoli seguir concibiendo a las proposiciones operativas como verdaderas o falsas. Así, por ejemplo, podrían calificarse como jurídicamente falsas todas las proposiciones operativas que afirmaran que *“el trato dado a Ticio es inhumano o degradante”* puesto que no habría una norma con arreglo a la cual el hecho sea constitutivo de un trato inhumano o degradante. Ahora bien, igualmente podría entenderse que en estos casos hay norma jurídica que obliga al legislador, pero que no es directamente aplicable por los tribunales. Esto parecería el escenario típico de una laguna. Una laguna, para Ferrajoli, es el vicio producido por la omisión indebida de una

norma, requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma que falta. Es decir, podría entenderse que si bien el art. 15 vincula jurídicamente al legislador, para la aplicación judicial del art. 15 se requeriría una norma que lo desarrollara, esto es, la introducción de una norma que colmara la laguna. El problema es que tal introducción normativa escapa a las potestades que Ferrajoli atribuye a la jurisdicción, puesto que las lagunas no pueden ser directamente solucionadas por el intérprete, a quien no le compete la alteración del Derecho vigente²¹.

Esta alternativa sitúa a Ferrajoli ante un dilema. O bien considera que el art. 15 no es una norma jurídica y salva la posibilidad de que los enunciados operativos puedan seguir siendo calificados de verdaderos o falsos. O bien admite que los jueces pueden colmar lagunas en el sentido de que (jurídicamente) pueden introducir, de manera discrecional,

²¹ FERRAJOLI, L.; *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 644-ss.

nuevas normas cuyo significado no tendría base lexicográfica, sino estipulativa, lo que convertiría a (algunos) enunciados operativos en no verificables. Ante este dilema, Ferrajoli parecería en algún momento decantarse por considerar que los derechos fundamentales requieren siempre de una legislación de actuación y, por tanto, de una mediación del legislador (*interpositio legislatoris*) para poder ser aplicados²². Pero esta opción abocaría a Ferrajoli a negar la tradición constitucionalista de considerar a todos los preceptos constitucionales como auténticas normas jurídicas y directamente aplicables por los tribunales, algo que resultaría aún más extraño de aceptar por el profesor italiano²³.

²² FERRAJOLI, L.; *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), trad. de P. Andrés, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, vol. II, Madrid, Trotta, 2011, pp. 76-80.

²³ FERRAJOLI, L., "Pasado y futuro del Estado de Derecho", *Revista Internacional de Filosofía Política*, n° 17, 2001, pp. 34-35. Sobre esta posible interpretación de Ferrajoli puede verse PRIETO SANCHÍS, L., "Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", *Doxa*, 31, 2008, pp. 334-335. Que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, sin necesidad de la *interpositio legislatoris*, y que no son meros principios

Tómese ahora la segunda alternativa, esto es, la de entender el art. 15 como una norma jurídica directamente aplicable por los jueces (y el legislador). Que se entendiera que la norma es directamente aplicable no entrañaría que ésta dejara de ser vaga²⁴. El legislador habría incumplido la garantía de estricta legalidad al no haber usado términos con una precisa intensión y, por ende, con una concreta y clara extensión²⁵. Entonces, se habría de reconocer que los jueces deben (jurídicamente) convertirse en estos casos en legisladores intersticiales u ocasionales (demasiado ocasionales según la configuración

programáticos ha sido declarado por la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 15/1982, de 23 de abril. Por otro lado, piénsese en las consecuencias que la opción señalada tendría para la distinción ferrajoliana entre vigencia y validez.

²⁴ El propio autor italiana entiende que disposiciones normativas, como el principio de igualdad, son vagas y ambiguas que amplían mucho los espacios de discrecionalidad y las valoraciones (Ferrajoli, L., "Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*", cit., pp. 13-14).

²⁵ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*, vol. I, cit., pp. 411, 469, 534; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 38; *Derecho y razón*, cit., pp. 34-ss. Cosa diferente es que la vaguedad exija un desarrollo de la Ciencia de la Legislación o de la Constitución destinada a formular disposiciones normativas claras y rigurosas (FERRAJOLI, L., "Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*", cit., p. 14). Mas mientras las disposiciones sigan siendo vagas alguna de las alternativas hay que tomar.

de las actuales constituciones occidentales). No parece que Ferrajoli tenga en mente esta solución como ideal normativo y entendería que, entonces, los jueces no sólo gozarían de grandes espacios de discrecionalidad, sino que se extralimitaría en sus competencias, vulnerando tanto los principios de sujeción del juez sólo a la ley y de estricta “jurisdiccionalidad” como el de separación de poderes²⁶. Téngase en cuenta que no sólo se trataría de aceptar que el modelo normativo de la jurisdicción como actividad cognoscitiva es simplemente un modelo teórico claramente desmentido y violado en la práctica²⁷; sino de considerar que el modelo neoconstitucionalista exige este tipo de intervención legislativa por parte de los jueces. En fin, o Ferrajoli acepta que los jueces deben ser (y no sólo son) legisladores a la hora de aplicar normas vagas, pero de nuevo rechaza la verificabilidad de los

²⁶ FERRAJOLI, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 36 y 242.

