

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma III

**RESUMEN.** El autor contesta a las observaciones y críticas que se le habían formulado en el «Seminario de Brescia», dedicado a discutir su reciente obra *Principia iuris*. Su respuesta se divide en tres grandes partes: 1) Cuestiones de meta-teoría del Derecho y de la democracia. Los temas tratados aquí se refieren al método axiomático; a su concepción de la teoría del Derecho, de la dogmática jurídica, de la sociología del Derecho y de la filosofía política; y a su interpretación del constitucionalismo en clave positivista. 2) Cuestiones de teoría del Derecho. Aquí se discuten problemas relativos a su concepto de laguna y de antinomia y a las relaciones entre Derecho y lógica, con especial referencia a las normas implícitas. 3) Cuestiones de teoría de la democracia: los fundamentos de los derechos fundamentales; la democracia constitucional, la relación entre la democracia constitucional, el poder político y la soberanía; el carácter constitutivo del contrato de trabajo y las técnicas para completar las lagunas; la separación de poderes y el garantismo; la guerra y las relaciones internacionales; y el «optimismo metodológico».

**Palabras clave:** FERRAJOLI; *Principia iuris*; meta-teoría del Derecho; teoría del Derecho; teoría de la democracia.

**ABSTRACT.** The author discusses the commentaries and criticisms presented in the «Brescia's Seminar» organized on FERRAJOLI's last work, *Principia iuris*. FERRAJOLI's answer is threefold: 1) Questions on meta-theory of law and democracy. The topics here discussed are connected to: the axiomatic method; his conception of legal theory, legal dogmatics, sociology of law and political philosophy; and FERRAJOLI's understanding of constitutionalism in terms of legal positivism. 2) Questions on legal theory. Here, FERRAJOLI includes problems connected to his conception of legal gaps and legal contradictions, as well as the relationship between law and logic, specifically the topic of implicit norms. 3) Questions on theory of democracy: the foundations of human rights; constitutional democracy; the relationship between constitutional democracy, political power and sovereignty; the constitutive character of the employment contract and the techniques to fulfill legal gaps; separation of powers and garantism; war and international relations; and «methodological optimism».

**Keywords:** FERRAJOLI; *Principia iuris*; meta-theory of law; theory of law; theory of democracy.

---

\* Fecha de recepción: 15 de marzo de 2009. Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2009.

## INTRODUCCIÓN

**A**gradezco a todos los que han intervenido en este debate: por sus amables palabras que, me consta, deben atribuirse en gran parte a su amistad, y también por sus críticas, que me permiten precisar mejor las tesis que he sostenido. Mi agradecimiento se dirige, de manera particular, a T. MAZZARESE: no sólo por haber organizado —en Brescia, sólo dos meses después de la publicación del libro— este debate, sino también por las muchas críticas y los muchos estímulos que me ha proporcionado.

Muchas de mis tesis, sobre todo las tesis sobre la democracia desarrolladas en el segundo volumen de *Principia iuris*, eran conocidas por muchos de los que han intervenido aquí, porque habían sido anticipadas en otros escritos y habían sido discutidas en otros de nuestros encuentros y debates<sup>1</sup>. Pero la teoría del Derecho —que a causa del método adoptado ha sido la parte que me ha requerido más trabajo y que me ha tenido ocupado durante un tiempo muy superior al empleado en la teoría de la democracia, de la que constituye el fundamento y una premisa necesaria— nunca había sido discutida, excepción hecha de una mitad del capítulo XI sobre los derechos fundamentales. Por ello, discutir acerca de todo mi trabajo con tantos estudiosos que me son próximos —por antigua amistad, pero también por la común formación ius-analítica y por los valores políticos comunes— ha constituido para mí una ocasión preciosa de confrontación y reflexión crítica, después de un soliloquio que ha durado demasiadas décadas.

Dividiré esta respuesta a las muchas críticas, observaciones e incitaciones que se me han dirigido en el curso de nuestro debate en tres partes: 1) la primera, dedicada a las cuestiones metateóricas y metodológicas; 2) la segunda, a las cuestiones de teoría del Derecho; 3) y la tercera, a las cuestiones de teoría de la democracia.

### 1. CUESTIONES DE META-TEORÍA DEL DERECHO Y DE META-TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

Las cuestiones metateóricas han sido quizás las más discutidas. Sobre ellas han intervenido, en particular, S. SENESE, M. PALMA, T. MAZZARESE, M. GASCÓN ABELLÁN, R. GUASTINI, M. ATIENZA, J. J. MORESO, L. PIETRO SANCHÍS y C. DELLA POZZA. Las cuestiones que ellos han afrontado son esencialmente tres: el método axiomático empleado en la elaboración de la teoría del Derecho; el estatuto epistemológico de la teoría y a relación de ésta con las disciplinas jurídicas positivas, con la sociología del Derecho y con la filosofía política; la concepción iuspositivista del paradigma constitucional y la tesis de la separación entre el Derecho y la moral.

<sup>1</sup> L. GIANFORMAGGIO (ed. al cuidado de), 1993, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino: Giappichelli; L. FERRAJOLI, 2009, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, (2001) ed. a cargo de E. VI-TALE, Roma-Bari: Laterza, 3.ª ed. 2009, trad. esp. de A. DE CABO y G. PISARELLO, 2005, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), Madrid: Trotta, 2.ª ed.; M. CARBONELL y P. SALAZAR, 2005, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi ferrajoli*, Madrid: Trotta, al que he contestado en *Garantismo. Una discussione sul diritto e sulla democrazia*, Madrid: Trotta, 2006; L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, 2008, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

### 1.1. El método axiomático. Presupuestos y ventajas

Me ha producido mucho placer que precisamente un operador del Derecho como S. SENESE haya insistido sobre el valor no sólo científico sino también práctico del empleo del método axiomático en la construcción de la teoría del Derecho. Me doy cuenta de hecho de que la formalización del lenguaje requerida por tal método puede resultar no sólo desagradable sino también incomprensible, como una inútil o, cuando menos, excesiva complicación y, por tanto, puede alejar y disuadir a los lectores. Y sé bien que el recurso al lenguaje simbólico y al aparato de fórmulas que acompañan a las tesis teóricas (y, en el volumen tercero, sus demostraciones) está destinado, aunque tales tesis siempre estén formuladas también en el lenguaje común, a suscitar el recelo de los juristas y de los filósofos de la política que son los principales interlocutores de este trabajo. Por ello, la conveniencia de insistir, en vía preliminar, sobre sus presupuestos y, sobre todo, sobre sus extraordinarias ventajas.

El presupuesto de la formalización y de la axiomatización de la teoría del Derecho es el carácter artificial del lenguaje teórico que hace que su estatuto sea diferente al del lenguaje dogmático de las disciplinas jurídico-positivas. A diferencia de los conceptos de la dogmática —por ejemplo, los conceptos de «mutuo», de «comodato», de «hurto», de «homicidio», de dolo» o de «culpa»— cuyas reglas de uso son extraídas de las leyes y requieren, por tanto, del jurista y del operador jurídico, sobre la base del análisis del lenguaje legal, redefiniciones lexicográficas ancladas en los usos del legislador, los conceptos de la teoría del Derecho —por ejemplo, «norma», «fuente», «acto jurídico», «derecho subjetivo», «obligación», «prohibición», «validez», «ordenamiento» y similares— son conceptos cuyo significado sería vano buscarlo en las leyes. Se trata de hechos de conceptos contruidos directamente por el teórico, mediante definiciones estipulativas de las cuales no tendría sentido predicar, como en relación con las definiciones lexicográficas de la dogmática, verdad o falsedad, sino sólo la mayor o menor adecuación, dentro de la sintaxis de todo el discurso teórico, a la explicación del universo de la teoría.

Pues bien, si esto es así, si el lenguaje de la teoría del Derecho es un lenguaje artificial, esto es, construido por el propio teórico, entonces no sólo es posible y oportuno, sino que es obligado construirlo de la manera más rigurosa posible: estableciendo y explicitando tanto las reglas de formación como las reglas de transformación. Este rigor semántico, hace notar SENESE, es lo que falta en el lenguaje teórico usado por los operadores, cuyos términos, «formados a través de una tradición plurisecular... se presentan como fuertemente imprecisos y polisémicos», dando lugar a «conceptos ambiguos o directamente indeterminados» que, «en conjunción con la creciente imprecisión y polisemia del lenguaje» legal, dejan «espacio, en las conclusiones operativas que se extraen de ahí, a elecciones y propensiones subjetivas del intérprete, las más de las veces no del todo consciente de ello» (p. 2). Y es precisamente el rigor, la univocidad y la precisión del lenguaje teórico lo que el método axiomático permite lograr. En base a ello, en efecto, todos los términos de la teoría, excepción hecha de un número limitado de términos primitivos, son definidos mediante otros términos primitivos o previamente definidos; y todas las tesis de la teoría, excepción hecha de un número limitado de postulados y de definiciones, son derivados de los postulados, de las definiciones y/o otras tesis derivadas de manera análoga. La teoría, dicho brevemente, es formalizable porque es for-

mal, y resulta formal porque es formalizada: entendiendo por «formal» una tesis o un sistema de tesis —por ejemplo, la definición de «norma» o la de «derecho subjetivo»— que no nos dicen nada sobre la realidad, esto es, en nuestros ejemplos, sobre cuáles son o cuáles sería justo que fueran las normas o los derechos subjetivos en un ordenamiento dado, sino únicamente qué es lo que convenimos en entender con la palabra «norma» o «derecho subjetivo».

Naturalmente, como ha escrito M. PALMA, el sistema teórico así construido, aunque coherente, es incompleto. Pero este carácter incompleto, insuperable en los sistemas formalizados, subraya PALMA (p. 4), es para mí un «valor añadido» de la teoría. De hecho, el método axiomático, al exigir «distinguir lo que es lógicamente deducible de lo que no lo es» (p. 5) en cuanto fruto de asunciones o convenciones, hace de la teoría axiomatizada del Derecho, como se desarrolla en el primer volumen, una suerte de arsenal abierto: abierto siempre a ulteriores desarrollos, a través de modificaciones o sustituciones de las asunciones, esto es, de los postulados y de las definiciones —modificaciones y sustituciones que, por lo demás, yo mismo he aportado innumerables veces— así como a ulteriores posibles interpretaciones empíricas del sistema teórico—.

Las ventajas del método axiomático son, por ello, el máximo rigor científico y la máxima capacidad explicativa que su empleo proporciona a la teoría. Indicaré cuatro: a) la univocidad semántica de todos los términos teóricos asegurada por sus definiciones sobre la base de reglas de formación preestablecidas; b) la coherencia interna del discurso teórico, asegurada por las demostraciones de todas sus tesis no primitivas, o teoremas, sobre la base de las reglas de transformación (las de la lógica de predicados, la lógica de enunciados y la lógica modal) a su vez preestablecidas; c) la transparencia de las elecciones que están detrás de la teoría y que son todas ellas y únicamente expresadas por las asunciones (postulados y definiciones), siendo todas las otras tesis, respecto de aquéllas, lógicamente verdaderas, y d) la fecundidad del método, que no es sólo un método de control, sino todavía antes un método de descubrimiento, dado que no todas las tesis válidamente demostrables como verdaderas son intuitivas y no todas las tesis intuitivas son válidamente demostrables como verdaderas. Es gracias a este método como es posible el progreso científico de la teoría, la cual consiste en una red compleja de conceptos y de aserciones que, como he dicho, puede siempre ser mejorada y desarrollada con la modificación de postulados y definiciones o con el añadido de nuevos postulados y de definiciones o con el añadido de nuevos postulados, de nuevos términos y de nuevas definiciones.

Pero hay otras adquisiciones y otras ventajas, de carácter más propiamente epistemológico, que provienen del empleo del método axiomático. En primer lugar, la estructura sintáctica y normativa que en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas viene identificada por la teoría con el auxilio de la axiomatización revela, como escriben tanto T. MAZZARESE (p. 2) como M. PALMA (p. 2), la «doble», «intrínseca interdependencia de la democracia entre la democracia y el Derecho y entre el Derecho y la razón». «La teoría axiomatizada», afirma MAZZARESE, «es funcional a una teoría de la democracia constitucional (no axiomatizada)» (p. 3); en el sentido, añade PALMA, de que la estructura normativa de la democracia constituye la referencia semántica y «la expresión empírica de la implantación formal; es su equivalente isomorfo, y no ya un

conjunto de prácticas de buen gobierno. La democracia es tal si no traiciona tal isomorfismo» (p. 2).

La segunda ventaja, traída a la luz por M. GASCÓN ABELLÁN (pp. 11, 13-16) está conectada con la primera, y consiste en el hecho de que la teoría, precisamente gracias a la coherencia interna asegurada por la axiomatización, hace explícito el carácter normativo del Derecho en relación consigo mismo y hace visibles las divergencias entre Derecho y realidad. Por un lado, hace notar GASCÓN ABELLÁN, la teoría, al analizar «las relaciones lógicas» entre los conceptos teóricos deónticos expresados por el cuadrado de las modalidades (como, por ejemplo, las contradicciones entre permisos y prohibiciones) y por el correlativo cuadrado de las expectativas (como, por ejemplo, las implicaciones entre expectativas y obligaciones), confiere a tales relaciones —que he llamado *principia iuris tantum*— un carácter que es «normativo en relación con el Derecho, sin por ello comprometerse en el plano ideológico y valorativo» (p. 11). Por otro lado, precisamente los *principia iuris tantum* de la coherencia y de la plenitud permiten «medir mejor la distancia que separa la realidad de su modelo» normativo y sirven por ello para «pedir la transformación de la primera» (p. 16). De esta manera, como ya había resaltado L. GIANFORMAGGIO<sup>2</sup>, es como la teoría del Derecho asume una función garantista en relación con el propio Derecho y «la lucha por la justicia viene incorporada en el seno de la teoría»: porque «la teoría no es un discurso meramente descriptivo, sino también reconstructivo del universo lingüístico» y normativo del Derecho (p. 16) y, por ello, impone a las disciplinas jurídico-positivas un rol crítico y proyectivo en relación con su propio objeto —las antinomias y las lagunas— sobre la base del propio Derecho.

La tercera ventaja metateórica, señalada también esa por M. GASCÓN ABELLÁN, se refiere al objeto de la teoría, y precisamente a lo que ella llama la elasticidad del discurso teórico (pp. 2-3). Las teorías del Derecho, afirma GASCÓN ABELLÁN, tienen siempre el riesgo de oscilar entre dos posibles vicios: el de ser demasiado generales, esto es, de servir para cualquier tipo de experiencia jurídica, lo que supone tener una escasa capacidad analítica y explicativa en relación con los ordenamientos más complejos como los de las actuales democracias constitucionales; y el vicio opuesto de ser demasiado específicas, esto es, dar cuenta solamente de este último tipo de ordenamientos y no también de los ordenamientos más simples y elementales. El desarrollo de la teoría que hace posible el método axiomático a través de definiciones en gran parte *per genus et differentiam* permite, por el contrario, a partir de los conceptos más genéricos y elementales, dar cuenta, en sus partes iniciales, también de los sistemas jurídicos primitivos e incluso de los sistemas normativos no jurídicos; y permite proceder después, gracias a la introducción de conceptos dotados de una intensión cada vez mayor y de una cada vez menor extensión, al desarrollo, en sus partes más avanzadas, de teorías más complejas, capaces de dar cuenta de los sistemas jurídicos más evolucionados como los de los actuales ordenamientos constitucionales.

En fin, una cuarta ventaja asegurada por el método axiomático consiste en una doble refundación epistemológica de la ciencia jurídica. La axiomatización hace de la

---

<sup>2</sup> L. GIANFORMAGGIO, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en *Íd.* (edición a cargo de), *Le ragioni del garantismo* cit, p. 35.

teoría del Derecho una teoría «formal», en el sentido antes precisado, que hace referencia —y no puede no hacerla, siendo imposible la formalización de conceptos básicos (como «acto», «norma», «situación», «ilícito», «validez», «vigencia», «efectividad» y similares) que no valgan, a causa de sus múltiples y genéricas relaciones sintácticas, para todos los fenómenos jurídicos— a todo el universo del discurso teórico, es decir, a todo el sistema jurídico. De aquí, por un lado, la capacidad de la teoría para captar la unidad del Derecho a través de la formulación de tesis y de categorías válidas para todo el Derecho y así para unificar los diversos sectores disciplinarios del saber jurídico, que la organización académica de los estudios ha separado en ramas que se comunican cada vez menos entre ellas; y, por otro lado, para concebir como interpretaciones empíricas del paradigma teórico del Derecho moderno, no sólo las disciplinas jurídico-positivas y la sociología del Derecho, sino también la teoría de la democracia, que resulta así fundada no ya como una genérica teoría del buen gobierno democrático, sino como una teoría política anclada en las concretas experiencias jurídicas del constitucionalismo democrático. De ello resulta, como ha hecho otra T. MAZZARESE, «un modelo integrado de ciencia jurídica que, sin ignorar las respectivas competencias disciplinares, temáticas y metodológicas, reivindica la recíproca complementariedad entre teoría del Derecho, dogmática, filosofía política y sociología del Derecho» (p. 5).

## 1.2. La teoría del Derecho como teoría formal y sus interpretaciones empíricas: dogmática jurídica, sociología del Derecho y filosofía política

Esta concepción de la teoría del Derecho —de su naturaleza formal, de su método y de su función pragmática— ha sido criticada tanto por R. GUASTINI como por M. ATIENZA con argumentos sustancialmente convergentes.

