

## PRÓLOGO

Una de las facetas menos conocidas de la producción teórica de Luigi Ferrajoli es la que tiene que ver con la historia de las ideas jurídicas. Aunque ya desde su magna obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989 en italiano, 1995 en español), nos había deslumbrado con su absoluto dominio y conocimiento del pensamiento ilustrado —sobre todo el que se refiere a las cuestiones penales—, lo cierto es que se suele ubicar a nuestro autor como especialista en temas de derecho penal y de derechos fundamentales, no como teórico de la historia de las ideas jurídicas.<sup>1</sup>

De ahí el interés de dar a conocer el ensayo que sigue a estas líneas, el cual resulta sumamente atractivo por varias razones. En primer lugar porque aporta una narración del desarrollo de la ciencia jurídica en un país que ha hecho enormes aportaciones a la historia del pensamiento en general y del pensamiento jurídico en particular, como lo es Italia. En segundo lugar, y esto es quizá todavía más importante, porque Ferrajoli pone en evidencia la enorme responsabilidad de los juristas, sobre todo de los juristas teóricos, en la conformación de nuestro objeto de estudio. Se tra-

<sup>1</sup> Una revisión de conjunto sobre la obra de Ferrajoli puede verse en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009; la respuesta del autor en *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009. Algunos aspectos de la trascendencia de Ferrajoli y de su obra han sido expuesto en Carbonell, Miguel, “Prólogo. Luigi Ferrajoli: teórico del derecho y de la democracia” en Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 13-22. Una reconstrucción breve, pero del todo brillante, del recorrido teórico y cívico de nuestro autor se encuentra en Andrés Ibáñez, Perfecto, “Luigi Ferrajoli: los derechos rigurosamente en serio”, *Nexos*, núm. 366, México, junio de 2008. Véase también las observaciones al respecto de Moreso, José Juan y Navarro, Pablo E., “Introducción” en Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

ta de una idea que aparece en varios de los ensayos que ha escrito Ferrajoli en las últimas décadas: los juristas no se limitan a describir su objeto de estudio, sino que contribuyen también a crearlo, a definirlo, a expandirlo o a restringirlo dependiendo de sus inclinaciones ideológicas e incluso de sus afinidades políticas.

Si esto es así, caerían de una vez y para siempre los mitos contruidos alrededor de la tarea puramente “científica” de los juristas, que presentan el trabajo de los teóricos como políticamente neutral, en tanto que expresión de la concomitante neutralidad política de su objeto de estudio.

Bien lejos de esta pacífica e irreal imagen, Ferrajoli nos demuestra al repasar la historia de las ideas jurídicas en la Italia del siglo XX, el papel también *político e ideológico* que han desempeñado (y que siguen desempeñando) los juristas. Este papel político, sin embargo, no ha sido puesto en evidencia (o al menos no con la precisión y la claridad que hubieran sido necesarias), debido a que el pensamiento jurídico hegemónico siempre cuidó su estatuto científico y proclamó la autonomía política de sus estudios.

En realidad, más que de una operación técnica, se trataba de un encubrimiento en toda regla. Encubrimiento permitido en alguna medida por el carácter “oculto” o “invisible” de la ciencia jurídica, que aunque se desarrolla a través de miles de publicaciones de todo tipo (libros, revistas, artículos, ensayos, tratados, etcétera), va dirigido a un universo de lectores encerrado en sí mismo: los abogados y los estudiantes de derecho, fundamentalmente.

Un universo de usuarios de los productos jurídicos, que además, so pretexto de la “pureza” metodológica, no entra en contacto sino raramente con los conocimientos de otras ramas del saber, ni toma en cuenta los puntos de vista de la literatura, de la poesía, del cine o de otras manifestaciones artísticas. El universo jurídico es, como regla general, un universo cerrado y sus usuarios son celosos guardianes de las compuertas que llevan hasta el saber jurídico.

Un tercer aspecto de interés que nos ofrece el texto de Ferrajoli consiste en la narración del surgimiento del texto constitucio-

nal italiano de 1947. Se trata de un momento estelar en la historia italiana del siglo XX. El proceso constituyente italiano estuvo a punto de desbarrancar en varios de sus episodios; durante su desarrollo se produjo una intensa lucha de los juristas por imponer su propia visión de lo que debía contener el texto constitucional y una importante discusión sobre el alcance que podía tener. La resistencia frente al cambio fue una actitud permanente de la vieja cultura jurídica, que no estaba preparada para operar bajo el nuevo paradigma constitucional (y que, probablemente, tampoco lo entendía del todo).