²⁷ FERRAJOLI, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 240.

enunciados operativos, o bien regresa a la primera alternativa, la de entender que disposiciones del tipo del art. 15 no tienen fuerza jurídica o necesitan de la *interpositio legislatoris*.

Todavía podría entenderse que enunciados como los del art. 15 no son vagos, sino que remiten directamente a la moralidad. Ésta sería la opción de Ferrajoli si se entendiera que la norma constitucional del art. 15 contiene, en realidad, unas condiciones de validez (sustancial) sobre el significado o el contenido de otras normas. Recuérdese el comienzo de este trabajo. Las condiciones de validez sustanciales son requisitos de valor, que consisten en el respeto a valores como la libertad, la igualdad o las garantías de los derechos de los ciudadanos.

El art. 15, al prohibir la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes bien podría entenderse como una garantía del derecho a la vida y a la integridad física y moral citados en ese mismo precepto. En concreto, podría

concebirse como una garantía primaria que establece una prohibición dirigida al legislador ordinario de dictar normas que vulnere los derechos señalados²⁸.

Quedaría por saber a qué tipo de moralidad se referirían tales requisitos de valor en que consisten las condiciones sustanciales de validez. Lo que aquí sigue también afectaría si se entendiera que tales disposiciones normativas no son reenvíos a la moral, sino invocaciones a la discrecionalidad judicial. De nuevo, son dos las opciones las que se abren ante Ferrajoli y cada una de ellas le sitúa ante nuevos dilemas.

La primera opción sería admitir que las referencias jurídicas a la moralidad son a un tipo de moral objetiva. De esta manera, podría seguir afirmando que las proposiciones jurídicas operativas, a pesar de no tener como

²⁸ Sobre la clasificación de las garantías de los derechos en primarias y secundarias véase FERRAJOLI, L.; "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho" (1999), en CABO, A. de y PISARELLO G.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 192-193.

referencia el lenguaje legal, son susceptibles de ser calificadas como verdaderas (o falsas) de acuerdo con la teoría de la correspondencia, aunque tendría que adoptar el cognoscitivismo moral y renunciar al lenguaje legal basado en los usos del legislador. Sin embargo, la adscripción al cognoscitivismo y objetivismo moral ha sido algo expresamente rechazado por él mismo. La segunda opción consistiría en negar el cognoscitivismo moral, mas entonces habría de considerar que los juicios operativos no son susceptibles de ser calificados de verdaderos o falsos.

Y es la segunda opción la que elige Ferrajoli al señalar que mientras que la verdad (o falsedad) de los juicios sobre la vigencia (validez formal) es predicable sobre la base de simples averiguaciones empíricas o de hecho, los juicios sobre la validez (validez sustancial) son juicios de valor y, por ello, ni verdaderos ni falsos sobre la conformidad o disconformidad de las normas con los valores expresados por

las normas superiores²⁹. En efecto, “no podemos verificar ni refutar que Ticio ha cometido abuso en el ejercicio de cargo, o maltratos, o actos obscenos, o, peor aún, que es un enemigo del pueblo, puesto que tales tipos de desviación son completamente indeterminados y admiten no ya juicios de verdad, sino juicios éticos o políticos o estéticos, y como tales ni verdaderos ni falsos”³⁰. En estos casos, cualquier tipo de juicio “degenera en juicio «sin verdad»: no motivado por juicios de hecho, esto es, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables porque por su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basado en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuestos a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas”³¹. Y

todo ello porque la relatividad de los juicios éticos, derivada de la autonomía de cada conciencia y del principio meta-ético de la tolerancia, impiden que las referencias morales legales o constitucionales pueda proclamarse como objetivamente justo³².