GUASTINI ha criticado mi concepción de la teoría del Derecho como teoría que se ocupa sólo «de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos, independientemente de los valores que los informan y de sus concretos y variables contenidos prescriptivos» (p. 1), oponiendo las dos siguientes observaciones: a) «el Derecho es —en todo tiempo y lugar— simplemente indistinguible de la “cultura jurídica”», dado que los «textos normativos» en los que yo identificaría el Derecho como objeto de la teoría «no tienen vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática», de modo que «lo que llamamos “el Derecho” es indistinguible de los conceptos y de las doctrinas que los juristas usan: aparentemente para describirlo, en realidad para modelarlo» (p. 3); b) «objeto» de la teoría son «no las estructuras formales» del Derecho (p. 3), que «no es del todo claro», entre otras cosas «qué son» (p. 4), «sino el análisis lógico y pragmático de los discursos de la jurisprudencia, entendida obviamente como *sapientia iuris*» (p. 3).

Encuentro sorprendente que un iuspositivista de estricta observancia como GUASTINI haga propia la tesis vagamente idealista, que recuerda la de la escuela histórica del Derecho, según la cual el Derecho «positivo» no consiste en el conjunto de documentos normativos «puestos» por quien está jurídicamente habilitado para producirlos, sino que incluye también sus interpretaciones, incluso sus muchas posibles interpretaciones, hasta identificarse directamente, como en el Derecho jurisprudencial pre-moderno, con

la doctrina y con la cultura jurídica. Ciertamente, como escribe GUASTINI, son la interpretación y la dogmática las que «modelan» el Derecho; así como, por lo demás, son las observaciones experimentales y la ciencia física las que modelan el mundo físico del que adquirimos conocimiento. Se puede añadir también que la práctica jurídica consiste siempre en las contingentes, múltiples y variables interpretaciones de los enunciados normativos en los que consiste el Derecho positivo. Pero todo esto no quita para que tales enunciados preexistan a (como cosa distinta de) su interpretación y que el Derecho «positivo», es decir, «puesto» como existente o vigente, es otra cosa, al menos después del nacimiento del Estado moderno y de la afirmación del principio de legalidad como su norma de reconocimiento, de la ciencia jurídica que constituye el objeto o el universo del discurso de la teoría. Es, pues, evidente, que el Derecho, al consistir en un lenguaje, admite como método específico de investigación la interpretación y el análisis del lenguaje en el que está formulado; y que, en este sentido, las normas jurídicas, es decir, los significados atribuidos a los documentos normativos, son un producto de la «cultura jurídica» o, más exactamente, si con esta expresión tan genérica entendemos también la teoría del Derecho y la sociología del Derecho, de aquel conjunto de disciplinas jurídico-positivas que he llamado «dogmáticas» y que interpretan, reformulan, clarifican, proveen argumentos sobre y explican los contenidos prescriptivos concretos de los diversos sectores de cada ordenamiento.

Pues bien, es precisamente de estas disciplinas dogmáticas —que corresponden, junto con el de la sociología del Derecho, a uno de los dos niveles de observación de la ciencia jurídica y a una de las posibles interpretaciones empíricas de la teoría—, de las que yo he diferenciado la teoría del Derecho, en cuanto discurso dirigido al análisis de las estructuras formales del Derecho, independientemente de sus concretos contenidos prescriptivos. He sostenido, por ello, exactamente lo contrario de lo que me atribuye GUASTINI asociándome a BOBBIO: «el conjunto de los documentos normativos», o bien «el lenguaje del legislador», no es de ningún modo el «objeto» (p. 2) indagado por la teoría del Derecho, sino el fenómeno o el conjunto de fenómenos que forman la referencia empírica de la específica «interpretación normativista» de la teoría que es la dogmática jurídica. En este sentido, como he afirmado en la introducción de *Principia iuris*, la teoría del Derecho, como cualquier otra teoría empírica, es una construcción artificial distinta de los discursos de observación en torno a los contingentes e infinitos fenómenos que forman el objeto de las disciplinas jurídico-positivas. Y decir que ella se ocupa de las «estructuras formales», o sea, de la sintaxis del Derecho, es sólo una manera distinta de decir que es una teoría «formal», como, por lo demás, no puede no serlo cualquier teoría formalizada y axiomatizada: para decirlo de manera más precisa, que ella no es otra cosa que un sistema de conceptos y de aserciones conectados entre sí por una red de relaciones sintácticas —las estipuladas y expresadas en los postulados y en las definiciones y las derivadas de ahí y expresadas en los teoremas— las cuales, de por sí, no tienen ningún sentido (no nos dicen nada sobre los contenidos normativos que tienen o que sería justo que tuvieran los concretos ordenamientos jurídicos) sino sobre la base de una interpretación empírica o semántica por obra de la dogmática jurídica, o bien de la sociología del Derecho o de la filosofía política. Este es precisamente el nexo (no lógico, sino epistemológico) que une la teoría del Derecho con las disciplinas jurídico-positivas, esto es, a lo que llamamos dogmática o doctrina jurídica y, por otro lado, a la sociología del Derecho y a la filosofía política.

En oposición a esta concepción —que es un calco, aunque con divergencias no irrelevantes, de la noción de teoría «pura» de KELSEN y de la de teoría «formal» de BOBBIO<sup>3</sup>— GUASTINI propone una concepción singular de la teoría del Derecho, que es una consecuencia, por lo demás, de la ya mencionada configuración pandectística del Derecho como «indistinguible de la cultura jurídica». Según esta concepción, efectivamente «alternativa, la teoría del Derecho es un metalenguaje del lenguaje objeto constituido por la “ciencia jurídica”» (p. 4). «Esta concepción alternativa (aquí, evidentemente, simplemente esbozada) sugiere a la teoría un objeto algo diverso...: no las estructuras formales del ordenamiento... sino el análisis lógico y pragmático de los discursos de la “jurisprudencia”, entendida obviamente como *sapientia iuris*. Así entendida, la teoría del Derecho se resuelve —para seguir usando una expresión puesta en circulación por BOBBIO— en “metajurisprudencia” o, si se quiere decir así, en filosofía de la ciencia jurídica» (p. 3), cuya «tarea es el análisis lógico de los razonamientos y el análisis pragmático de las doctrinas de los juristas» (p. 5).

En suma, al haber identificado el Derecho con los conceptos y con las doctrinas «que los juristas usan: aparentemente para distinguirlo [de otras realidades], en realidad para modelarlo» (p. 3), GUASTINI identifica la teoría del Derecho con la meta-ciencia o meta-teoría del Derecho o bien, como él dice, con la «metajurisprudencia». El objeto o el universo del discurso de la teoría no sería por ello el Derecho, como precisamente dice la expresión teoría del Derecho, sino la ciencia o la doctrina del Derecho. La teoría del Derecho equivaldría, por ello, a la teoría de la ciencia o de la teoría del Derecho, es decir, a una meta-teoría o una meta-ciencia, configurada o como «descriptiva» o como prescriptiva o, mejor, «constructiva»<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En particular, de manera distinta que para KELSEN o para BOBBIO, «formal» en el sentido ilustrado más arriba, no equivale precisamente, a mi juicio, a «avalorativa», ni mucho menos a «descriptiva». La teoría (axiomatizada) del Derecho es formal en el sentido de que no nos dice nada sobre los contenidos del Derecho, sino sólo sobre sus formas o estructuras sintácticas. Sin embargo, no es puramente descriptiva, como ha subrayado bien M. GASCÓN ABELLÁN (pp. 8-9), ni tampoco enteramente avalorativa, a causa, de un lado, de las elecciones que presiden la estipulación de los postulados y de las definiciones y, de otro lado, por su carácter explicativo, debido a sus *principia iuris tantum*, de la normatividad también sustancial del Derecho en sí mismo considerado.

<sup>4</sup> Se trata de una tesis que GUASTINI sostiene desde hace tiempo. «Pueden distinguirse dos estilos. Por un lado, el estilo descriptivo»: es la aproximación de los que se limitan a describir la dogmática existente «desde el punto de vista externo», *au dessus de la mêlée* (se trata de una actitud típicamente «realista»): sin implicarse, digámoslo así, en las controversias entre los juristas, sino únicamente poniendo en claro las interioridades prácticas (por ejemplo: poniendo en claro los presupuestos ideológicos y las implicaciones políticas de las diversas tesis en conflicto). *Este tipo de TD —puramente descriptiva— se resuelve, tendencialmente, en la historiografía (y/o en la sociología) de la ciencia jurídica*. Por otro lado, el estilo constructivo: es la aproximación de los que no se limitan a un trabajo puramente descriptivo sino que, por el contrario, intervienen directamente en las controversias entre los juristas proponiendo, por ejemplo, redefiniciones de los conceptos contestados: redefiniciones destinadas, fatalmente, a incidir sobre la interpretación de los documentos normativos. *Este tipo de TD —no descriptiva, sino más bien propositiva y estipulativa— se resuelve, tendencialmente, en la propia dogmática»* (las cursivas son mías) (R. GUASTINI, 1996, «Immagini della teoria del diritto» [1994] en *Id.*, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli, p. 12). *Cfr.* también R. GUASTINI, 1982, *Lezioni di teoria analítica del diritto*, Torino: Giappichelli, p. 6: «Objeto de la teoría del Derecho no es directamente el de llegar a un más preciso conocimiento del Derecho vigente, sino el de clarificar el sentido del discurso dogmático»; *Id.*, *Dalle fonti alle norme* (1992), Torino: Giappichelli, 2.<sup>a</sup> ed., p. 292, donde la teoría del Derecho viene configurada como «meta-ciencia de la ciencia jurídica» que «se refiere —a pesar de su nombre— no propiamente al Derecho, sino más bien al discurso de la propia jurisprudencia». Análoga, pero más amplia, es la noción de teoría del Derecho sugerida por P. COMANDUCCI, 2003, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica. 2002-2003*, ed. a cargo de P. COMANDUCCI y R. GUASTINI,



Ahora bien, afortunadamente, nuestro vocabulario es bastante rico como para disponer de términos diversos para designar disciplinas diversas: «teoría de la ciencia jurídica» o «epistemología de la ciencia jurídica», para designar la meta-jurisprudencia (o la meta-teoría jurídica) prescriptiva, y «sociología del conocimiento jurídico», para designar la meta-jurisprudencia (o la meta-teoría jurídica) descriptiva, la una y la otra distintas, en cuanto meta-teorías (o meta-ciencias) de la «teoría» y de la «ciencia del Derecho». Pero ninguna de estas dos cosas se corresponde con lo que se ocupa habitualmente la teoría del Derecho, cuyo espacio resulta por ello perdido por GUASTINI<sup>5</sup>. Prueba de ello es el hecho de que, en el sentido de GUASTINI, ninguno de los más conocidos y clásicos textos de teoría del Derecho sería una teoría del Derecho: no lo sería la Teoría general del Derecho ni la Teoría pura del Derecho de H. KELSEN; ni la Teoría general del Derecho que es como el propio GUASTINI ha titulado, recopilándolo en un único volumen, la Teoría de la norma jurídica y la Teoría del ordenamiento jurídico de N. BOBBIO; ni El concepto de Derecho de H. HART; ni Sobre el derecho y la justicia de A. ROSS; ni incluso gran parte de las Lecciones de teoría del Derecho y del Estado ni muchas otras valiosísimas contribuciones a la teoría del Derecho del propio GUASTINI. En todos estos textos, de hecho, no se habla más que de manera marginal de los razonamientos y de las doctrinas de los juristas. En ellos se definen conceptos teóricos o se elabora la red de conceptos y de tesis en la que se expresan y analizan las «estructuras formales del Derecho», obviamente independientes de los discursos y del «lenguaje del legislador», investigados, por el contrario, por las disciplinas jurídicas particulares. GUASTINI —que precisamente ha hecho de las distinciones el rasgo distintivo del estilo analítico, practicado por él siempre de manera ejemplar— comete, en suma, en su metateoría, dos confusiones: a) la confusión expresada por la tesis de que el Derecho es indistinguible de la (o bien incluye la) doctrina jurídica, del lenguaje y del discurso del Derecho con el metalenguaje y con el metadiscurso de la ciencia del Derecho; b) la confusión, consecuencia de la primera, en un único discurso, de los diversos discursos que desde puntos de vista distintos pueden llevarse a cabo sobre el derecho: el teórico, el dogmático y el sociológico.

Precisamente la configuración de la teoría del Derecho como teoría formal permite, por el contrario, distinguirla y junto con ello conectarla a las diversas y distintas aproximaciones disciplinares al estudio empírico del Derecho —las disciplinas jurídico-positivas, la filosofía política y la sociología del Derecho— dentro del modelo integrado del saber jurídico del que se ha hablado al final del apartado 1.1. Estas distintas aproximaciones, como bien ha recordado M. GASCÓN ABELLÁN (pp. 7-8) pueden de hecho configurarse como otros tantos puntos de vista sobre el Derecho y como otras tantas interpretaciones empíricas o semánticas de la teoría: a) el punto de vista externo o axiológico de la justicia, es decir, de la valoración ético-política, de la crítica externa y de la

---

Torino: Giappichelli, p. 3: «La tarea del teórico del Derecho consiste en dar cuenta de la realidad jurídica concebida como fenómeno lingüístico: de los discursos del legislador, de los jueces, de los operadores prácticos del Derecho, de la propia dogmática»: donde el Derecho (o sea, el conjunto de los discursos del legislador) está expresamente confundido, dentro de un mismo objeto o universo del discurso, con el de la teoría, con la jurisprudencia (es decir, con los discursos de los jueces y de los otros operadores) y con aquella parte de la ciencia del Derecho que es la dogmática.

<sup>5</sup> Ya he tenido ocasión de criticar esta concepción de la teoría del Derecho en *La cultura giuridica nell'Italia del '900*, Roma-Bari: Laterza, 1999, p. 95 y en «La pragmática della teoria del diritto», en *Analisi e diritto*. 2002-2003 cit., pp. 372-375.

planificación del Derecho positivo, que es propio de la filosofía política; b) el punto de vista interno o jurídico de la validez o de la vigencia, es decir, de la descripción y de la crítica interna del Derecho vigente, que es propio de la ciencia jurídica; c) el punto de vista externo o empírico de la efectividad, es decir, de la descripción y de la crítica de lo que de hecho ocurre al cumplir o violar el Derecho, que es el punto de vista de la sociología del Derecho. Y he mostrado cómo las relaciones entre estos tres puntos de vista consisten en otras tantas divergencias deónticas, es decir, en la relación entre el deber ser y el ser que tiene lugar entre sus diversos parámetros: entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad.

Son estas divergencias las que señalan los problemas más interesantes de las distintas aproximaciones disciplinares: el problema de la injusticia, el de la invalidez y el de la ineffectividad. Si la divergencia entre justicia y validez ha sido reducida por la positivización, por obra de las Constituciones, de los clásicos principios de justicia como igualdad y los derechos fundamentales, las divergencias entre validez y vigencia y entre vigencia y efectividad vienen reducidas por el sistema de las garantías. En este sentido, el garantismo, como ha dicho diversas veces y ha recordado L. PRIETO SANCHIS (pp. 2 y 8), es la otra cara del constitucionalismo: las garantías jurídicas —sean primarias o secundarias— son de hecho las técnicas idóneas para asegurar el máximo de efectividad de las promesas constitucionales y por ello para reducir la divergencia, dentro de ciertos límites fisiológica y más allá de esos límites patológica, entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del Derecho positivo. Hay, por otro lado, un nexo entre justificación y legitimación externa y entre garantismo y legitimación interna: en la medida en que la razón externa estipulada en la Constitución como «razón social» es comparada políticamente, justificación externa y garantismo coinciden<sup>6</sup>.

### 1.3. Iusconstitucionalismo y neoconstitucionalismo. Sobre la argumentación

Una concepción del Derecho y de la teoría del Derecho singularmente análoga a la sostenida por R. GUASTINI, aunque basada en presupuestos totalmente diferentes, es la promovida por M. ATIENZA, sobre la que además ya hemos discutido en otra ocasión<sup>7</sup>. «El Derecho —afirma ATIENZA— no puede entenderse exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica jurídica» (§ 6). El presupuesto de esta tesis es para ATIENZA, como es sabido, la convicción de que el Derecho tiene alguna conexión con la moral y que, en particular, los derechos fundamentales son «valores» (§ 8)<sup>8</sup>; de suer-

<sup>6</sup> Sobre este nexo entre justificación o legitimación política o externa y garantismo o legitimación jurídica o interna, reenvío a, 2004, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari: Laterza, 8.ª ed. ap. 25, pp. 332-340, trad. Española de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN MOHINO, J. TERRADILLOS BASOCO y R. CANTARERO BANDRÉS, 2008, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995), Madrid: Trotta, 8.ª ed., 2008, pp. 338-345.

<sup>7</sup> Cfr. M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., §§ 5 y 6, pp. 144-164 y mi respuesta, «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», *ib.*, §§ 2 y 3, pp. 173-195. Vid. también, mi «Garantismo», cit., cap. 2, pp. 23-38, en respuesta a las críticas de A. GARCÍA FIGUEROA y de M. IGLESIAS VILA, en *Garantismo. Estudios*, cit. pp. 267 y 77-104.

<sup>8</sup> El término «valores», como ha puesto de manifiesto P. ANDRÉS IBÁÑEZ (p. 1), no figura entre mis términos teóricos y tampoco en el índice analítico de los argumentos de los dos volúmenes de *Principia Iuris*.

te que una teoría del Derecho no puede no incluir una teoría de la argumentación<sup>9</sup>, sobre todo si quiere ser un instrumento para la solución de casos difíciles. No es casualidad que ATIENZA considere como análogas a la suya concepciones como la de R. DWORKIN, que considera el Derecho «como una práctica interpretativa»; como la de R. ALEXY, que asocia al Derecho «una pretensión de corrección» y, por tanto, la carga de una justificación moral; y como la de C. NINO, según la cual las normas jurídicas no tienen su justificación en sí mismas, sino en razones morales. También J. J. MORESO, por otro lado, considera la argumentación moral esencial para la ciencia jurídica, siendo «una obviedad que las constituciones incluyen conceptos y tesis morales» y que por tanto «incorporan la moral en el Derecho» (p. 9).