Creo que esta parte del ensayo de Ferrajoli contiene importantes mensajes para los lectores que el trabajo pueda tener en América Latina. En efecto, en el subcontinente se han dado intensos procesos de cambio y renovación constitucionales, que no siempre han tenido éxito.

En ocasiones han sido los propios juristas los que se han resistido al cambio constitucional y han ejercido toda su influencia para restarle contenido normativo pleno a los textos de las cartas supremas.

En otros casos la renovación constitucional ha servido como instrumento de resistencia de la cultura jurídica frente a los abusos (por exceso o por defecto) de una clase política absolutamente incapaz.

Quizá sea este el caso —por poner un ejemplo— de Colombia, cuya Constitución de 1991, de signo marcadamente garantista y con un compromiso claro en favor de los derechos fundamentales, ha sido utilizada en la práctica —sobre todo a través de las sentencias de la Corte Constitucional— para obligar a las autoridades a hacerse cargo de los mandatos jurídicos. El ejemplo colombiano suele ser citado como un modelo a seguir para todos aquellos que creemos en el paradigma del Estado constitucional de derecho y que consideramos que los preceptos constitucionales deben ser llevados hasta sus últimas consecuencias, lo que con toda probabilidad requiere de una jurisdicción constitucional

fuertemente activista, como lo ha sido la colombiana desde sus primeros pronunciamientos.<sup>2</sup>

Desde luego, al desarrollar a plenitud el contenido normativo de una Constitución se generan fuertes tensiones entre las ramas del poder político. La labor de los jueces se suele observar con sospecha e incluso con recelo desde las ramas ejecutiva y legislativa. La cultura garantista de una jurisdicción constitucional que demuestra compromiso y lealtad *solamente* hacia el texto de la Constitución no suele ser bien vista por los grupos hegemónicos del poder.

El modelo más conocido de jurisdicción constitucional activista en el mundo, que es la llamada “Corte Warren” en los Estados Unidos (en referencia al periodo en que Earl Warren desempeñó el cargo de presidente de la Corte, entre 1953 y 1969), también estuvo sujeto a fuertes críticas y no fueron pocos los intentos de remover del cargo a sus integrantes, tanto a través de métodos constitucionalmente previstos (como el *impeachment*), como por medio de instrumentos menos ortodoxos (como las amenazas de muerte y el sabotaje a su tarea judicial).<sup>3</sup> Recordemos que en esos años se generaron importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso *Brown vs. Board of Education* de 1954),<sup>4</sup> de la supremacía judicial en la interpretación de la Cons-

<sup>2</sup> Véanse las consideraciones sobre el tema que nos ofrece Cepda Espinosa, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis editores, 2007.

<sup>3</sup> Sobre la Corte Warren y sus más destacadas sentencias, así como sobre sus integrantes, existen centenares de libros y quizá miles de artículos publicados. Ha sido una de las etapas de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha merecido una mayor atención de los especialistas. Para una primera aproximación puede ser de utilidad revisar el libro de Tushnet, Mark (ed.), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press, 1993. Una muy completa biografía del propio Earl Warren puede verse en Newton, Jim, *Justice for All. Earl Warren and the Nation he Made*, Nueva York, Riverhead books, 2006.

<sup>4</sup> Patterson, James, *Brown versus Board of Education. A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; Kluger, Richard, *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Viontage Books, 2004;

titución (Cooper vs. Aaron de 1958),<sup>5</sup> de cateos y revisiones policíacas (caso Mapp vs. Ohio de 1961),<sup>6</sup> de libertad religiosa (caso Engel vs. Vitale de 1962),<sup>7</sup> de asistencia letrada gratuita (caso Gideon vs. Wainwright de 1963),<sup>8</sup> de libertad de prensa (New York Times vs. Sullivan de 1964),<sup>9</sup> de derechos de los detenidos (Miranda vs. Arizona de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres (Griswold vs. Connecticut de 1965 en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos).<sup>10</sup>

Pero también en Italia fue en su momento vista con enorme desconfianza la posibilidad de contar con un órgano de control de

Cottrol, Robert J. y otros, *Brown v. Board of Education. Caste, culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.

<sup>5</sup> Véase *infra* el apartado que se dedica al análisis de algunos casos de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, dentro de este mismo libro.

<sup>6</sup> Long, Carolyn N., *Mapp v. Ohio. Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.

<sup>7</sup> Dierenfield, Bruce J., *The Battle Over School Prayer. How Engel v. Vitale Changed America*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.