Por todo ello, “aun cuando un ordenamiento alcance un alto grado de perfección normativa y de eficacia operativa, es imposible decir que los principios que ha incorporado como garantías y criterios de validez se encuentran enteramente realizados. Y ello [...] ante todo porque dichos principios, aunque estén formulados con la máxima claridad en las leyes positivas, expresan siempre valores, de modo que el juicio sobre su aplicación es, a su vez, un juicio de valor, tan susceptible de opiniones diversas como inverificable”³³.

En definitiva, los valores que expresan o incorporan las constituciones “simplemente se eligen” y su afirmación (la afirmación de un

²⁹ FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón*, cit., p. 874.

³⁰ FERRAJOLI, L.; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 241.

³¹ FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón*, cit., p. 43.

³² FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón*, cit., p. 461.

³³ FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón*, cit., p. 462.

determinado valor) no es un aserto, sino una prescripción³⁴. Por consiguiente, puesto que la claridad de tales valores no puede ser de tipo objetivo y cierto, sino subjetivo —pues su significado es una elección potestativa del juez— Ferrajoli habría de admitir que no todos los enunciados jurídicos operativos tienen valor de verdad. Arribar a esta conclusión no es algo baladí. No se trata de que sólo algunas decisiones judiciales, como si de excepciones se tratasen, no posean valor de verdad. Recuérdense una vez más en las palabras que dieron comienzo a estas líneas. La cuestión de la validez sustancial tiene una enorme relevancia, ya que la mayor parte de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes o, en menor medida, de las impugnaciones de decisiones judiciales se basan en el contenido de la decisión. Es decir, un número más que considerable de decisiones

judiciales, como enunciados jurídicos operativos, no son ni verdaderos ni falsos y dependen de juicios opinables o de valor subjetivo.

Cierto que la incorporación de tales valores se ha debido a una previa elección del legislador. El positivismo jurídico de Ferrajoli, el iuspositivismo crítico, “designa una concepción y un modelo de Derecho en el que no sólo la *existencia* de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento y *validez* de las mismas son puestos, artificialmente, por el propio Derecho positivo”³⁵. Es el legislador, o el constituyente, quien *pone* dichos criterios, pero sin la determinación de los concretos significados elegidos por el legislador, dicha elección se traslada a cada juez individualmente considerado. En efecto, “el Derecho no se deriva, en ningún sentido, de la moral o de la

³⁴ FERRAJOLI, L.; “*Principia Iuris: una discusión teórica*”, cit., pp. 403-404; “*La scelta come fondamento ultimo della morale*”, *Teoria Politica*, nuova serie, II, 2012, p.181.

³⁵ FERRAJOLI, L.; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 266.

naturaleza o de los otros sistemas normativos sino que es totalmente un objeto artificial, 'puesto' o 'producido' por los hombres, que, por lo mismo, conllevan toda la responsabilidad, ya que el Derecho es, por completo, como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican"³⁶.

Ahora bien, si el no-cognoscitivismo moral de Ferrajoli llevaría aparejada una renuncia a la pretensión de verdad (o falsedad) de los enunciados operativos admitir que éstos, algunas veces, no son más que elecciones subjetivas sobre el significado de determinadas expresiones, entonces de alguna manera vendría a sostenerse que algunos enunciados (operativos) de la Dogmática jurídica son estipulaciones³⁷. Esto conduciría al profesor

³⁶ FERRAJOLI, L.; *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 268.

³⁷ De acuerdo con Pierluigi CHIASSONI una definición estipulativa provee de una instrucción acerca de los discursos del tipo "si queréis entender correctamente lo que os estoy diciendo en este escrito y/o en otros de mis escritos tenéis que adscribir al término «T» el

italiano a un nuevo dilema que, ahora, afectaría a la distinción entre Dogmática jurídica y Teoría del Derecho.

Piénsese, de nuevo, en los inicios de este trabajo. La Dogmática jurídica, sea la elaborada por los juristas o por los jueces, conforma un lenguaje observacional porque "usa términos que designan propiedades y relaciones observables, para los efectos de la descripción de objetos o hechos igualmente observables". Si se admite, no obstante, que en ocasiones (en muchas ocasiones debida a la gran cantidad de referencias morales en las constituciones y a su valor de primacía) el lenguaje de los jueces no describe entidades, sino que las prescribe (estipula) y que los valores incorporados por las constituciones no son hechos observables, entonces el lenguaje de la Dogmática no siempre es observacional. Si éste es el caso, entonces Ferrajoli tendría que renunciar a un rasgo clave que diferencia, en su opinión, a la

significado «S» ("L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovesa'", *Analisi e diritto* 1998, 1999, p. 31).