A estas tesis de ATIENZA y MORESO ha contestado, en este debate, L. PRIETO SANCHÍS, a quien agradezco que haya puesto de relieve una serie de aspectos del paradigma constitucional que yo he teorizado y que son opuestos a los sostenidos por ATIENZA, más propios de un «neoconstitucionalismo» de matriz anglosajona tendencialmente iusnaturalista. Este neoconstitucionalismo, recuerda PRIETO, se caracteriza por dos elementos: el primero es el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; el segundo es la distinción entre normas y principios y el activismo judicial promovido por la configuración de los derechos constitucionalmente establecidos como principios que se hallan en virtual conflicto y que, en vez de aplicarse, se pesan y se balancean.

Estos dos elementos, observa PRIETO SANCHÍS, no tienen espacio en *Principia Iuris*. No tiene espacio, en primer lugar, la tesis antipositivista de la conexión entre Derecho y moral. El iusconstitucionalismo, como he escrito en varias ocasiones, es por el contrario un iuspositivismo reforzado porque se amplía a las mismas elecciones —los derechos fundamentales positivizados por las normas constitucionales— que deben informar, como un propio «deber ser jurídico», la producción de Derecho positivo. Por ello representa un complemento de un positivismo jurídico como el del Estado de Derecho. Pero por esto mismo, contrariamente a lo que sostienen DWORKIN, ALEXY y ATIENZA, según los cuales las constituciones habrían incorporado la moral en el Derecho y debería hablarse hoy de una conexión entre Derecho y moral, continúa valiendo el principio iuspositivista de la separación entre el Derecho y la moral frente a la enérgica e insidiosa versión de legalismo ético que es el constitucionalismo ético. Este principio no quiere decir, ni mucho menos, que las normas jurídicas no tengan un contenido moral, o que no pretendan ser en algún modo «justas». Esta sería una tesis sin sentido. Incluso las normas (que nos parecen) más inmorales y más injustas expresan contenidos morales, que (a nosotros) nos parecen disvalores pero que a los que las producen y las comparten les parecen valores. Incluso el ordenamiento más injusto y criminal expresa lo que, al menos para su legislador, es (subjektivamente) la «pretensión de corrección». Esto quiere decir que las constituciones expresan e incorporan valores del mismo modo en que lo hacen las leyes ordinarias. Lo que representa su rasgo característico es el hecho de que los valores por ellas expresados —aquellos que he llamado «normas sustanciales sobre la producción» y que en las constituciones democráticas consisten sobre todo en derechos fundamentales— son incorporados a un nivel

<sup>9</sup> Recuérdese el título del libro de M. ATIENZA, 2006, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona: Ariel.

normativo supra-ordenado respecto de la legislación ordinaria y por ello vinculantes respecto de ésta.

Desde la banal circunstancia de que las leyes y las constituciones incorporan «valores», es insostenible la derivación de la tesis de una «conexión conceptual» entre Derecho y moral; en virtud de la cual cada ordenamiento jurídico (no sólo pretende subjetivamente sino que) satisface (¿objetivamente?) alguna «pretensión de corrección» y algún «mínimo ético»; los cuales serían un componente necesario del Derecho y una condición de la validez de las normas jurídicas. Esto es una falacia naturalista cuya conclusión es una tesis iusnaturalista —la de que la justicia es una condición de la validez— exactamente opuesta a la tesis iuspositivista de la separación. La tesis de la separación, que no es más que un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, sostiene que la validez de una norma no implica de ningún modo su justicia y que su justicia no implica de ningún modo su validez. En virtud de este principio, ni siquiera las constituciones pueden pretender ser objetivamente justas sólo por ser tales. De hecho, históricamente nacen como un «nunca más» a opresiones precedentes, incorporando valores y principios democráticos que comúnmente consideramos justos. Pero pueden darse constituciones o singulares normas constitucionales (que consideramos) injustas y antidemocráticas y que como tales son contestadas moral y políticamente.

La tesis de la separación entre Derecho y moral permite fundar —junto a la separación entre justicia y validez— la autonomía y el primado del punto de vista externo, de tipo moral y político, sobre el punto de vista interno; y, por tanto, evitar incurrir en las falacias provenientes de su confusión: la falacia iusnaturalista, que consiste en la identificación (y en la confusión) de la validez con la justicia, y la falacia ético-legalista que consiste —también en la variante del constitucionalismo ético— en la identificación (y confusión) de la justicia con la validez. A su vez, la aproximación propia del iuspositivismo vale para poner de manifiesto el carácter normativo de la constitución porque está supraordenada respecto de cualquier otra fuente; de allí se extraen otras dos virtuales distinciones deónticas —entre validez y vigencia y entre vigencia y eficacia— cuyo desconocimiento es el origen de otras dos graves falacias: la normativista, que impide reconocer la existencia de normas inválidas, aunque vigentes, y de normas inefectivas, aunque válidas; y la realista que impide reconocer la existencia de normas válidas o vigentes, aunque inefectivas, y de normas inválidas aunque efectivas.

El segundo aspecto de las orientaciones neoconstitucionalistas, de las que L. PRIETO subrayaba el sustancial rechazo en *Principia Iuris*, es el valor que ellas asocian a la distinción entre normas y principios y la idea de que entre los principios constitucionales hay siempre conflictos que la jurisdicción tiene la tarea de resolver mediante la argumentación y el sopesamiento. En efecto, como han observado tanto ATIENZA como GUASTINI, en *Principia Iuris* no me he ocupado sino sólo marginalmente de la interpretación y de la argumentación, consideradas por ellos «parte integrante», escribe GUASTINI (p. 3), de la teoría del Derecho. Esto depende de razones diversas, entre las que destacan sobre todo las indicadas por PRIETO, a quien agradezco que con ellas haya contradicho la tesis, surgida en el desarrollo de nuestro debate y sostenida por muchos críticos, según la cual yo atribuiría un muy escaso espacio, en la democracia constitucional, a la política y a las funciones de gobierno. En el modelo normativo que he teorizado,

sostiene PRIETO (pp. 12-13), la reparación de las lagunas y de las antinomias, esto es, del Derecho ilegítimo que la ciencia jurídica tiene la tarea de denunciar, no está confiada al activismo interpretativo de los jueces; sino a la legislación y, por tanto, a la política por lo que se refiere a las lagunas; y a la anulación de las normas inválidas por las Cortes constitucionales por lo que se refiere a las antinomias. Además, destaca PRIETO desarrollando una serie de interesantes reservas y precisiones que merecen ser discutidas analíticamente (pp. 26-30), en *Principia Iuris* está muy redimensionado el problema del conflicto entre derechos —gracias a la jerarquía estructural establecida entre derechos de libertad-inmunidad, derechos de libertad-facultad y derechos sociales, derechos-poder de autonomía y libertad de hecho— que, por el contrario, en mi opinión, está muy enfatizado por las doctrinas neoconstitucionalistas. En suma, mientras que en el modelo neoconstitucionalista, al confiar la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos a la ponderación de los jueces, que inevitablemente es discrecional aunque sea argumentada, se debilita la normatividad de las constituciones y las fuentes de legitimación de la jurisdicción; en el paradigma del constitucionalismo rígido, afirma PRIETO (pp. 37-39), se limita y vincula de un modo más fuerte al poder judicial, de acuerdo con el principio de separación de poderes y con la idea de que la jurisdicción es tanto más legítima cuanto más cognitiva y menos discrecional resulte. Los jueces, en base a este paradigma, no pueden crear normas, pues ello comportaría una invasión del campo de la legislación, sino sólo censurar la invalidez por oposición con la Constitución: anulándola si se trata de la jurisdicción constitucional o elevando cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria.

Hay un segundo orden de razones que explica el escaso espacio que he dedicado a los temas de la interpretación y de la argumentación, consideradas centrales por GUASTINI y ATIENZA. Se refiere a la diferente concepción que tenemos de la ciencia jurídica: al hecho de que, en mi opinión, tanto la interpretación (o el análisis del lenguaje legal) como la argumentación son los específicos métodos de construcción a) de la dogmática, es decir, de las disciplinas jurídico-positivas y b) de la jurisdicción y, más en general, de la aplicación de la ley. Bajo el primer aspecto forman un capítulo esencial de la metodología del Derecho, esto es, de la metaciencia jurídica, y no pertenecen por tanto a la teoría del Derecho, sino a la teoría de la ciencia jurídica. Es sólo bajo el segundo aspecto, en cuanto métodos de aproximación a la verdad jurídica, que ellas son relevantes para la teoría del Derecho, pero no menos, por lo demás, que los conceptos de prueba y de verdad fáctica.

Es bajo este segundo aspecto que he definido, en el § 6.12, el concepto de «interpretación jurídica» —en sentido estricto, esto es, de «interpretación operativa»<sup>10</sup>— como averiguación de los significados (D6.6), paralelamente al concepto de «prueba» definido como determinación [accertamento] de hechos y específicamente de comportamientos (D6.5). Añado que «determinación» ha sido asumido por mí como término primitivo igual que «significado»; y que al final del § 4.1., a los fines de la explicación del significado tanto de «significado» como de «interpretación jurídica», he retomado las

<sup>10</sup> Sobre la distinción entre «interpretación doctrinal» e «interpretación operativa», remito a 1966, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, ene.-mar. pp. 290-304; a *Diritto e ragione* cit., pp. 138-140 (en la trad. española, pp. 158-160); y a, 2007, *Principia Iuris. Teoría del derecho e della democrazia. I. Teoría del diritto*, Roma-Bari: Laterza, §§ 4.4 y 8.8, pp. 231 y 446.

tesis, debidas a G. TARELLO y al mismo GUASTINI, según las cuales la interpretación jurídica no consiste en el reconocimiento de un significado dado (como podría llevar a pensar el uso de la palabra «determinación»), sino en la atribución de un significado a un enunciado normativo por parte del interprete.

Ahora bien, por más que los mencionados conceptos —«significado», «signo», «interpretación», «prueba», «determinación»— son conceptos clave de la teoría, dado que el Derecho, como muestran las secuencias y las redes de actos y de situaciones con las cuales he representado la nomodinámica (T6.48-T6.59), es un mundo de signos y de significados cuya determinación tiene siempre carácter probabilístico y opinable, tiene que ser apoyado por la argumentación, en materia de hechos y de Derecho. Fruto de la argumentación, en este sentido, es también la integración del Derecho, de la que hablaré en el § 2.3., realizada por la jurisdicción con la determinación de «normas implícitas». No obstante, la teoría del Derecho es una teoría formal, que diseña una estructura sintáctica, esto es, un conjunto de relaciones entre los términos de la teoría: las relaciones entre «significado» y «validez (e invalidez) sustancial» de los actos formales; entre «interpretación» y «determinación» de los significados; entre «determinación» y «jurisdicción» y, más en general, entre «determinación» y «funciones de garantía». Sobre estas relaciones la teoría por mi desarrollada funda además la distinción y la separación, justificada por las diferentes fuentes de legitimación, entre funciones de garantía (tendencialmente cognitivas) y funciones de gobierno (prevalentemente dispositivas), legitimadas las primeras por la determinación de los presupuestos normativamente preestablecidos de las decisiones de las que son ejercicio, y las segundas por la representatividad política. Pero una teoría (formal) del Derecho no puede hacer nada más allá de esto. Sólo en sede de interpretación empírica de los términos y de los constructos teóricos (entendida la «interpretación empírica» en el sentido de la filosofía de la ciencia, esto es, la explicación del lenguaje teórico en términos de lenguaje observacional) puede ser desarrollada una teoría del conocimiento jurídico que incluya las teorías de la interpretación y de la prueba; así como la teoría de la argumentación, es decir, del tipo de razonamiento que funda la determinación tanto de la verdad jurídica como de la verdad fáctica.

#### 1.4. Dos operaciones metateóricas

Hay otra cuestión metateórica importante, que agradezco a C. DALLA POZZA que la haya señalado. Una de las operaciones que han permitido el desarrollo de la teoría del Derecho como teoría axiomatizada, ha mostrado DALLA POZZA, ha sido la asunción como términos teóricos, en lugar de como operadores lógicos, de los funtores deónticos como «permitido que», «permitido que no», «prohibido» y «obligatorio». Gracias al uso de estos cuatro términos y de las relativas modalidades, he podido elaborar más allá del bien conocido cuadrado lógico de las oposiciones entre figuras deónticas activas (la obligación, la prohibición, el permiso de la comisión y el permiso de la omisión), un no menos importante cuadrado deóntico entre las correspondientes figuras deónticas pasivas (el hasta hoy ignorado de las expectativas positivas correlativas a las obligaciones, de las expectativas negativas correlativas a las prohibiciones y a las no expectativas correlativas a las permisiones) sobre cuya base he podido redefinir una serie de

categorías clásicas de la teoría del Derecho: desde la relación jurídica a los derechos subjetivos, desde las diversas figuras de la responsabilidad hasta el completo sistema de garantías.

Añado que he podido analizar tanto el cuadrado de las modalidades como el cuadrado de las expectativas, junto a las figuras de la efectividad y de la ineffectividad, sólo gracias al empleo de la lógica modal, que no había utilizado en mi primer y antiguo trabajo, *Teoría assiomatizzata del diritto. Parte generale*<sup>11</sup>. Todo el tratamiento de las distinciones deónticas, así como de las garantías idóneas para asegurarlas, ha sido posible por el uso de la lógica modal y de la interpretación en sentido deóntico del operador «M» de posibilidad: empezando por la tesis T2.2 según la cual decir que existe una modalidad o una expectativa deóntica (por ejemplo, una obligación, o una prohibición, o una facultad), equivale a decir que son posibles tanto la comisión como la omisión de aquello de lo que son predicados la modalidad o la expectativa. Es sobre esta base que he podido reformar, formulándolo como relación teórica en términos mucho más complejos<sup>12</sup>, el *sollen* kelseniano expresado por la relación «si A, entonces debe ser B».

Quiero aquí, sin embargo, recordar una segunda operación que ha sido decisiva en el desarrollo de la teoría: haber asumido como primitivo el término «significado» y haber identificado este término, por un lado, con las modalidades, las expectativas, las reglas, los estatus y las situaciones (P6, T6.18) y, por otro, con los específicos efectos producidos, en virtud de las formas normativamente previstas, por los actos jurídicos lingüísticos que son los actos formales, y más específicamente los actos preceptivos (D9.1, D9.7, T9.61, T9.94). Ha sido sobre la base de esta operación que he podido definir en primer lugar la validez y la invalidez sustancial, referida a los significados (a los contenidos) de los actos preceptivos (D9.19, T9.177), sean decididos por sus autores como en las decisiones (esto es, en los negocios, en las leyes, en las disposiciones y similares) o preconstituidos por normas hipotético-constitutivas, como en los actos constitutivos (como el matrimonio, el voto de confianza, la disolución de las cámaras y similares); y, en segundo lugar y correlativamente, la dimensión sustancial de la democracia constitucional (D12.35), generada precisamente por los límites y los vínculos de significado (o de contenido) impuestos a las leyes y a los actos de gobierno por normas constitucionales como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, a su vez identificados con las «normas sustanciales sobre la producción» legislativa.

<sup>11</sup> 1970, *Teoría assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Milano: Giuffrè. Ha sido gracias a esta potenciación del cálculo, y en particular al empleo del operador modal *M* («es posible que»), que he podido dar cuenta del carácter sobre todo deóntico de los fenómenos jurídicos. Considérese, por ejemplo, el concepto de «situación jurídica». En *Teoría assiomatizzata*, cit., cap. II, § 4, p. 80, ello fue definitivo —con la fórmula (y)[SITy  $\equiv (\exists x)(ATTx \cdot MODyx)$ ]— como «cualquier modalidad de la cual *exista* al menos un argumento que es un acto jurídico». En la D6.1 de *Principia iuris*, cit., I, cap. VI, § 6.1, p. 301, ha sido por el contrario definido como «cualquier modalidad o expectativa de la que *pueda existir* al menos un argumento que es un acto jurídico». En base a la primera definición, en cuyo *definiens* no figura el operador de la posibilidad, las situaciones vendrían a identificarse no ya con todas las modalidades (y las expectativas) de las cuales es *posible que exista* (es decir, que acontezca) al menos un acto jurídico de actuación, pero sólo con aquéllos de los que *existe* (es decir, acontece) al menos un acto de actuación: es decir, con las únicas situaciones que, a la medida de las sucesivas definiciones D2.12 y D2.13, he llamado «efectivas» (trátase de facultad o de obligación o de expectativas positivas) o «inefectivas» (trátase de prohibiciones o de expectativas negativas). De este modo se ignoraba el carácter deóntico de las situaciones, expresado por el contrario desde la D6.11.

<sup>12</sup> Véase *infra*, sobre esta reformulación, la segunda parte de la nota 14.

## 2. CUESTIONES DE TEORÍA DEL DERECHO

Las cuestiones de teoría del Derecho que surgen de nuestro debate son, sobre todo, tres: la primera, planteada por J. J. MORESO y E. BULYGIN, se refiere a la relación entre los primeros dos postulados de la teoría del Derecho; la segunda, planteada por J. J. MORESO, se refiere al problema, conexo con la tesis de la distinción entre validez y vigor, de las lagunas y las antinomias; la tercera, sobre la cual han intervenido R. GUASTINI y M. TARUFFO, se refiere a las relaciones entre Derecho y lógica y a la naturaleza de las normas implícitas.

### 2.1. Sobre los primeros dos postulados

MORESO y BULYGIN sostienen que el postulado P1 («de lo que no se permite la comisión, se permite la omisión») y P2 («cualquier comportamiento supone la existencia de una modalidad deóntica de la cual es objeto») no son independientes entre sí, dado que P1 implica P2, de modo tal que P2 no sería un postulado sino un teorema. No es así. Los dos postulados son del todo independientes entre sí. El segundo, de hecho, no es de ningún modo derivable —«implicado», escriben MORESO (p.4) y BULYGIN (p.5)— del primero: porque no es demostrable sobre la base de las reglas de transformación de la teoría, y porque permite una interpretación completamente diferente de la permitida por el primero, tanto en sentido intensional como en sentido extensional.