<sup>8</sup> Lewis, Anthony, *Gideon's trumpet*, Nueva York, Vintage books, 1989.

<sup>9</sup> Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

<sup>10</sup> Johnson, John W., *Griswold v. Connecticut. Birth Control and the Constitutional Right of Privacy*, Lawrence, Kansas University Press, 2005; Tribe, Lawrence, *Abortion. The clash of absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. Con independencia de su valor e interés intrínseco, el caso *Griswold* es recordado sobre todo porque fue el precedente invocado por la Corte al resolver el caso más importante en materia de interrupción voluntaria del embarazo: *Roe vs. Wade* de 1973. En *Griswold* la Corte dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un “derecho a la intimidad” derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de “penumbra”, de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: “¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial”.

constitucionalidad; no por nada la instauración de la *Corte Costituzionale* no se produce sino hasta 1956, cuando habían pasado casi nueve años de la aprobación del texto constitucional.<sup>11</sup> En España el estudio por parte del Tribunal Constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña ha generado un debate intenso sobre los límites que debería tener la facultad de control de constitucionalidad de normas jurídicas infraconstitucionales.

De lo anterior se desprende también, como lo apunta Ferrajoli en su texto, la importancia de contar con una cultura jurídica *constitucionalizada*, que tome en serio la carga normativa que tienen los textos constitucionales y que esté dispuesta a suministrar las herramientas teóricas y discursivas necesarias para hacerla realidad. Una cultura jurídica *constitucionalizada* no es monopolio cognoscitivo de los especialistas en derecho constitucional; al contrario, requiere el concurso y las aportaciones de los expertos en derecho civil, mercantil, penal, laboral, administrativo, etcétera.

De hecho, como lo hace notar Ferrajoli en su ensayo, el adecuado funcionamiento de la Constitución italiana se ha producido también, en parte, gracias a los esfuerzos (o a los “refuerzos”, como se quiera ver) que ha recibido la cultura constitucional desde el ámbito del derecho civil. Los trabajos de Stefano Rodotà, Francesco Galgano y Pietro Barcellona, entre otros, han nutrido la agenda constitucional italiana y han permitido llevar la lógica de la Constitución hacia las distintas disciplinas que componen el derecho privado.

Esta regeneración de la cultura jurídica, como es obvio, tiene importantes repercusiones en el nivel de la enseñanza del derecho, que deja de ser meramente descriptiva para convertirse en un vehículo de crítica jurídica y política para el conjunto del

<sup>11</sup> Una reflexión sobre el funcionamiento moderno de la Corte puede verse en Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008; algunas sentencias destacadas de la Corte pueden verse en Groppi, Tania y Meoli, Chiara, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional italiana*, México, SCJN, 2008.

ordenamiento. Y no hace falta para ello defender posturas ideológicas como la que propugnaba en Italia, en los primeros años setenta, el “uso alternativo del derecho”, sino que basta y sobra con asumir por completo el principio de la rigidez constitucional, a partir de la cual se generan “fisiológicamente” contradicciones y lagunas entre los distintos niveles del ordenamiento jurídico. Frente a las antinomias y a las lagunas derivadas del carácter rígido de las Constituciones de nuestro tiempo, la enseñanza del derecho se convierte en una herramienta *constructiva*, obligada a dar cuenta de la existencia de tales antinomias y lagunas en primer término, pero también responsable de proponer alternativas para evitar unas y colmar las otras. A partir de este modelo de enseñanza del derecho se despliegan luego una serie de importantes consecuencias para el ejercicio práctico de las distintas profesiones jurídicas, sobre todo de la profesión jurisdiccional en sus distintas vertientes.<sup>12</sup>

Por todas estas cuestiones y por muchas otras que se podrían agregar es que el ensayo de Luigi Ferrajoli sobre la cultura jurídica italiana en el siglo XX merece ser estudiado y discutido: por la calidad de su autor y por la profundidad y rigor de sus planteamientos, pero también por lo mucho que podemos seguir aprendiendo en Iberoamérica de esa cuna de nuestros ordenamientos jurídicos que es Italia.

Miguel CARBONELL

<sup>12</sup> Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional *constitucionalmente correcta* pueden verse las reflexiones de Andrés Ibáñez, Perfecto, “El juez”, en Díez Picazo, Luis María (ed.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169, y especialmente páginas 152-155 en las que explica el modelo de juez dentro de “la alternativa neoconstitucional”. Del mismo autor, *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 110-115.