Dogmática de la Teoría del Derecho: la de un lenguaje observacional, basado en definiciones lexicográficas, frente a un lenguaje teórico sin referencia semántica directa con las entidades observables cuyo aparato conceptual quedaría fijado mediante definiciones estipulativas, es decir, “decisiones justificadas, no por los usos del legislador, sino por estrategias explicativas escogidas por el propio teórico”³⁸.

Creo que Ferrajoli no renunciaría a esta última diferenciación, y esgrimiría que la teoría es fruto de elecciones respecto a la formulación de sus premisas y analítica y sin juicios de valor en la derivación de sus teoremas³⁹. Las elecciones teóricas, a diferencia de las elecciones de los operadores jurídicos sobre el significado de los valores, se justifican por el mayor potencial explicativo que exhiben

respecto de otras alternativas⁴⁰. Pero flaco favor se haría al potencial explicativo de la teoría si no se aclarara alguno de los dilemas antes expuestos o concretara una teoría de la interpretación a la que Ferrajoli ha dado un tratamiento más bien escaso o marginal, como él mismo ha reconocido⁴¹.

³⁸ FERRAJOLI, L.; “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, cit., p. 54.

³⁹ FERRAJOLI, L.; “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, cit., p. 54.

⁴⁰ FERRAJOLI, L.; “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, cit., nota 14, p. 54.

⁴¹ FERRAJOLI, L.; “*Principia Iuris*: una discusión teórica”, cit., p. 404. Adviértase que nada de lo aquí tratado sobre la base de los usos del lenguaje del legislador tendría mucho sentido si Ferrajoli realmente asumiera la tesis según la cual “la interpretación jurídica no consiste en el reconocimiento de un significado dado (...), sino en la atribución de un significado a un enunciado normativo por parte del intérprete” (FERRAJOLI, L.; “*Principia Iuris*: una discusión teórica”, cit., pp. 405-406).

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES; *Metafísica*, 13ª ed., trad. de P. de Azcárate, Madrid, Espasa-Calpe, 1990.
- CARNAP, R.; “The Methodological Character of Theoretical Concepts”, en FEIGL, H. y SCRIVEN, M. (eds.); *Minnesota studies in the philosophy of science, vol. I: The foundations of science and the concepts of psychology and psychoanalysis*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1956, pp. 38-76.
- CHIASSONI, P.; “L’ineluttabile scetticismo della ‘scuola genovese’”, *Analisi e diritto* 1998, 1999, pp. 21-76.
- FERRAJOLI, L.; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1995.
- ; “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” (1999), en CABO, A. de y PISARELLO G.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 139-196.
- ; “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 17, 2001, pp. 31-45.
- ; *Epistemología jurídica y garantismo*, trad. e3 J.J. Moreso et al., México, Fontamara, 2004.
- ; *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), trad. de P. Andrés, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, vol. I, Madrid, Trotta, 2011.
- ; *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), trad. de P. Andrés, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, vol. II, Madrid, Trotta, 2011.
- ; “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, trad. de I. de la Iglesia, G. Pisarello y R. García Manrique, en FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA, M.; *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 25-70.
- “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y Joisé Juan Moreso”, trad. I. de la Iglesia, G. Pisarello y R. García Manrique, en FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA, M.; *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 167-216.
- ; “*Principia Iuris*: una discusión teórica”, trad. de M.A. Aramburo, A. Lozada y F. Morales, *Doxa*, 31, 2008, pp. 393-433.
- ; “Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*”, trad. de J.R. Ruiz Saldaña, *Eunomía*, nº 1, 2011-2012, pp. 3-34.
- ; “La scelta come fondamento ultimo della morale”, *Teoria Politica*, nuova serie, II, 2012, pp. 177-185.

MORRIS, C.; *Fundamentos de la teoría de los signos* (1938), trad. de R. Grasa, Barcelona, Paidós, 1985.

POPPER, K.R.; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (1963, 4ª ed., 1972), trad. de N. Miguez y R. Grasa, Barcelona, Paidós, 1991.

PRIETO SANCHÍS, L., “*Principia iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *Doxa*, 31, 2008, pp. 325-353.

QUINE, W.V.O.; “Dos dogmas del empirismo” (1951), en *Desde un punto de vista lógico*, trad. de M. Sacristán, Barcelona, Orbis, 1984, pp. 49-81.

SAPIR, E.; *El lenguaje* (1921), trad. de M. Alatorre y A. Alatorre, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

TARSKI, A.; “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica” (1944), en VALDÉS, L.; *La búsqueda del significado*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 301-228.