El postulado P1  $\neg(x)(\neg\text{PER}x \rightarrow \text{PER}\neg x)$  no dice de ninguna manera, como le hace decir MORESO, que «cualquier comportamiento está regulado por una cualquiera modalidad deóntica, es decir, prohibido o permitido» (p. 5). Dice que de cualquier entidad (y no entonces, como más adelante veremos, sólo de los comportamientos), si no está permitida la comisión, entonces está permitida la omisión, lo que equivale a decir que «o está permitida su comisión, o está permitida su omisión» (T1.2)<sup>13</sup>. Y no es de ninguna manera cierto que esto «equivale a decir», como afirma BULYGIN, «que todo comportamiento posible sea objeto de una modalidad deóntica, que es exactamente lo que afirma P2» (p. 5). P1, en efecto, hace uso simplemente del término «permitido», que es un predicado monádico (esto es, con una sola variable) el cual designa —al igual que «prohibido», «facultativo» y «obligatorio», definidos a través suyo— una «propiedad», en expresiones del tipo «x está permitido» (PERx), «no-x (es decir, la omisión de x) está permitido» (PER¬x), «x está no permitido» (¬PERx), «x está prohibido» (VIEx) y similares. P2, por el contrario  $\neg(x)[\text{COM}x \rightarrow (\exists y)\text{MOD}yx]$ , introduce el término primitivo «modalidad», que es un predicado diádico (esto es, con dos variables) que designa la relación entre una figura deóntica activa y lo que ella cualifica; del mismo modo están definidos como predicados diádicos, por medio de «modalidad» y el correspondiente predicado monádico, las figuras activas de la «permisión» que es la

<sup>13</sup> P1 no nos dice nada, en rigor, tampoco sobre la cuestión, discutida por MORESO (pp. 5-6), de si con base en él, «permitido» designa el «permiso fuerte» o el «permiso débil». Enuncia una simple relación sintáctica, en forma similar al resto de las definiciones, a través de «permitido», de «prohibido», de «obligatorio», de «facultativo» y de «vinculado». Es pues evidente que entre tales relaciones —si no disponemos de otras tesis, como por ejemplo la afirmación de la existencia de un derecho de libertad que tuviera el mismo objeto— «permitido» es de por sí interpretable como «permiso débil».



modalidad de lo que está permitido (D2.1), de la «facultad» que es la modalidad de lo que es facultativo (D2.3), de la «obligación» que es la modalidad de lo que es obligatorio (D2.4) y de la «prohibición» que es la modalidad de lo que está prohibido (D2.5).

Esto bastaría —el uso de «modalidad» como término diádico en P2 y de «permiso» como término monádico en P1— para excluir la equivalencia de P1 y P2 o, en cualquier caso, la derivación del segundo a partir del primero<sup>14</sup>. Prueba de lo anterior es el hecho de que, a falta del postulado P2, sería imposible el desarrollo de la teoría de la modalidad, de las expectativas y de las situaciones jurídicas. No serían derivables, por ejemplo, sólo por citar los primeros que me vienen a la mente, los teoremas T2.70 y siguientes, T3.26, T3.50, T4.3, T5.3, T5.18, T6.18, ni todos aquellos que se derivan a su vez de éstos.

Pero hay una segunda y no menos importante diferencia entre P1 y P2, de la que se deriva su recíproca independencia. En mi teoría no es cierto, como afirman MORESO y BULYGIN, que «permitido», «no permitido», «permitido omitir» y «no permitido omitir», y por lo demás «prohibido», «obligatorio» y «facultativo», sean predicables sólo de comportamientos. No es cierto de ninguna manera que «modalidad de algo» equivalga siempre a «modalidad de un comportamiento». Si así fuese, P2 podría ser sustituido por la tesis  $(x)[COMx \equiv (\exists y)MODyx]$ , es decir, por la definición de «comportamiento», que en mi teoría es un término primitivo, como «cualquier entidad que componga el posible objeto de una modalidad deóntica». Esto llevaría no sólo a que todos los comportamientos suponen una modalidad, es decir el actual P2, sino también la implicación inversa de que aquello de lo cual es predicable una «modalidad», es siempre y solamente un comportamiento. Por la razón opuesta a la de la falta de P2 —porque nuestras asunciones dirían demasiado, en lugar de demasiado poco— de ello resultaría así, incluso en este caso, una insostenible amputación de la teoría.

Precisamente porque la implicación  $(\exists y)MODyx \rightarrow COMx$ , inversa a la enunciada por P2 no es una tesis de la teoría, he podido, en efecto, identificar los posibles objetos de «modalidad» (y de «expectativa»), además de con los comportamientos, incluidos los actos internos y sobre todo —a los fines de la compleja teoría de la validez, y más generalmente, del análisis de los actos preceptivos—, con los componentes atómicos en los cuales pueden ser descompuestos analíticamente aquellos concretos compor-

<sup>14</sup> «Modalidad», en efecto, no es equivalente, como suponen MORESO y BULYGIN, a la suma lógica de «permitido» y «no permitido», así como «facultad» no equivale a «facultativo» y «obligación» y «prohibición» no equivalen a «obligatorio» y a «prohibido». La única equivalencia que se puede instituir, bajo el esquema del postulado PM, es entre la forma monádica de «modalidad», de «facultad», de «obligación» y de «prohibición» (MODy, FACy, OBLy, DIVy) y la forma diádica de los mismos términos, sometidos al operador de posibilidad «M», como en las expresiones  $M(\exists x)MODyx$ ,  $M(\exists x)FACyx$ ,  $M(\exists x)OBLyx$ ,  $M(\exists x)DIVyx$ . Diremos, por ejemplo, que una facultad equivale (no al facultativo) sino a la posibilidad de existencia de lo que es facultativo [T2.35:  $(y)(FACy \equiv M(\exists x)FACyx)$ ], esto es, a la modalidad de lo que es facultativo [T2.39:  $(y)(FACy \equiv M(\exists x)(MODyx-FCOx))$ ]; por tanto, dada una facultad (por ejemplo la libertad de manifestación del pensamiento) sólo es posible que exista (aunque no siempre llega a existir) el correspondiente comportamiento facultativo (la manifestación del pensamiento) y viceversa.

Observo incidentalmente que la formulación de las figuras deónticas en términos de posibilidad de existencia de su objeto permite dar cuenta, en términos teóricos bastante más simples y precisos que el *sollen* kelseniano, de la relación de causalidad jurídica entre antecedente y consecuente: esta no se da, según la fórmula elíptica propuesta por KELSEN, entre el acto ilícito y la sanción, es decir entre dos actos, sino entre un acto (por ejemplo, un ilícito), y la modalidad (por ejemplo, la responsabilidad o la sujeción a la sanción), que es efecto de aquél, y que es no ya la sanción, sino la obligación de aplicarla (y la correlativa expectativa de padecerla).

tamientos que son todos los actos jurídicos lingüísticos o formales: particularmente, con sus formas (véanse, por ejemplo, las tesis D9.1, T9.3, T9.105) y con sus significados (véanse, por ejemplo, las tesis T9.108 y T9.243), unos y otros regulados por las normas, formales y sustanciales, sobre su producción. Forma y significado, obviamente, son elementos constitutivos de todos los actos jurídicos lingüísticos (de aquellos que he llamado «actos formales», precisamente porque requieren de una «forma» para poder producir como efectos sus «significados»). Pero no son «comportamientos» diferentes y autónomos de los actos lingüísticos de los que son elementos. Y sin embargo, son objeto de calificación deóntica autónoma que sólo la distinción entre los dos primeros postulados —el segundo de los cuales dice que todo comportamiento implica una modalidad deóntica pero no viceversa— permite aislar. Cuando decimos, por ejemplo, que deben hacerse por escrito los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles, o que es ilícita la causa del contrato contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, entendemos enunciar en el primer caso la obligación (no ya del acto contractual, sino) de la forma escrita (en tanto requisito del acto) y en el segundo, la prohibición (no ya, de nuevo, del acto sino) de los significados o contenidos en conflicto con normas imperativas o con el orden público o con las buenas costumbres (como vicios del acto mismo). En suma, ninguna teoría rigurosa y analítica de la validez, que distinga entre validez formal y validez sustancial, podría desarrollarse si no se distinguiera, en tanto objetos diferentes de las normas —formales y sustanciales— relativas a la producción de los actos jurídicos lingüísticos, el *an* (del acto), el *quomodo* (su forma) y el *quod* (su significado). Diré más: si no se hubiesen diferenciado los dos postulados, habría sido imposible el desarrollo de la teoría.

## 2.2. Antinomias y lagunas

J. J. MORESO ha reformulado y posteriormente argumentado (pp. 2-4) sus críticas a mi definición de «antinomía» y de «laguna»<sup>15</sup>. La primera objeción es que no serían admisibles ni estarían justificadas, en su opinión, una noción restringida de «antinomía» que excluyese las antinomias que pueden ser resueltas con el criterio cronológico y con el de especialidad, ni una noción de «laguna» que excluyese las lagunas que pueden resolverse con el recurso a la analogía o a los principios generales del Derecho. La segunda es que las antinomias y las lagunas generadas por los desniveles normativos no caracterizan sólo a las democracias constitucionales, sino que están presentes también en el viejo estado legislativo de derecho.

<sup>15</sup> Cfr., sobre esta cuestión, J. J. MORESO, «Sobre “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., §§ 2 y 3, pp. 119-127 y mi respuesta, «Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta» cit., *ibid.*, §§ 5 y 6, pp. 207-216. Véase también mi «Garantismo» cit., §§ 5.1-5.3, pp. 83-93, en respuesta a J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre derechos», in *Garantismo. Estudios*, cit., pp. 159-170. La misma cuestión fue planteada por Riccardo Guastini en «Tre problemi di definizione», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito*, cit., pp. 43-45, al cual he respondido en «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», § 6, *ibid.*, pp. 156-171 (tr. esp. «Los fundamentos» cit., pp. 57-59 y 180-196); fue luego retomada por R. GUASTINI, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», en *Garantismo. Estudios*, cit., pp. 233-244, a lo cual he respondido en «Garantismo, Una discussion», cit., § 4.3, pp. 74-78. Cfr. también, *Principia iuris*, cit., I, p. 955, nota 41.

Podría limitarme, en cuanto a la primera crítica, a responder que el método axiomático hace tabula rasa de todo el léxico tradicional, utilizándolo sólo en la medida en que sea posible y conveniente; que, entonces, por «antinomía» y «laguna» convengo entender, en el léxico de mi teoría, exactamente lo que dicen sus definiciones (D10.43-D10.48), que son justamente definiciones estipulativas; que tales definiciones han sido formuladas precisamente para dar cuenta de la posible distinción entre ser y deber ser de las normas jurídicas generadas por los desniveles normativos; que, entendidas en este sentido, las antinomias y lagunas de las que hablo se distinguen, por tanto, de todas las otras llamadas «antinomias» y «lagunas» de las que habla MORESO (por ejemplo la antinomia consistente en «ordenar a mi hija ir a la cama antes de las nueve, pero no ir a la cama antes de haber terminado sus deberes» [p. 4]; o la expresada en la orden «¡cierra y no cierres la puerta!») y que ciertamente son otra cosa, dado que no caben dentro de mi definición.

Y sin embargo vuelvo a insistir en la diferencia estructural entre las antinomias y lagunas como están definidas por mí, y aquéllas de las que habla MORESO. Esta diferencia —más allá de las cuestiones terminológicas, que he propuesto resolver llamando «estructurales» o «en sentido fuerte», o «estricto» a las antinomias y lagunas generadas por los desniveles normativos, y «antinomias» y «lagunas» en sentido débil a las referidas a normas del mismo nivel (*Principia iuris*, I, pp. 689-691)— no puede ser ignorada. Consiste en el hecho, bien ilustrado por L. PRIETO (pp. 11-13) de que las antinomias y las lagunas definidas por mí son justamente el efecto de la virtual distinción deóntica entre ser y deber ser en el Derecho, generada por la pertenencia de las normas producidas a un nivel normativo subordinado a aquél al que pertenecen las normas sobre su producción. Son, como dicen mis definiciones D10.43 y D10.44, «vicios» consistentes en la violación, la una por comisión, la otra por omisión, de normas sustanciales sobre la producción, que resultan por otra parte inaplicables, sin ser removidas, esto es, sin la anulación de las normas en conflicto con aquéllas, o la introducción de otras normas requeridas por ellas. No hablaremos, por supuesto, de «vicios» a propósito de las llamadas «antinomias» o «lagunas» registrables entre normas del mismo nivel y por lo tanto de cualquier forma resueltas, de manera a lo mejor dificultosa y opinable (como en los ejemplos límite propuestos por MORESO) por el intérprete: las primeras sobre la base de criterios de la *lex posterior* y de la *lex specialis*, las segundas con el recurso a la analogía y a los principios generales. Aquí no tenemos ningún vicio, ninguna expresión de ilegitimidad. Allí, en el caso de las antinomias y de las lagunas estructurales, en tanto consistentes en vicios, no hay, por el contrario, ninguna posibilidad de solución mediante la simple interpretación: se requiere, en efecto, en caso de antinomia, la anulación de la norma inválida y en caso de laguna, la introducción de la norma faltante; se requiere, en pocas palabras, una decisión que remueva el vicio.

En cuanto a la segunda objeción, es realmente cierto que el fenómeno de la invalidez sustancial no es propio únicamente de los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas. También en regímenes carentes de constitución o dotados de constituciones flexibles son obviamente inválidos, desde el punto de vista sustancial, los negocios, los pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos, incluso los reglamentos, que tengan significados en contradicción con la ley. Todo esto es innegable y pacífico. También en el Estado legislativo de Derecho existen relaciones de grado entre actos y situaciones, y por tanto desniveles normativos. La noción de «relación de grado», por lo demás, ha sido introducida por mí desde el capítulo V justamente para explicar la estructura

nomodinámica del Derecho positivo en tanto tal. Y desde los capítulos VI y VIII he ilustrado tal estructura con las secuencias y las redes de actos y situaciones, y luego de fuentes y de normas, expresadas por los teoremas T6.48-T6.59, T8.81-T8.84, T10.37-T10.38 y T12.127-T12.128. Es entonces claro que mi definición de «antinomia» (D10.43) se aplica también a los reglamentos inválidos, que son normas destinadas (al igual que las leyes inválidas) a ser anuladas, cuando sea alegada su invalidez, por los órganos jurisdiccionales que tengan la obligación de declarar su anulación.

Las verdaderas innovaciones introducidas por las constituciones rígidas, que no podemos ignorar sin ignorar la peculiaridad de la democracia constitucional, son dos. La primera consiste en haber generado el fenómeno de la invalidez sustancial de las leyes, condicionando también su validez a límites y a vínculos sustanciales como son, por ejemplo, el principio de igualdad y los derechos fundamentales: un fenómeno nuevo, dado que en el Estado legislativo de Derecho, caracterizado por la omnipotencia del legislador, la invalidez sustancial se refiere sólo a los actos negociales o administrativos o jurisdiccionales, que no entran a formar parte del lenguaje jurídico en el sentido en que no están destinados a ser «aplicados» por actos preceptivos posteriores; y esto vale también para los reglamentos que, si son inválidos, están destinados precisamente a su inaplicación. En suma, encuentro inexplicable la no disposición —tanto por parte de los paleo-iuspositivistas como de los neo-iusnaturalistas— a reconocer las enormes implicaciones teóricas y metateóricas del fenómeno de la invalidez sustancial de las leyes en la estructura del ordenamiento y, consecuentemente, en la calidad de la democracia: implicaciones de tal alcance que configuran, a mi parecer, un verdadero cambio de paradigma del Derecho con respecto al viejo modelo paleo-iuspositivista.

La segunda innovación está en haber creado el espacio para un nuevo tipo de vicio, todavía más ausente en el viejo Estado legislativo de Derecho: el fenómeno de las lagunas, es decir, de las violaciones de la constitución por omisión, generado sobre todo en la formulación, como normas téticas de nivel constitucional, de derechos fundamentales cuyas garantías pueden ser introducidas solamente por la legislación ordinaria<sup>16</sup>. Todos los derechos fundamentales, en efecto, requieren a menudo leyes de desarrollo. Las requiere incluso el derecho a la vida, que sin su desarrollo a cargo de la prohibición penal del homicidio, se reduciría a una enunciación de principio carente de garantías. El vicio es en estos casos todavía más irremediable sobre el plano judicial: no es ciertamente posible, sobre la base de la interpretación de las normas constitucionales sobre los derechos a la educación, o a la salud, o a la vida, instituir la escuela pública, o el servicio sanitario nacional, o introducir normas penales.

Bajo ambos aspectos, la incorporación en constituciones rígidas de derechos fundamentales, que implican a la legislación en tanto normas sustanciales sobre su produc-

<sup>16</sup> BULYGIN señala justamente, como «posible ejemplo de lagunas en sentido fuerte», en el Estado legislativo de Derecho «la ausencia de un reglamento de actuación de una ley que expresamente requiera que el poder ejecutivo promulgue ese reglamento»: laguna, por otro lado, eliminable «solamente mediante un acto jurídico productivo de Derecho» (p. 4). Pero añade una afirmación que no comparto: «aceptar esta tesis implicaría la negación de la tesis según la cual un sistema de este género posee un único nivel normativo» (*Ibidem*). No pienso y no he afirmado que en el estado legislativo de derecho exista un solo nivel normativo: como he dicho antes, he asumido la noción de «relación de grado» (D5.4-D5.6) entre actos y situaciones y la estructura de grados de los ordenamientos, como rasgos distintivos del derecho positivo en cuanto tal, y por tanto de todos los ordenamientos nomodinámicos, incluidos obviamente los propios del Estado legislativo de Derecho.

ción, ha provocado, como he dicho, un cambio de paradigma del Derecho y de la democracia, extrañamente ignorado por KELSEN y por toda la escolástica kelseniana: el injerto, en el sistema completamente nomodinámico en que consistía el viejo Estado legislativo de Derecho, de una dimensión nomoestática, expresada por las normas sustanciales relativas a «qué cosa no puede» y «qué cosa no puede no ser decidida» como garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales, como adición a la vieja dimensión nomodinámica, expresada en cambio por las normas formales sobre la producción relativa al «quién» y al «cómo» de las decisiones<sup>17</sup>.

Por esto, antinomias y lagunas legislativas, es decir, estructurales o en sentido fuerte, son posibles sólo en el Estado constitucional dotado de normas sustanciales sobre la producción de las leyes: porque mientras en el Estado legislativo de Derecho, caracterizado por un solo nivel legislativo y, por tanto, íntegramente nomodinámico, el legislador es omnipotente y está vinculado sólo a normas formales, en la democracia constitucional, dotada también de una dimensión nomoestática, el legislador está sometido no sólo a normas formales sino también a normas sustanciales, que puede violar por comisión o por omisión.

### 2.3. Sobre las relaciones entre Derecho y lógica. Normas implícitas de tipo sintáctico y normas implícitas de tipo semántico

Sobre una cuestión diferente, aunque en cierta forma conexas con la de las lagunas —la de la relación entre Derecho y lógica— ha intervenido R. GUASTINI. GUASTINI ha visto una contradicción entre dos tesis que me atribuye: «la idea de que se dan relaciones de implicación lógica entre normas» y «por otro lado, la idea de que las normas implícitas, no obstante, no pertenecen al sistema jurídico mientras no sean expresamente formuladas por una autoridad normativa» (p. 10). «Si se dan relaciones lógicas —en particular: de implicación lógica— entre normas, entonces una norma lógicamente implícita debería «existir» en el sistema normativo en cuestión, sin que sea necesario formularla y promulgarla. Si, por el contrario, ninguna norma existe hasta que sea formulada y promulgada, entonces las relaciones de implicación lógica entre las normas no se dan o son, en todo caso, jurídicamente irrelevantes» (pp. 10-11).

Tengo la impresión de que esta crítica depende de una simplificación de mi teoría de las lagunas, varias veces criticada bajo otros aspectos —los discutidos en el párrafo precedente— por el mismo GUASTINI<sup>18</sup>. No pienso de ninguna manera que no existan normas implícitas: sobre la implicación de las obligaciones y de las prohibiciones correlativas a las expectativas positivas y negativas, por el contrario, he fundado desde

<sup>17</sup> Señalo, a propósito, un extraño malentendido: «No entiendo», escribe E. BULYGIN, «por qué FERRAJOLI llama nomoestáticos a los sistemas de un sólo nivel normativo, mientras reserva el nombre de nomodinámicos para los sistemas articulados sobre varios niveles, como el Estado constitucional» (p. 2). Siempre he sostenido una tesis exactamente opuesta: aquella según la cual justamente los sistemas de Derecho positivo dotados de un sólo nivel normativo son «completamente nomodinámicos» mientras las democracias constitucionales tienen una dimensión estática además de la dinámica. (*cf. Principia iuris*, cit., I, § 1.3, p. 118-119, § 9.17, p. 568 y *passim*).

<sup>18</sup> Véanse, *supra*, en la nota 15, los escritos de GUASTINI sobre la cuestión de las antinomias y de las lagunas, y mis respuestas.

el segundo y el tercer capítulo de *Principia iuris* toda la teoría de las garantías. Pienso, simplemente, que no todas las normas cuya ausencia genera una laguna, están implícitas en las normas que imponen su desarrollo. Pongamos un ejemplo. Dada una norma que establece un derecho social, por ejemplo a la salud, ciertamente no está implícita en ella la existencia de la norma que obliga a un determinado sujeto a prestar, en caso de enfermedad, la correspondiente prestación sanitaria. Según el postulado P4 y los teoremas T6.15 y T6.17, en efecto, toda situación jurídica supone la existencia del sujeto titular de la misma. De ello se sigue que, a falta (de la institución normativa) de tal sujeto, por ejemplo de hospitales públicos, ningún sujeto está concretamente obligado a la prestación sanitaria debida al enfermo, y por tanto no existe la obligación de esa específica y determinada prestación sanitaria. Pero esto no quiere decir de ninguna manera que no existan normas implícitas en la norma que establece el derecho a la salud: la norma implícita es incluso siempre la obligación de la prestación sanitaria y, por tanto, la obligación de una legislación de desarrollo que instituya hospitales y sujetos institucionalmente obligados a tal prestación. Esta obligación —una obligación jurídica y no simplemente un «principio directivo de legislación racional» o una «recomendación al legislador» como considera GUASTINI (p. 9)— es la primera garantía, elemental y pre-judicial, que he llamado «débil» debido —en tanto no sea desarrollada— a su ineffectividad (*Principia iuris*, I, pp. 694 y 917; II, pp.80 y 96), implícita en el derecho a la salud<sup>19</sup>. Y es su inobservancia, esto es, la falta de leyes de desarrollo, lo que conforma la laguna: entendiéndolo como «laguna», según la ya recordada definición D10.44 —no muy diferente, por lo demás de la de «laguna técnica» propuesta por GUASTINI<sup>20</sup>—, el vicio consistente en la indebida omisión de la producción de una norma jurídica impuesta por una norma positiva de grado supraordenado —la que, en nuestro ejemplo, establece el derecho a la salud— que, a causa de este vicio, resulta inaplicable. La alternativa al reconocimiento de tal vicio (y al papel crítico que se deriva de ello para la ciencia jurídica) es la tesis recurrente de KELSEN y retomada por GUASTINI<sup>21</sup>, de que esta norma de grado supraordenado, o el derecho establecido por ella, en realidad no existe, y consiste en un simple *flatus vocis*: tesis, como he dicho otras veces, muy poco iuspositivista, además de negadora de la jerarquía de las fuentes, dado que contradice el postulado fundamental del positivismo jurídico: la identificación de la existencia de las normas con su «positividad», esto es, con su producción válida como obra de la autoridad delegada para ello por el Derecho mismo.

<sup>19</sup> Remito, sobre la existencia de normas implícitas, a lo que he escrito en *Principia iuris* cit., I, p. 917: estas normas son «en primer lugar, la obligación de obligar (la satisfacción de derechos sociales) o de prohibir (la violación de derechos individuales), esto es, de introducir, por los diferentes tipos de derechos, la correspondiente garantía primaria; en segundo lugar, la obligación de disponer, para los mismos derechos, las correspondientes garantías secundarias, para que se prevengan o se remuevan las violaciones de los derechos establecidos constitucionalmente... Se trata de garantías constitucionales *implicitas* en la estipulación constitucional de principios o derechos fundamentales».

<sup>20</sup> Según mi D10.44, «laguna» es el vicio producido por la indebida omisión de la producción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de una norma faltante. Según R. GUASTINI, «se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica en cuanto falta en él una norma cuya existencia sea condición necesaria para la eficacia de otra norma», 2006 (*Il diritto come linguaggio. Lezioni*, II ed., Torino: Giappichelli, parte III, cap. V, p. 175).

<sup>21</sup> R. GUASTINI, 1994, *Diritti, en Analisi e diritto*. 1994, Torino: Giappichelli, pp. 168-170; *Id.*, «Tre problemi di definizione», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 43-45 (tr. esp., pp. 57-59) y mi respuesta, *ibidem*, pp. 156-171 y la nota 30 en la p. 174 (tr. esp., pp. 180-196).

Podemos llamar de tipo sintáctico las normas implícitas hasta ahora ilustradas: están, en efecto, implícitas lógicamente en las expectativas existentes, sobre la base del cuadro de las expectativas y de una extensa serie de teoremas (T2.60-T2.63, T3.28-T3.34, T6.66-T6.73, T7.60-T7.63, T10.125-T10.126, T10.170-T10.185, T10.209, T10.222-T10.229, T10.239-T10.240, T11.101-T11.111). Pero al lado de estas normas implícitas de tipo sintáctico, existen también normas implícitas de tipo semántico: las que puede extraer el intérprete sobre la base del significado de las normas vigentes. En este sentido, como ha observado M. TARUFFO, el establecimiento de tales normas es una señal fisiológica de la jurisdicción (pp. 3-8), pero también, añadido, de cualquier aplicación sustancial de la ley. Excluida como insostenible en el plano epistemológico toda concepción «mecanicista» (p. 9) de la jurisdicción<sup>22</sup>, debemos en efecto admitir que el juez siempre está llamado, sobre todo cuando debe resolver casos difíciles, a extraer del Derecho existente las normas implícitas sobre cuya base cualifica el caso sometido a él, y formular su decisión.

TARUFFO habla, a este respecto, de un papel «creativo» de la jurisdicción: un papel, dice, pacíficamente aceptado en los sistemas de *common law*, en los que el Derecho a menudo es creado por el juez según la regla *remedies precede rights*, pero innegable también en los sistemas del *civil law*, a pesar de que en éstos se asuma «todavía, pero cada vez menos», la regla inversa *rights precede remedies* (pp. 9-13). Y resalta el papel de garantía de los derechos fundamentales, al cual el juez no puede sustraerse y que, en Brasil, por ejemplo, está explícitamente impuesto en la constitución (p. 10). Creo, sin embargo, que el mismo fenómeno puede interpretarse mejor de otro modo: como papel de integración consistente en establecer las normas precisamente «implícitas» en la semántica del lenguaje constitucional. Se trata, incluso cada vez más, en suma, de «jurisdicción», es decir, de aplicación de normas sustanciales preexistentes, pertenecientes al ordenamiento incluso como normas implícitas. «Implícitas», por lo demás, son también las normas extraíbles por analogía o mediante el recurso a los principios generales del Derecho para resolver las que he llamado «lagunas en sentido débil». En todos estos casos, como en el caso de solución de las «antinomias en sentido débil», con el criterio de la *lex posterior* o de la *lex specialis*, el juez hace un trabajo de interpretación y de integración. En caso contrario, si de verdad «crease» nuevas normas no implícitas en el ordenamiento, provocaría, como escribe justamente BULYGIN (p. 5), «un cambio del sistema jurídico» invadiendo la «competencia legislativa» y violando el principio de la separación de poderes.

### 3. CUESTIONES DE TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

La teoría de la democracia desarrollada en el segundo volumen de *Principia iuris* no es una teoría filosófico-política de la justicia o del buen gobierno democrático. Tratándose de una interpretación semántica de tipo axiológico de la estructura del Estado constitucional analizada por la teoría formal y axiomatizada del Derecho, aquella es una teoría empírico-normativa de la democracia constitucional; anclada, por un lado, en su paradigma teórico y formal, y por otro, en las múltiples experiencias históricas del constitucionalismo democrático, las que son estudiadas por las disciplinas jurídicas positi-

<sup>22</sup> Remito, sobre el punto, a *Diritto e ragione*, cit., parte primera.

vas y por las investigaciones sociológicas que tienen por objeto las normas y el funcionamiento de los diversos ordenamientos.

Distinguiré siete temas de teoría de la democracia abordados en nuestro debate. El primero, en el que ha intervenido A. RUIZ MIGUEL, concierne a los fundamentos ético-políticos de los derechos constitucionales; el segundo, abordado por T. MAZZARESE, por J. J. MORESO y por P. P. PORTINARO, es el del nexo entre democracia constitucional y derechos constitucionales; el tercero, sobre el cual ha intervenido N. PRETEROSI, es el de la relación entre el paradigma constitucional y la política; el cuarto se refiere a algunas cuestiones específicas planteadas por S. SENESE y sobre las cuales ha intervenido también D. GRECO; el quinto, en el que han participado P. ANDRÉS IBÁÑEZ, M. BOVERO y SENESE, tiene que ver con las diversas cuestiones referidas a la separación de poderes; el sexto, tratado por PORTINARO y por RUIZ MIGUEL, se refiere al problema de la guerra y al de las relaciones internacionales; el séptimo, sobre el cual han intervenido RUIZ MIGUEL, MORESO y PORTINARO, alude a lo que he llamado, en el último párrafo del último capítulo de la teoría de la democracia, «optimismo metodológico».

### 3.1. Sobre los fundamentos de los derechos fundamentales

A. RUIZ MIGUEL plantea una «perplejidad», a mi juicio injustificada, en torno a mi concepción de la teoría de los derechos fundamentales y, más en general, de la democracia. Se pregunta si mi propuesta de un constitucionalismo cosmopolita —y diría, más en general, del completo paradigma de la democracia constitucional formulado en el segundo volumen de *Principia iuris*— no es una abierta y genuina propuesta moral (p. 2). En la base de esta perplejidad, me parece entender, está la suposición (pp. 5 y 8) de que con mi rechazo del cognitivismo ético y con mi definición formal —en el terreno de la teoría del Derecho— de los «derechos fundamentales» como «universales», en el sentido exclusivamente lógico de que ellos son derechos atribuidos a clases universales de sujetos —es decir, a todos en cuanto personas, o ciudadanos, o capaces de actuar (D11.1)— yo pretendo excluir el carácter moral o ético-político tanto de mi teoría de la democracia constitucional como de los fundamentos de aquellos específicos derechos fundamentales en los que se basa el constitucionalismo democrático.

No tengo en absoluto esa pretensión. El modelo normativo del constitucionalismo democrático elaborado en el segundo volumen de *Principia iuris* equivale ciertamente a una «propuesta moral», o si se prefiere, como he escrito desde la *Introducción*, a una teoría política normativa, es decir, a un programa político. Jamás he pensado, por otro lado, que los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales sobre cuya garantía se articula tal modelo no tengan carácter moral o, si se quiere, ético-político, ni que ellos no deban ser racionalmente argumentados en el plano moral. Esto se confirma con el hecho de que a tales fundamentos he dedicado un largo ensayo, intitulado precisamente *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, en el que los he identificado con los valores de la igualdad, de la paz, de la democracia y de la protección al más débil<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> *Diritti fondamentali*, cit., III. En este ensayo, p. 298, he distinguido claramente los fundamentos ético-políticos de los derechos fundamentales —la igualdad, la paz, la democracia y la protección al más débil— del fundamento de su definición teórica y formal, consistente únicamente en su capacidad explicativa.



Tengo la impresión de que el equívoco proviene de una mala interpretación de mi crítica (en *Principia iuris*, II, § 16.18) a la tesis de D. ZOLO citada por RUIZ MIGUEL, según la cual, la defensa de los derechos fundamentales supondría la falsa tesis ético-cognitivista, sostenida por aquéllos a los que se ha denominado *Western Globalists*, del carácter ontológicamente objetivo o consensualmente intersubjetivo de su universalidad. «La universalidad de los derechos del hombre» —escribe ZOLO, asumiendo esta tesis como la única justificación posible de los derechos fundamentales— «podría ser sostenida únicamente sobre la base de una “fundamentación” que argumentase de manera convincente la inmanencia de los derechos del hombre a la naturaleza (o a la racionalidad) humana como tal»<sup>24</sup>; o bien, sobre la base de una «filosofía del Derecho» —escribe dos páginas antes— «dominada por la idea, kantiana o neokantiana, de que el progreso de la humanidad sólo es posible a condición de que algunos principios éticos devengan compartidos por todos los seres humanos»<sup>25</sup>. En suma, la universalidad de los derechos, según otro pasaje de Zolo citado por Ruiz Miguel (p. 3), supondría «la doble creencia en la naturaleza moral del hombre y en la unidad moral del género humano» propia del «iusnaturalismo clásico-cristiano»<sup>26</sup>: una doble creencia que ZOLO refuta conjuntamente con los derechos de los que ella sería el fundamento.

No queda claro hasta qué punto RUIZ MIGUEL comparte la tesis de ZOLO. En efecto, por un lado, él declara que suscribe la idea de que el único fundamento posible de los derechos fundamentales se asienta en la susodicha «doble creencia», la que recae en su objetividad natural y/o en el consenso universal acerca de su valor moral (p. 3). Sin embargo, por otra parte, deja de lado en una nota (nota 2, p. 4: «dejo a un lado», pero también en otra nota, p. 5: «voy a dejar a un lado»), como «hecho indiscutible» pero «claramente irrelevante desde el punto de vista normativo», la crítica —«no existe ni una ontología ni una aceptación universal de los derechos» (*Principia iuris*, II, p.567)— que dirigió a las susodichas dos creencias, ideológicas y falsas si se las entendiera en sentido asertivo, y antiliberales si se las entendiera en sentido prescriptivo, que ZOLO asume como los únicos posibles fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales. No obstante, mi crítica no está formulada desde el punto de vista normativo. Ella está dirigida a la falta de solidez, que RUIZ MIGUEL juzga como un «hecho indiscutible», de los presupuestos —el carácter ontológico de los derechos fundamentales y el consenso universal que existiría en torno a ellos— sobre los cuales se basan las doctrinas de los *Western Globalist* y que, para ZOLO, son los únicos fundamentos posibles de los derechos fundamentales, hasta el punto de que él basa su objeción a éstos en la crítica de aquéllos.

La cuestión se desplaza entonces hacia nuestra concepción metaética de la ética. No pienso que mis tesis morales, empezando por las referidas a los fundamentos ético-políticos de los derechos fundamentales, sean «verdaderas», ni que sean o deban ser universalmente compartidas. También RUIZ MIGUEL, además de considerar «indiscutible» mi crítica a la tesis empírica de la aceptación general de aquéllas y —supongo— a la tesis metafísica de su objetividad ontológica, admite que «sería ilegítima desde el pun-

<sup>24</sup> D. ZOLO, 2004, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari: Laterza, cap. VI, § 3, p. 107.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 105.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

to de vista liberal» la pretensión de «inculcar por la fuerza» las convenciones morales (p. 7). Y sin embargo, a mi juicio contradictoriamente, no parece aceptar la idea de que una tesis moral jamás debe pretender, aunque esté racionalmente argumentada, ser propuesta e impuesta como «universal». Y no parece aceptarla sobre la base de un no muy preciso «universalismo moral», en cuya virtud las argumentaciones morales tienen la «pretensión» de ser «universalmente aceptables», que dicho autor propone conjuntamente con y en apoyo del «universalismo jurídico», el que resultaría, de otro modo, «moralmente no comprometido» (p. 6).

En la ambigüedad de estas expresiones, creo yo, reside nuestro disenso. ¿Qué quiere decir la tesis de que nuestros «criterios morales» y «valores de justicia» «pretenden» ser «universalmente aceptables» o «aceptables para cualquier persona» (pp. 3, 4, 5, 7)? Puede querer decir, trivialmente, que consideramos que aquéllos, como todas nuestras afirmaciones o juicios de valor, pueden ser aceptados moralmente por todos, en el sentido de que creemos poder argumentar con todos en torno a su aceptabilidad. En este sentido no habría ninguna dificultad en suscribir dicha tesis. Pero puede querer expresar también, como en las tesis de algunos *Western Globalists*, la pretensión, innegablemente antiliberal, de que ellos deben ser aceptados moralmente por todos. Me temo que sea ésta, si nuestra discusión tiene algún sentido, también la opinión de A. RUIZ MIGUEL. Contra la cual reafirmo la tesis moral, por él mismo citada, de que «la teoría garantista del Estado constitucional de Derecho, precisamente porque se basa en la separación laica entre Derecho y moral, no sólo no supone sino que ni siquiera demanda, ni debe demandar, la adhesión a los valores ético-político establecidos jurídicamente en él. No sólo no la impone, sino que impone no imponerla»<sup>27</sup> (p. 5). Por esto —porque no son compartidos por todos, ni es legítimo pretender que lo sean— las diversas clases o generaciones de derechos humanos han sido primeramente reivindicadas y, posteriormente, estipuladas jurídicamente como garantía de todos. Precisamente porque en una sociedad liberal basada en el pluralismo moral y político no hay, ni se puede pretender que exista, «universalismo moral» alguno, estos derechos devienen finalmente dotados de «universalismo jurídico», cuyo fundamento ético-político no consiste ya en el hecho de que sean o deban ser aceptados moralmente por todos, sino en el hecho de que se garantizan a todos, cualquiera sea la opinión moral de cada uno. En suma, precisamente porque la humanidad no se halla en absoluto integrada por una «unidad moral», sino al contrario —como también ocurre al interior de nuestros países— por valores morales diversos, y puesto que cada uno debe ser libre, en un ordenamiento liberal, de profesar la propia moral y la propia ideología, resulta necesaria para la convivencia pacífica la convención jurídica de la igualdad en un cierto número de derechos básicos: es decir, el pacto de no agresión asegurado por la garantía de los derechos individuales de libertad y el pacto de mutua solidaridad asegurado por la garantía de los derechos sociales.

<sup>27</sup> *Principia iuris* cit., II, p. 61. Se expresa la misma tesis en *Diritto e ragione* cit., § 61, 4, p. 975 (trad. castellana, p.931). En esta tesis no hay ningún relativismo. Por lo demás, he criticado repetidamente el relativismo subyacente a la crítica de los derechos fundamentales expresada por el multiculturalismo, en *Diritti fondamentali*, cit., pp. 301, 317, 340-345, y en *Principia iuris*, cit., II, § 13.11, pp. 57-61.

### 3.2. Democracia constitucional y derechos fundamentales

T. MAZZARESE ha ofrecido un útil inventario de las variadas doctrinas que niegan, o desvalorizan, o deslegitiman el rol normativo y garantista de las estipulaciones constitucionales de los derechos fundamentales y, con ello, del mismo paradigma de la democracia constitucional. MAZZARESE analiza cinco de estas tendencias (pp. 9 y ss), algunas de las cuales han surgido también en nuestro debate<sup>28</sup>.

No me detendré sobre la primera ni la tercera de esas tendencias, ciertamente ausentes de nuestro debate: aquella vaga y falsificadora que se manifiesta en el uso de una «neo-lengua», à la ORWELL, mediante la cual se ha llegado a denominar «inteligentes» a las «bombas», «vulgar» al pacifismo y «éticas» o «humanitarias» a las guerras de agresión (p. 10) (que es como hablar, dado que tales guerras matan sobre todo civiles inocentes, de «matanzas éticas» y de «masacres humanitarias»); y, sobre todo, aquella que MAZZARESE llama «el aparente pragmatismo antiretórico del minimalismo de los derechos» (p. 14), y que lo asocia a las tesis de M. IGNATIEFF y de A. FERRARA, las cuales se traducen también, según MAZZARESE, en una relegitimación de la guerra en defensa de los «verdaderos» derechos fundamentales, que serían los de libertad e inmunidad, así como en un injustificado ataque a los derechos sociales.

La segunda tendencia es la que objeta el universalismo de los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 por ser la última forma de imperialismo cultural de Occidente. Es la tendencia asumida en Italia por D. ZOLO —para criticar las primeras dos tendencias, tomadas demasiado en serio por él— sobre la base de los argumentos que he criticado en el párrafo que precede y que son compartidos, como se ha visto, por A. RUIZ MIGUEL. Contrariamente a estos argumentos, repito, considero que los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales son la paz, la igualdad, la democracia y la tutela de los más débiles; pero precisamente porque el pluralismo moral, cultural y político que atraviesa —y es justo que atraviese— toda sociedad liberal y democrática impide hablar de un «universalismo moral», es que los derechos son estipulados como «jurídicamente universales». Lo que vale tanto para los derechos establecidos por las constituciones nacionales como para los derechos establecidos por las convenciones internacionales. Aunque, por cierto, bien puede afirmarse que en el caso particular de los derechos estipulados en las cartas internacionales también se ha registrado un consenso general, cuando menos entre los Estados. Como ha observado N. BOBBIO, la Declaración de 1948 también ha sido, en efecto, formalmente votada por los representantes de los países y de las culturas más diversas, al punto de ser hoy «acogida como la más grande prueba histórica, nunca antes ocurrida, del *consensus omnium gentium* en torno a un determinado sistema de valores»<sup>29</sup>. A su vez, los Pactos sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966, al igual que la Carta de la ONU, también tienen formalmente, en cuanto tratados, la naturaleza de contratos sociales estipulados en forma escrita por los diversos Estados miembros. Y T. MAZZARESE ha añadido, citando un pasaje de A. CAS-

<sup>28</sup> Véase, también, T. MAZZARESE, 2006, «¿Repensar la cultura de los derechos?» en *Revista Internacional de Filosofía Política*, vol. 28, pp. 149-172.

<sup>29</sup> N. BOBBIO, «Presente e avvenire dei diritti dell'uomo» (1968), en *Idem*, 1990, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi, pp. 20-21.

SESE, que precisamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido el «fruto de muchas ideologías, punto de encuentro y de enlace entre diversas concepciones del hombre y de la sociedad»; y que ella «no constituye la simple “ampliación” a nivel mundial de los textos nacionales, sino la “adaptación” de tales textos a un mundo intercultural profundamente heterogéneo y dividido»<sup>30</sup>.

La cuarta tendencia es aquella escéptica expresada en nuestro debate con MORESO, quien ha criticado mi «hiperjuridicismo» (p. 11). A propósito de la positivación de los derechos fundamentales y de la introducción de las respectivas garantías, en particular del «mecanismo» de control de constitucionalidad, MORESO observa que «hay sociedades que no disponen de este mecanismo y en las que los derechos parecen estar razonablemente garantizados (Suecia), y hay sociedades que disponen de este mecanismo (Perú) y en los cuales, sin embargo, los derechos no están garantizados» (p. 12). Se trata, me parece, de un clamoroso *non sequitur*. El hecho de que en Suecia los derechos fundamentales sean garantizados al margen de la presencia de una jurisdicción constitucional<sup>31</sup>, no quiere decir en absoluto, como justamente escribe MAZZARESE (p. 19), que su garantía esté confiada al buen corazón de los hombres antes que a las formas jurídicas que también en Suecia han sido asumidas por el *welfare State*. Significa simplemente, para usar mi terminología, que en Suecia funcionan cabalmente —y este es un signo de solidez democrática— aquellas que he llamado garantías primarias, aseguradas por las correspondientes funciones e instituciones administrativas de garantía primaria, independientemente de la garantía secundaria del control de constitucionalidad; la cual, como he demostrado (T10.207, T10.238), interviene solamente cuando las garantías primarias son violadas. En el sentido contrario, el hecho de que en Perú, no obstante la presencia de una Corte Constitucional, los derechos no se hallen adecuadamente garantizados no quiere decir en absoluto que las normas que los prevén, así como las que introducen, aunque fuese de modo inadecuado, las garantías primarias y secundarias, sean inútiles. Quiere decir, simplemente, que por razones económicas, políticas o culturales las garantías primarias son ampliamente violadas o no desarrolladas, y que las secundarias son, a la vez, insuficientes; pero no es cierto que sean inútiles o innecesarias. De lo contrario, deberíamos concluir que el elevado número de homicidios o de hurtos en un determinado país es la prueba de la inutilidad de la prohibición penal del homicidio y del hurto. En suma, los derechos y las garantías son normas y no descripciones, y en cuanto tales bien pueden ser violadas, sin que esto pruebe su inutilidad.

La quinta y última orientación, vinculada —como escribe MAZZARESE— a un pesimismo radical sobre el rol del Derecho, es la más paradójica: la enorme cantidad de violaciones de los derechos humanos y de crímenes contra la humanidad no sería impedida, sino más bien favorecida, por las pomposas declaraciones de esos derechos. Me parece que una tesis análoga, al menos en parte, ha sido sostenida en nuestro debate por P. P. PORTINARO. PORTINARO —del que soy deudor de muchas observaciones agudas y penetrantes sobre mi teoría de la democracia— es inducido por su realismo pesimista a «pronosticar», a propósito de mi visión de un constitucionalismo social y global garante de los mínimos vitales en los países pobres, de los que provienen hoy las oleadas migratorias, «que si un acuerdo de incautos políticos pusiera seriamente en marcha un pro-

<sup>30</sup> A. CASSESE, 1988, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari: Laterza, II ed. 1999, p. 47.

<sup>31</sup> Que de hecho existe, como ha subrayado T. MAZZARESE en la nota 33, pp. 17-18 de su intervención.

grama orgánico de reforma inspirado en los principios rectores de legislación racional planteados en estos capítulos de *Principia iuris*, el mundo occidental asistiría a una rebelión de los dos tercios de la sociedad, que probablemente haría palidecer incluso el recuerdo de los fascismos del siglo XX» (pp. 18-19). No obstante, aquellos principios de legislación racional están expresados, mucho antes de *Principia iuris*, en gran parte de las constituciones nacionales y de las cartas internacionales sobre derechos. La tesis de PORTINARO equivale, por tanto, a decir que los derechos y el Derecho no deben ser tomados en serio, y que la política debe abdicar de su rol de representación y tutela de los intereses generales, y resignarse a un sustancial inmovilismo político.

En relación con las garantías de los derechos sociales, PORTINARO me dirige otra crítica. Comentando mis tesis según las cuales tales garantías deberían estar confiadas a automatismos normativos —desde la renta mínima de ciudadanía hasta la instrucción y la asistencia sanitaria pública y gratuita— que reduzcan al máximo la discrecionalidad de los aparatos burocráticos, las discriminaciones y las desigualdades, él afirma: «La quimera de la extinción del Estado permanece latente en las fantasías, soñadas con los ojos abiertos, de una sociedad de individuos hipergarantistas. De un crítico aguerrido del neoliberalismo como FERRAJOLI no se entendería la adopción de un típico argumento anarco-libertario (si se quiere abolir la corrupción se debe abolir la burocracia)» (p. 16). No comprendo en qué sentido una reforma del Estado social basada en el desarrollo de las funciones e instituciones de garantía de los derechos sociales independientes del poder ejecutivo y sujetas únicamente a la ley conduciría a la extinción del Estado, antes que a su mejor articulación. ¿Las instituciones de garantía —desde la escuela hasta los hospitales públicos y la seguridad social— no son acaso parte de la esfera pública, tanto como son las instituciones de gobierno? Y ¿qué hay de soñador o de anarco libertario en plantear el desarrollo y la generalización de técnicas de garantía ya ampliamente experimentadas en los países avanzados (algunas también en Italia), como la escuela pública y gratuita, el servicio sanitario nacional y la renta de ciudadanía? Contrariamente a la tesis de PORTINARO, me parece evidente que el desarrollo de las funciones e instituciones de garantía apunta exactamente en la dirección opuesta a la extinción del Estado: se dirige al incremento de la complejidad institucional de éste y a la expansión de la esfera pública, superando las formas toscas y rudimentarias del poder político del gobierno.

No obstante y sobre todo, en su lúcida intervención, PORTINARO me dirige una crítica más de fondo, atribuyéndome tesis y veleidades en las que no me reconozco: «FERRAJOLI quiere perfeccionar la canalización», es decir, la regulación y la limitación de todos los poderes, «excluyendo del ordenamiento jurídico toda suerte de poderes residuales y todo vestigio de poder extraordinario». No persigo en absoluto esta ilusión. La teoría se limita a diseñar un modelo normativo que, en cuanto tal, está de todos modos destinado, aún con todas sus técnicas garantista, a una inevitable escisión de la realidad. He insistido repetidamente sobre esta tesis desde la *Introducción*, en la cual he ilustrado las tres escisiones deónticas que marcan estructuralmente la fenomenología del Derecho y que el mismo PORTINARO reconoce: «Lo que llama la atención en la obra de FERRAJOLI es la extrema e insostenible escisión entre el realismo del diagnóstico y el radicalismo utópico de la propuesta normativa, ligada a la búsqueda de un constitucionalismo no solo al margen sino contra el Estado» (p. 11). Ahora bien: esta escisión no puede ser enteramente suprimida jamás. Únicamente puede ser reducida; y esta reducción —técnicamente difícil y quizá políticamente improbable— puede realizarse, como

siempre sucede, sólo mediante el esfuerzo de la política y de las fuerzas sociales encaminadas al desarrollo de técnicas eficaces e instituciones de garantía.

No me ilusiono en absoluto, por tanto, como piensa PORTINARO, con que pueda excluirse «del ordenamiento jurídico toda suerte de poderes residuales y todo vestigio de poder extraordinario» (las cursivas son mías), así como no pienso —y considero también una peligrosa ilusión autoritaria— que el Derecho penal sea capaz de terminar con la criminalidad y los abusos políticos y judiciales. Como he escrito en algunas ocasiones, no vivimos y tampoco viviremos en un mundo deónticamente perfecto. Existen y existirán siempre «poderes residuales» y salvajes, ya por no estar regulados, ya por no estar acompañados de adecuadas garantías, o ya por haberse ejercitado inválida y a veces ilícitamente. Y existirá siempre un margen de ineffectividad de todas las garantías, empezando por las penales y procesales; de las cuales, por otra parte, puede provenir una minimización, pero no —desde luego— la supresión de la violencia y de la arbitrariedad. En suma, lo que la teoría está en capacidad de «perfeccionar» es únicamente el modelo teórico normativo; en cuanto a la realidad, la teoría sólo puede sugerir, a partir del «realismo del diagnóstico», la elaboración de garantías idóneas para implementarlo y para alcanzar su máximo grado de efectividad.

Finalmente, una última observación. No comprendo sobre qué bases PORTINARO encuentra «matrices iusnaturalistas-cristianas en la concepción (mía) de los derechos y de los bienes fundamentales» (p. 19). Ni alcanzo a ver el «riesgo de reintroducir de manera clandestina una forma de cognitivismo ético apoyada en el “fundamento cognitivo de la jurisdicción y de las otras funciones de garantía”» (pp. 19-20). Desde los primeros parágrafos de *Diritto e ragione*<sup>32</sup> (y luego en *Principia iuris*, II, § 14.2, pp. 213-215), he vinculado el cognitivismo jurisdiccional —obviamente tendencial por el carácter siempre relativo, probabilístico en cuanto a los hechos y opinable en cuanto al Derecho, de la verdad procesal— con el principio de legalidad, es decir con el carácter positivo, contingente, arbitrario y en cualquier caso puramente convencional, aunque precisamente por esto objetivo, de los enunciados legislativos. Usando la clásica fórmula hobbesiana, por tanto, he sostenido que el presupuesto iuspositivista del cognitivismo judicial, en virtud del cual *veritas non auctoritas facit iudicium*, es la predeterminación lo más estricta posible del objeto del juicio por parte de la ley, es decir, el convencionalismo legislativo, en virtud del cual *auctoritas non veritas facit legem*. Se trata, por tanto, de la exacta inversión del cognitivismo ético, ese sí de «matriz jusnaturalista-cristiana», según el cual *veritas non auctoritas facit legem*; con el resultado, puesto que no existe la supuesta ontología del Derecho anhelada por el viejo iusnaturalismo, de que el juicio resulta de hecho confiado al arbitrio de los jueces, según la fórmula *auctoritas non veritas facit legem*.

### 3.3. La relación entre el paradigma de la democracia constitucional, el poder político y la soberanía

PRETEROSSO, tras haber reconocido el valor teórico-político del paradigma de la democracia constitucional y, en particular, de la dimensión sustantiva del mismo inserta-

<sup>32</sup> *Diritto e ragione*, cit., cap. I, § 1, pp. 5-13 (trad. castellana, pp. 33-40)

da tanto en el Derecho como en la democracia, plantea tres órdenes de problemas vinculados entre sí.

El primer problema es el de la relación entre Derecho y política. ¿Cuál es el espacio que le queda a la política si el proyecto constitucional es vinculante para todos los poderes, comenzando por el legislativo? ¿No acaba ese espacio por ser excesivamente reducido? (pp. 9-10) Ciertamente. El paradigma constitucional vincula la política a la ejecución del proyecto por él diseñado.

Si bien en el Estado legislativo la política era omnipotente como fuente de producción del Derecho y no existían normas superiores a la ley, en el Estado constitucional la misma, junto con la actividad legislativa y la de gobierno, aparece subordinada al Derecho. Se subordina ya no sólo a las normas formales sobre la producción jurídica que, en la democracia, aseguran la formación de la voluntad política de la mayoría, sino también a las normas sustantivas expresadas por los derechos fundamentales, esto es, a los límites y a los vínculos sustantivos establecidos por ese programa político en que consiste el pacto constitucional.

Con todo, el papel de la política sigue siendo aún muy vasto y, además, se ha visto aumentado en muchos aspectos. Así, no es cierto que el paradigma constitucional implique, tal y como escribe PRETEROSSÌ, un «modelo de juridificación integral» de la democracia (p. 10). Toda la nomodinámica del Derecho es, de hecho, confiada a la política. Por encima de todo, ésta es la amplísima esfera de lo decidible, abierta, obviamente, a la discrecionalidad del poder político, que reside en la mayoría y en el gobierno. Ante todo, las funciones legislativa y de gobierno, además del deber de hacer cumplir los derechos constitucionalmente establecidos como razón social de las instituciones políticas, tienen ante sí la enorme obra de construcción de la democracia constitucional y, por tanto, la introducción y la implementación de la garantía de los derechos y de sus correlativas funciones e instituciones de garantía. Los derechos fundamentales, se ha dicho en el § 2.2, requieren normas de desarrollo. Y está claro que la legislación de desarrollo —su calidad, las diversas garantías posibles, y el mejor mecanismo para hacerlos efectivos— es considerada (sea que se piense solamente en la política en materia de educación, de salud, de seguridad o de justicia) responsabilidad de la política. Tal y como ha dicho J. C. BAYÓN, toda constitución supone una pluralidad indeterminada de mundos constitucionalmente admisibles porque todos son compatibles con ella. Por último, y en tercer lugar, la política no se agota en la política institucional. Aquella incluye también las luchas, las reivindicaciones, las revueltas civiles y los proyectos reformadores que provienen de las fuerzas políticas y sociales: incluye, en suma, aquello que he denominado el punto de vista externo, al que se remite la dinámica de las reformas y de las transformaciones institucionales. Y se trata de una relación circular, una interacción recíproca entre crecimiento de la conciencia cívica, rol progresivo de la política y desarrollo del paradigma constitucional.

El segundo problema, conectado con el primero, se refiere a la relación entre Derecho y poder (p. 3). Sin duda, el Derecho diseñado a partir de la constitución democrática es siempre contra el poder. En la base de la teoría de la democracia constitucional hay una concepción pesimista del poder: éste, como ya nos advirtió MONTESQUIEU, siempre tiende a acumularse hasta llegar a ser absoluto si no es limitado, controlado y contenido dentro del sistema complejo de garantías, de división y de separación de po-

deres en el cual reside el edificio de la democracia constitucional. No obstante, no me parece que haya que preocuparse por una excesiva reducción del poder. Residuos de poder salvaje tienden desgraciadamente a reproducirse y a expandirse en todas las hendiduras de la estructura garantista y constitucional: en la familia, en las relaciones de trabajo y de mercado, en la organización de los poderes públicos. No hay que temer ese peligro de regresión premoderna que parece vaticinar PRETEROSSÌ —si lo he entendido bien— en los excesivos vínculos sustanciales de tipo ético-político impuestos por la Constitución a la contingencia y precariedad de la dinámica política (p. 4). Como ha demostrado L. PRIETO SANCHÍS (pp. 7-11), precisamente la firme defensa de la separación entre el Derecho y la moral, antes recordada, excluye un riesgo tal, presente, sin embargo, en la orientación neoconstitucional.

¿Qué queda de la soberanía? ¿«Estamos seguros», se pregunta PRETEROSSÌ, «de que verdaderamente disminuya la posibilidad y el problema de la soberanía»? (p. 7). Creo que en el sentido de *potestas legibus soluta* no puede tener ningún espacio en la democracia constitucional. Se podría identificar con el poder constituyente que, sin embargo, se agota en su ejercicio, esto es, en el acto constituyente, que es un acto informal, que o es efectivo o no lo es: por lo cual, o tal acto funda efectivamente el ordenamiento constitucional y, entonces, el poder constituyente se agota; o bien no llega a ser efectivamente constituyente. Pero podríamos, sin embargo, identificarla en la democracia con la «soberanía popular», que aparece formulada en casi todas las constituciones democráticas; a condición, sin embargo, de que se entienda tal expresión literalmente: por un lado, como una garantía negativa, en conformidad con la cual la soberanía «pertenece al pueblo», como dice por ejemplo el art. 1 de la Constitución italiana, y a ningún otro, y según la cual ningún órgano público —asamblea representativa, gobierno de la mayoría o presidente electo del pueblo— puede apropiarse de ella y usurparla; y, por otro lado, en cuanto que el pueblo no es un macro-sujeto sino la suma de las personas que lo componen, como garantía positiva consistente en la suma de aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales, esto es, de aquellos poderes y contra-poderes que la constitución atribuye a todos aquellos que forman parte del pueblo.

### 3.4. Dos cuestiones de teoría de la democracia: constitutividad del contrato de trabajo y posibles técnicas para completar las lagunas

A continuación abordaré otras cuestiones teóricas, aunque de carácter más específico, surgidas en nuestro debate acerca de las garantías de los derechos.

Me refiero especialmente a unas observaciones bastante sugerentes presentadas por S. SENESE en materia de Derecho laboral. SENESE ha llamado la atención sobre mi distinción dentro de los actos formales y, más específicamente, de los actos prescriptivos, entre «decisiones» y «actos constitutivos»: son decisiones aquellos actos prescriptivos —como los negocios privados, las leyes, las sentencias y las disposiciones administrativas— cuyo contenido prescriptivo, esto es, cuyo efecto o significado son decisiones o disposiciones de sus autores en conformidad, obviamente, con las normas, formales y sustantivas, acerca de su producción; son actos constitutivos, por el contrario, aquellos actos prescriptivos —como el matrimonio, las declaraciones de



no impedimento [*nulla osta*], las licencias [*autorizzazioni*], las homologaciones [*approvazioni*], las ratificaciones y similares— cuyo contenido, esto es, cuyo efecto o significado, son pre-decididos y pre-dispuestos rígidamente por las normas que regulan su producción.

Pues bien, SENESE sugiere una interesante interpretación de mi categoría de los actos constitutivos. Se pregunta si el contrato de trabajo no puede —o, tal vez, no debe— ser considerado como un acto constitutivo antes que como una decisión (p. 12). Por lo menos en el sistema de Derecho laboral de corte garantista, de hecho, los efectos, significados o contenidos prescriptivos de los contratos de trabajo —esto es, la regulación de la relación contractual, del salario en el horario de trabajo, de las vacaciones y el descanso del fin de semana, de la libertad sindical a los límites impuestos al poder de despido— son, en gran medida, predeterminados por la ley o por la contratación colectiva y sólo en parte se dejan en manos de la autónoma decisión del oferente de trabajo y del trabajador. En este sentido, dice acertadamente SENESE, en tal sistema el contrato de trabajo es un acto eminentemente constitutivo, en alguna medida semejante al matrimonio: constitutivo del status de trabajador dependiente, en el cual se contienen *ex lege* los derechos y los deberes preestablecidos por las leyes o por los contratos colectivos, de manera no muy diferente al caso del matrimonio, que es constitutivo del status de los cónyuges, en el cual son vinculantes *ex lege*, como efectos normativamente predispuestos, los derechos y los deberes de los cónyuges.

He dicho «eminentemente». En lugar de hablar de una distinción propiamente dicotómica entre decisiones y actos constitutivos, podríamos más bien hablar de un «grado de constitutividad» que identifica a muchas decisiones, por ejemplo, en materia laboral. Diremos por tanto que en el Derecho laboral vamos de un mínimo de constitutividad y de un máximo de decisionismo, que caracterizan a todos los contratos de trabajo individual a tiempo determinado, a un máximo de constitutividad y un mínimo de decisionismo, como en el caso de aquellos que se encuentran en la relación de trabajo sujetos, hasta la fecha, a normas fuertemente garantistas. Pero lo mismo se puede decir, en teoría, en relación con cualquier acto contractual. El matrimonio, por ejemplo, que en nuestro ordenamiento es un acto totalmente constitutivo, es en otros ordenamientos, como en el de los Estados Unidos, parcialmente decisional, siendo posible pactar en tal acto matrimonial cláusulas contractuales no preestablecidas por la ley.

Está claro que la naturaleza constitutiva o, en todo caso, un alto grado de constitutividad del acto prescriptivo favorece a la parte más débil de la relación jurídica. Y también está claro que en materia laboral, habiendo configurado el contrato de trabajo en *Principia iuris* como una relación regida por los principios del Derecho público antes que por los de Derecho privado, mi opción es a favor de un modelo que, en la mayor medida posible, sea constitutivo. Se puede así decir que la naturaleza pública más que puramente mercantil de la relación laboral es tanto mayor y está tanto más garantizada cuanto más constitutivo y menos decisional es el contrato de trabajo. Y se podrá leer la actual y tendencial disolución del Derecho laboral, y más precisamente de su dimensión publicista, como el resultado del tendente predominio de la contratación individual, confiada casi por completo a las decisiones de las partes, más que a la negociación colectiva.

Es precisamente este predominio el que D. GRECO ha denunciado en Italia en su aportación sobre lo que ha llamado la «subversión de los principios constitucionales»

(p. 3): a propósito de la constitucionalización del mercado (y del PIB) y de la total mercantilización del trabajo, la subordinación de la esfera pública al mercado y de la política a la economía, algo que, en última instancia, conduce a dar prioridad a los derechos-poderes de autonomía civil sobre los derechos de libertad y los derechos sociales. En consecuencia, se ha disuelto el viejo Derecho laboral. No hay más necesidad de despidos pues éstos han pasado a ser sustituidos ahora por el trabajo precario basado en los contratos temporales. En el caso de los inmigrantes clandestinos, se ha desarrollado un trabajo servil y privado de cualquier garantía; esto ha tenido como consecuencia el descenso de los salarios y de las garantías también de los otros trabajadores. La iniciativa económica, en contra de lo establecido por el art. 41 de la Constitución, puede de hecho desarrollarse en contra de la dignidad humana. Si los derechos no son vistos como «inversiones productivas», sino todo lo más como «costos insostenibles», cómo va a esperarse entonces que sean considerados vínculos constitucionales. Le debo a S. SENESE también una segunda indicación en materia de garantías de los derechos fundamentales. Como he señalado varias veces, las lagunas estructurales, en el sentido ya precisado, esto es, como algo diferente a las antinomias estructurales que se expresan a partir de normas inválidas, no parecen estar sujetas a un procedimiento de reparación en sede jurisdiccional. Es de hecho evidente que las Cortes Constitucionales, atendiendo al principio de la separación de poderes, no pueden, por ejemplo, en ausencia de una legislación de desarrollo en materia de derechos sociales, introducir las garantías correspondientes a éstos. Este límite al control de constitucionalidad por ausencia de norma ha sido, en parte, superado por ejemplo en Italia con la práctica de las denominadas sentencias constitucionales «aditivas» que, pese a su nombre, sin embargo, apelan a la existencia de normas de Derecho positivo (a través de la declaración de inconstitucionalidad de éstas «en la medida en que no prevén etc.). En otros ordenamientos, como el portugués o el brasileño, se ha previsto incluso un control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad por ausencia de leyes de desarrollo. Pero este control, dado que la jurisdicción constitucional no puede sustituir al poder legislativo, se resuelve en una sencilla instrucción que tiene únicamente el valor de censura y de recomendación al Parlamento para que introduzca las leyes de desarrollo exigidas.

Pues bien, SENESE, en relación con este segundo tipo de intervención, ha observado acertadamente que mejor que el modelo brasileño de la «recomendación» bien podría asumirse el de la «condena» adoptado por la Corte Europea de Estrasburgo y de Luxemburgo: condena a favor del agraviado, quien posteriormente puede invocarla como una acción por daños, de la que conoce la Corte Europea de Estrasburgo en materia de afectación de derechos humanos o, en todo caso, proceder a la condena del Estado infractor (o responsable) al pago periódico hasta el cumplimiento de una suma determinada, por ejemplo, diaria, a un determinado fondo, según el mecanismo adoptado por la Corte de Luxemburgo (pp. 12-13). Se trata, en mi opinión, de una indicación muy válida que bien podría ser extendida a la jurisdicción constitucional nacional. La condena en tal caso sería mucho más eficaz que una simple recomendación precisamente porque provendría de un órgano jurisdiccional del ordenamiento interno que sería útil para generar una responsabilidad no sólo política sino también civil, que los órganos legislativos y los del gobierno difícilmente podrían ignorar.

### 3.5. Separación de poderes y garantismo

El otro importante orden de cuestiones afrontado en nuestro debate, sobre todo, por P. ANDRÉS IBÁÑEZ y por M. BOVERO, ha sido el de la separación de poderes. Las constituciones diseñan jurídicamente lo que he denominado la «esfera de lo indecible que» o «que no», relativa a la garantía de los derechos, en oposición a lo que he llamado la «esfera de lo decidible», relativa al ejercicio de los poderes políticos. Por lo tanto, la diferente naturaleza de las dos esferas exige una revisión de la clásica separación de poderes: la separación entre funciones e instituciones de gobierno competentes para actuar en la esfera política de lo decidible, y funciones e instituciones de garantía encargadas de garantizar y controlar la esfera de lo indecible. Como justamente ha hecho notar P. ANDRÉS IBÁÑEZ (p. 2), las dos esferas remiten a las dos dimensiones en las que he articulado la democracia constitucional: la dimensión formal, y específicamente política, de las funciones de gobierno (a la que debe añadirse la dimensión civil de los poderes privados, que son también parte de la dimensión formal), y la dimensión sustancial, divisible, a su vez, en la dimensión liberal y la social, de las funciones de garantía.

Como ha observado BOVERO, en mi noción de «esfera de lo indecible» resuenan las nociones análogas de «coto vedado» de E. GARZÓN VALDÉS y de «territorio inviolable» de N. BOBBIO (pp. 1-2). Ella recuerda, además, la idea de la limitación de los poderes públicos, incluso los de la mayoría, propia de la doctrina liberal clásica, de VON HUMBOLDT a Constant y a TOCQUEVILLE. Sin embargo, se aparta de estas nociones clásicas por cuatro diferencias<sup>33</sup>: a) por el carácter jurídico y no simplemente «moral», como dice BOVERO (p. 12), de la esfera de lo indecible, estipulada por las constituciones mediante la imposición, a la esfera de lo decidible, de límites y vínculos, transformados de condiciones de justicia o de legitimación externa en condiciones de validez jurídica o de legitimación interna; b) por la consiguiente coesencialidad de la esfera de lo indecible a la democracia constitucional, no ya como su simple «pre-condición», como sostienen BOBBIO y BOVERO, sino como su rasgo estructural y definitorio, correspondiente a la que he denominado su dimensión sustancial; c) por el hecho, también destacado por BOVERO, de que la esfera de lo indecible designa, respecto a la noción de «coto vedado» de GARZÓN VALDÉS y de «territorio inviolable» de BOBBIO, no sólo el espacio o el territorio «prohibido» en garantía de los derechos de libertad, sino también el espacio y el territorio «obligado» en garantía de los derechos sociales (pp. 11-12), y d) por la referencia de dicha esfera no sólo al Estado y a los poderes públicos sino también al mercado y a los poderes privados, es decir, a los derechos de autonomía civil, que la tradición liberal indebidamente ha confundido con los derechos de libertad.

Ahora bien, a mi parecer, la separación de poderes se funda sobre la distinción entre las dos esferas, la de lo indecible y la de lo decidible, como técnica de garantía de la primera ante las intromisiones y los abusos de la segunda. Y se justifica con el distinto rol, la distinta naturaleza y la distinta fuente de legitimación democrática de los poderes inherentes a las dos esferas. En efecto, los poderes inherentes a las funciones de

<sup>33</sup> Para un análisis más extenso de estas diferencias y, en general, de los fundamentos de la separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía, *cf.* 2008, «La esfera de lo indecible y la división de poderes», en L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, a cargo de M. CARBONELL, Madrid: Trotta, pp. 102-109.

gobierno, dentro de la esfera de lo decidible, son poderes de disposición, es decir, de producción y de innovación normativa; en cambio, los poderes inherentes a las funciones de garantía de la esfera de lo indecidible son, predominantemente, poderes de conocimiento, es decir, de comprobación de los presupuestos jurídicos de las decisiones. Los primeros están vinculados únicamente al respeto de la (y, por ello, solamente a la no incoherencia con la) constitución por parte de las decisiones por las que son ejercidos; en cambio, los segundos están vinculados a la muy rígida aplicación sustancial de la ley, sobre la base de la comprobación de los presupuestos de hecho y de Derecho previstos por ella. Por tanto, los unos son legitimados, a causa de su rol de producción y de innovación normativa en función del cuidado de los intereses generales, por la representación política; los otros son legitimados, en función de su rol de garantía de los derechos normativamente preestablecidos, por su sujeción solamente a la ley, y precisamente a normas no sólo formales sino también sustanciales sobre la producción de los actos por los que son ejercidos.

Naturalmente la separación, como la figura opuesta de la participación, es una noción teórica. De hecho se dan —y, en una cierta medida, es a veces oportuno o, incluso, inevitable que se den— formas mixtas de distribución de los poderes: en parte caracterizadas por la separación, en parte por la participación. Solo en Italia, pienso en la composición mixta del Consejo superior de la Magistratura y de la Corte constitucional; en el poder de iniciativa disciplinaria del Ministro de Justicia respecto a los magistrados; en la autorización ministerial a proceder por los delitos de vilipendio; en las derogaciones, mucho más discutibles, también en los principios de igualdad y legalidad representadas por las inmunidades parlamentarias de las amnistías y de los indultos.

Por otra parte, a mi parecer, la distinción estructural entre funciones e instituciones de gobierno, y funciones e instituciones de garantía impone que toda la estructura de la esfera pública, y no sólo de la separación de los poderes, sea repensada y rediseñada. En el clásico modelo de MONTESQUIEU la separación era instituida entre tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En el modelo lockiano, ella concernía solamente al poder legislativo y al ejecutivo. En ambos casos, se trata de modelos elaborados hace más de tres siglos con referencia a un orden institucional incomparablemente más simple que el de las modernas democracias constitucionales: cuando las funciones del Estado eran poco más que la función penal y el mantenimiento del orden en el interior del territorio nacional y la defensa militar en el exterior. Respecto a estos órdenes, la función principal de la separación era, sobre todo, la de garantizar, con respecto del poder monárquico de otro modo absoluto, la primacía de la función legislativa y la independencia de la función judicial.

Este viejo esquema ha condicionado pesadamente la construcción del moderno Estado de Derecho: en positivo, dado que es válido garantizar la primacía del parlamento y la independencia de la jurisdicción; pero también en negativo, dado que todo el conjunto de las funciones administrativas de garantía propias del Estado social, no encontrando otros espacios, se ha desarrollado, al menos en las experiencias constitucionales de la Europa continental, dentro de la estructura del poder ejecutivo de gobierno, unificándose tras la etiqueta omincomprensiva de la «Administración Pública». Por tanto, no sólo las funciones administrativas auxiliares de las actividades de gobierno como las funciones diplomáticas o la de la seguridad pública o de la política fiscal, sino

también las funciones administrativas de garantía de derechos fundamentales como la educación, la salud y la previsión, han sido así incardinadas dentro del poder político, dependientes de los gobiernos. Al punto de hacer posible, también en Europa, la práctica del denominado *spoils system* experimentado en los Estados Unidos donde, sin embargo, el Estado social ha tenido un desarrollo mucho menor y el sistema de los *spoils* concierne sólo a las funciones administrativas auxiliares del Presidente, quedando fuera las pocas funciones de garantía de los derechos, predominantemente confiadas a autoridades independientes.

Si todo esto es verdadero, debemos reconocer, me parece, que la clásica separación dieciochesca de los poderes que se remonta a MONTESQUIEU es, hoy, inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las modernas democracias y, sobre todo, para fundar en ella la estructura garantista. Es inadecuada sobre el plano descriptivo, dado que es desmentida por todos los sistemas políticos parlamentarios, donde el gobierno tiene la confianza de la Cámara y la relación entre ejecutivo y legislativo no es, por tanto, de separación sino de participación. Pero es inadecuada también sobre el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy asignada a la esfera pública no es íntegramente clasificable en la tripartición de MONTESQUIEU. En particular, todas las funciones administrativas generadas por el desarrollo del Estado social —la escuela, la salud, la previsión y similares— no son, para nada, funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, análogamente al de la función judicial, consiste en la comprobación de sus presupuestos legales y requiere, por ello, no ya dependencia y control sino, al contrario, independencia de las funciones de gobierno, es decir, del poder ejecutivo, dentro del que se han desarrollado, en cambio, fuera de todo diseño constitucional.

M. TARUFFO ha mostrado muy bien el nexo entre la naturaleza cognitiva de la jurisdicción, su rol de garantía secundaria de los derechos y su legitimación sustancial, como aplicación de normas, a su vez sustanciales, al hecho objeto de comprobación (pp. 2-5). Pero este mismo nexo existe también para las funciones administrativas de garantía primaria de los derechos, igualmente caracterizadas por la naturaleza cognitiva de los presupuestos sustanciales de su ejercicio y establecidas como control primario de la dimensión sustancial de la democracia, así como la jurisdicción es establecida como control secundario. En ambos casos se revela así el nexo biunívoco que vincula la separación de los poderes y la democracia sustancial. La primera está dirigida a garantizar a la segunda de (el tendencial absolutismo de) la democracia formal, es decir, de los poderes políticos de la mayoría y de los poderes económicos del mercado: porque garantiza el ejercicio independiente y subordinado sólo a la ley y a la constitución de las instituciones y de las funciones de garantía de los derechos de todos; y porque, a través de la compleja red de incompatibilidad de la que es garantía, garantiza a su vez contra los inevitables conflictos de intereses generados por las muchas posibles confusiones de poderes a cargo de la misma persona.

Hay, sin embargo, dos interesantes cuestiones, planteadas por S. SENESE, en el tema de la separación de poderes: la de las derogaciones que pueden provenir de dos posibles abusos, hoy muy difundidos, del poder legislativo: las leyes interpretativas y las leyes-medida. A las dos preguntas de SENESE en orden a la primera cuestión —sí, en general, es legítima la interpretación auténtica y si lo es con respecto a los procesos en

curso (pp. 11-12)— respondo positivamente a la primera, siendo en tal caso la ley de interpretación auténtica nada más que una nueva ley que integra o modifica la ley interpretada; pero respondo negativamente a la segunda, dado que en tal caso la interpretación auténtica, interviniendo en un proceso en curso, se resuelve en una violación de la separación de los poderes: tendríamos, en efecto, una ley retroactiva destinada a interferir en procesos en curso y, a lo mejor, emanada precisamente para predisponer la solución agradable a los legisladores. No menos grave es la violación de la separación de poderes que causan las leyes-medida: en efecto, en estos casos, la forma legislativa conferida a lo que en sustancia es una medida, a veces, abiertamente singular, implica su sustracción a las garantías jurisdiccionales comúnmente predisuestas para los actos administrativos<sup>34</sup>.

### 3.6. La guerra y las relaciones internacionales. La perspectiva del constitucionalismo global

Un tercer orden de cuestiones planteado en nuestra discusión concierne a los problemas de la paz y de la democracia internacional.

Una primera objeción, dirigida a mi «pacifismo jurídico», ha sido planteada por P. P. PORTINARO. En una nota (nota 26, p. 17), PORTINARO juzga «impecable» mi distinción entre «guerra» y «uso legítimo de la fuerza» basada sobre el hecho de que sólo el segundo y no la primera asegura, además de la máxima limitación de la violencia, la tutela del inocente y la no instrumentalización de la coerción a fines e intereses de parte. Pero se pregunta: «¿quién decide, en el caso del uso legítimo, cuál es la fuerza “estrictamente necesaria” para el mantenimiento de la paz: los militares de profesión, los jueces o los diplomáticos?, ¿y quién puede, y cómo, garantizar la no instrumentalización de la coerción en una arena política signada por la competición hegemónica? ¿y qué sucede en caso de que se perfile un conflicto entre instituciones de garantía e instituciones de gobierno puestas para el mantenimiento de la paz?» (*ibidem*). Son las preguntas a las que contesta el modelo garantista del Derecho penal: los presupuestos, la naturaleza y la medida del uso de la fuerza son decididos sobre la base del principio de legalidad penal; la no instrumentalización política de la intervención de la policía es asegurada por el carácter terciario de los órganos a los que es delegada y del monopolio a su cargo del uso legítimo de la fuerza; finalmente, en caso de conflicto entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, deben prevalecer las primeras cuando se trate de actividad de prevención, en particular, de los peligros de la guerra, y las segundas cuando se trate de actividad de garantía de los derechos o de comprobación y de represión de delitos internacionales. Se trata, obviamente, de un modelo cuyas articulaciones institucionales deben ser mucho mejor precisadas y, en todo caso, de un modelo límite, como recuerda PRETEROSI (p. 10), del cual puede haber un grado mayor o menor de realización. Probablemente no esté destinado a cobrar existencia a causa de la oposición de las grandes potencias. Pero nada autoriza a considerarlo utópico, es decir, de imposible realización.

<sup>34</sup> Sobre las dimensiones y las consecuencias de este fenómeno, véase S. SPUNTARELLI, 2007, *L'amministrazione per legge*, Milano: Giuffrè.

Pero es precisamente la «diferencia radical» que sostengo entre guerra y uso legítimo de la fuerza la que es puesta en duda por PORTINARIO: como válida, dice, «bajo el perfil jurídico» pero no «en los hechos» (p. 17). «Porque de las dos la una: o con el ejercicio legítimo (dirigido exclusivamente a oponerse a violaciones al Derecho internacional) de la fuerza en serio, y entonces es inevitable que las fuerzas armadas implicadas en estas operaciones acaben por cometer crímenes de guerra...; o bien se toman en serio los derechos a la incolumidad de la población civil y se adoptan estrategias de contención militarmente ineficaces y, en definitiva, perdedoras, capaces sólo de aplazar la utilización de fuerza decisiva» (*ibidem*). Y añade: «Es legítimo, seguramente, presentar dudas sobre la eficacia de la guerra como instrumento para oponerse al terrorismo internacional, pero análogas consideraciones escépticas deberían ser propuestas en relación con la eficacia del instrumento jurisdiccional y de una fuerza internacional de policía» (*ibidem*).

A mi parecer, se manifiesta aquí la incompreensión de la diferencia y de la profunda asimetría no tanto y no sólo entre la guerra y el uso legítimo de la fuerza, sino, sobre todo, entre el terrorismo y la única respuesta capaz de enfrentarlo: la regulada por el Derecho. Si es verdad que el terrorismo es un fenómeno criminal, consistente en una red compleja y oculta de organizaciones clandestinas ramificadas en decenas de países y sostenida por una red todavía más compleja de complicidades políticas y sociales, entonces las guerras y los bombardeos aéreos, como ha sido probado por el fracaso de la guerra en Irak, no podrán derrotarlo nunca, sino sólo alimentarlo y legitimarlo. Al contrario, la eficacia de la respuesta institucional regulada por el Derecho, es decir, del uso legítimo de la fuerza en las formas tradicionales del Derecho, depende, mucho más que de la fuerza militar, de su idoneidad para comprobar las responsabilidades y para capturar a los responsables.

No sólo. Hay una dimensión simbólica de estas dos distintas respuestas a la violencia terrorista —la guerra y el Derecho— que no puede ser ignorada. No es verdad que «una total sumisión de la fuerza a las formas del Derecho», como escribe PORTINARIO, «tiene como efecto su debilitamiento» (p. 17). Lo verdadero es exactamente lo contrario. La ineficacia de la guerra en la lucha contra las organizaciones terroristas depende —más allá que de la absoluta falta de idoneidad de los medios empleados, capaces de afectar solamente a víctimas inocentes— de su perfecta simetría con el terrorismo, del que realiza, como gasolina sobre el fuego, el principal objetivo: la incesante espiral de la violencia generada por el terror, de los odios y de los fanatismos desatados por unos y otros. Viceversa, la eficacia de la respuesta jurídicamente regulada en las formas del Derecho penal no reside ciertamente en la fuerza bruta. Ella reside en la capacidad de deslegitimación jurídica, de aislamiento social y de debilitamiento político de la criminalidad terrorista que proviene, en el Derecho y en la respuesta por él regulada, precisamente, de su máxima asimetría respecto al crimen, que es asegurada por el conjunto de las garantías penales y procesales.

En el tema de las relaciones internacionales, un segundo orden de objeciones ha sido dirigido por A. RUIZ MIGUEL, a la perspectiva de un constitucionalismo global delineado en el último capítulo del segundo volumen de *Principia iuris* sobre la base de las promesas contenidas en la Carta de las Naciones Unidas y en las muchas declaraciones y convenciones sobre los derechos humanos. RUIZ MIGUEL contesta, en particular,

que la hipótesis de una democracia supranacional federal, basada sobre un constitucionalismo de múltiples niveles, no equivale, como lo he afirmado, a la hipótesis de un super-Estado o de un «gobierno mundial» como fue formulada por KANT y en nuestros días por HABERMAS y por BOBBIO. No me resulta claro cuánto hay de terminológico o de sustancia en esta cuestión. Es obvio que el monopolio jurídico de la fuerza, por otra parte ya previsto actualmente aunque no realizado, a cargo del Consejo de Seguridad de la ONU, reclama la idea del Estado y es conexas a un gobierno mundial. Pero lo que he intentado sostener, en polémica con cuantos temen que un posible gobierno mundial equivaldría a un nuevo Leviatán y defienden, por tanto, las viejas soberanías nacionales, son sobre todo dos cosas. La primera es que hoy vivimos de hecho en una situación paradójica de anarquía planetaria y, conjuntamente, de gobierno global —el de las grandes potencias y, en particular, de los Estados Unidos, indisponible a cualquier rol de garantía de la paz y de los derechos fundamentales— con las desventajas de una y de otra (*Principia iuris*, II, pp. 553 y 572). La segunda es que aquello de lo que hoy tiene necesidad el mundo es el desarrollo, no tanto y no sólo de funciones y de instituciones de gobierno, que son más legítimas y eficientes en tanto son más locales y, por ello, cercanas a los gobernantes sino, sobre todo, de funciones y de instituciones de garantía capaces de tutelar derechos y bienes fundamentales como la paz, la seguridad, los mínimos vitales y la protección del ambiente, cuya efectiva garantía es imposible a nivel local y es irrealizable a nivel global mientras falten las correspondientes instituciones internacionales de garantía. Que, además, es completamente obvio que las funciones internacionales de gobierno son absolutamente necesarias, al menos, para implementar, financiar y coordinar el ejercicio de las tantas funciones de garantía y, por lo demás, he propuesto a partir de ello, bajo más aspectos, la democratización política.

### 3.7. Sobre el optimismo metodológico

Hay, finalmente, una última cuestión, no teórica ni filosófica. Ha suscitado críticas —por parte de MORESO, de RUIZ MIGUEL y de PORTINARO— el último párrafo de *Principia iuris* titulado «La democracia cosmopolita como construcción social. La lucha por el Derecho. Optimismo metodológico».

RUIZ MIGUEL ha interpretado estas palabras como expresiones de una filosofía de la historia de tipo «apocalíptico-optimista» (p. 15): «apocalíptico» por las perspectivas catastróficas, que me parece que también comparte, si no se hace nada contra tantos peligros que amenazan la supervivencia de la humanidad; «optimista» por el rol de garantía que pienso que puede ser desarrollado por el Derecho y por la democracia. Contexto que no tengo ninguna filosofía de la historia. El «optimismo metodológico» del que he hablado como del principio informador de la «lucha por el Derecho», no es más que la otra cara del rechazo a cualquier filosofía de la historia de tipo determinista: es decir, de la falacia en la cual caen muchos realistas, según la cual aquello que sucede no puede no suceder. Quiere decir que el futuro de la humanidad depende en gran parte de la humanidad misma, y precisamente de su capacidad de defenderse —cosa improbable, pero no imposible— de sí misma: de los desastres ecológicos, de las catástrofes nucleares, del crecimiento de las desigualdades, de la violencia y del terrorismo en un mundo cada vez más frágil y vulnerable. He explicado su sentido, por lo demás, con la



impronta de Kant sobre la «esperanza de un futuro mejor» como condición de sentido de la acción política, y con la de BOBBIO sobre nuestros retrasos en la satisfacción de las muchas promesas constitucionales que deberíamos intentar de no «aumentar con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo».

MORESO, a su vez, me reprocha este optimismo metodológico como signo de una excesiva confianza en el Derecho, en oposición a una excesiva desconfianza en la moral (pp. 11-12). Es verdad, no creo en la bondad de los hombres ni con mayor razón en el «poder bueno» de quienquiera que lo ocupe, ni consecuentemente en el «gobierno de los hombres», tampoco de los (sedicentes) mejores; prefiero el gobierno de las leyes sobre las que solo se basa el edificio de las garantías. Añado que el optimismo del que hablo no tiene nada que ver con el optimismo existencial, por así decir antropológico, como es inevitablemente el optimismo moral sostenido por MORESO, que fundándose sobre la bondad humana y sobre la subestimación del Derecho, ha caracterizado de hecho todos los fracasos de las muchas utopías revolucionarias. De otro lado, este tipo de optimismo es irrelevante sobre el plano teórico, lo mismo que el pesimismo existencial. Lo que interesa desarrollar en el plano teórico, una vez rechazada la falacia determinista según la cual no existen alternativas al estado de cosas presente, es la reflexión sobre las específicas técnicas de garantías de la paz y de los derechos fundamentales más vitales. Estas técnicas podrán ser imperfectas, insuficientes, inadecuadas respecto a las enormes dificultades de los problemas y estar, quizá, destinadas a fracasar. Sin embargo, esto no quita para que se tenga el deber cívico, más allá del científico, de elaborar una teoría de la democracia a la altura de estos problemas.

Finalmente, P. P. PORTINARIO me acusa de ingenuo optimismo, es decir, de no tener en cuenta los enormes costos y los poderosos intereses que se oponen a la realización de mi paradigma garantista (p. 17-19). Repito cuanto he dicho varias veces acerca de la oposición entre el realismo de los tiempos cortos y el realismo de los tiempos largos. En los tiempos largos está también en los intereses de los más fuertes realizar aquel paradigma, en defensa también de su seguridad y supervivencia. En todo caso, no podemos confundir la improbabilidad política con la imposibilidad teórica, si no queremos ofrecer a la primera el aval de la segunda. Bien podemos ser pesimistas sobre el futuro de la paz y de la democracia. Pero si es verdad que tanto la paz como la democracia son posibles, de su fracaso somos responsables todos nosotros: los políticos miopes de las grandes potencias, la inercia de la opinión pública, pero también la ciencia jurídica y la cultura política por su desempeño científico y civil. En suma, «optimismo metodológico» equivale al rechazo de todo determinismo que excluya que cualquier otro mundo es posible, de la desresponsabilización de la política consiguiente al abandono de toda perspectiva de posible transformación y del pesimismo metodológico que puede conducir a la abdicación de la razón y a la renuncia a todo proyecto de progreso político y social.

*(Traducción de Maximiliano A. Aramburo Calle,  
Alí Lozada Prado y Félix Morales Luna)*



