

50

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO

Directores: Carlos Arturo Hernández • Santiago Ortega Gómero



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

DERECHOS FUNDAMENTALES, DEMOCRACIA FUNDAMENTAL Y GARANTISMO

LUIGI FERRAJOLI

DERECHOS FUNDAMENTALES,
DEMOCRACIA FUNDAMENTAL
Y GARANTISMO

LUIGI FERRAJOLI

Profesor
Universidad de Roma Tre



UNIVERSIDAD LIBRE®

COLECCIÓN
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS
DEL DERECHO

50

Directores
Carlos Arturo Hernández
Santiago Ortega Gómero

DERECHOS FUNDAMENTALES,
DEMOCRACIA FUNDAMENTAL
Y GARANTISMO

LUIGI FERRAJOLI

2016

Ferrajoli, Luigi

Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo / Luigi Ferrajoli; Carlos Arturo Hernández, Santiago Ortega Gómero directores. -- Bogotá: Universidad Libre, 2016.

198 p.; 22 cm. – (Colección Tendencias Contemporáneas del Derecho)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-8981-22-2

1. Derechos Fundamentales 2. Derechos humanos 3. Democracia 4. Derecho - Teorías I. Hernández Díaz, Carlos Arturo, dr. II. Ortega Gómero, Santiago, dr.

342.22 SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN 978-958-8981-22-2 IMPRESO

ISBN: 978-958-5466-13-5 DIGITAL

Derechos Fundamentales, Democracia Fundamental y Garantismo

© Luigi Ferrajoli

© Traductor: Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega Gómero

© Universidad Libre

Colección: Tendencias Contemporáneas del Derecho

Directores: Santiago Ortega Gómero y Carlos Arturo Hernández

Bogotá D.C. - Colombia

Primera Edición - octubre de 2016

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y Diagramación: Héctor Suárez Castro

Corrección de estilo: Carlos Andrés Almeyda Gómez

Imagen portada: <http://www.eteraestudios.com>

Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Quien actúa solamente como impresor

Calle 65 No. 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 1000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

DIRECTIVAS UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Enrique Dejanón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Antonio José Lizarazo Ocampo
Director Nacional de Planeación	Omeiro Castro Ramírez
Director Nacional de Investigaciones	José Helvert Ramos Nocua
Presidente Seccional	Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector Seccional	Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano Facultad de Derecho	Carlos Arturo Hernández Díaz
Secretario Académico	Álvaro Aljure Moreno
Directora Centro de Investigaciones	Gloria Andrea Mahecha Sánchez

COMITÉ CIENTÍFICO

Bruno Celano

Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho
Università degli. Studi di Milano, Italia

Alejandro Robledo Rodríguez

Doctorando en Filosofía
Instituto de Humanidades
Universidad Diego Portales, Chile

Maximiliano Alberto Aramburo Calle

Doctorado Universidad de Alicante

Jorge Luis Fabra Zamora

M.A. Student, Mcmaster University

Xavier Díez de Urdanivia

Doctor en Derecho Universidad Complutense, Madrid

Silvina Pezzetta

Doctoranda del Doctorado de la Facultad de Derecho
De la Universidad Nacional de Rosario

Mario Jori

Università degli studi di Milano

Enrico Diciotti

Università degli Studi di Siena -Mario Jori, Italia

Francesco Viola

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Palermo Italia -Marc Van Hoecke

PAR EVALUADOR

Rafael Santa Cruz Lima

Universidad del Estado de México

Jorge Fabián Villalba

Universidad Católica de Córdoba Argentina

Néstor Orlando Varón

Universidad Libre

ÍNDICE

Derechos fundamentales y democracia constitucional	11
La pragmática de la teoría del derecho	47
La Democracia Constitucional	91
Deontología Jurídica	183

**DERECHOS FUNDAMENTALES
Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

1. DOS PREMISAS EPISTEMOLÓGICAS

Antes de abordar el tema de los fundamentos de los derechos fundamentales, quiero desarrollar dos breves premisas epistemológicas, solicitadas ambas por las observaciones alrededor de mi enfoque a la teoría del derecho llevadas a cabo en un lúcido trabajo por Pablo Comanducci¹.

La primera premisa guarda relación con el estatuto meta-teórico de la teoría del derecho; es útil y fecunda la distinción, propuesta por Comanducci y fundamental en la filosofía iusanalítica, entre enfoques y tesis teóricas de tipo descriptivo y enfoques y tesis teóricas de tipo normativo. Pero me parece demasiado rígida y en última instancia engañosa la contraposición establecida por él entre teorías del derecho descriptivas y teorías del derecho prescriptivas: como si pudieran darse teorías del derecho, y específicamente, de los derechos fundamentales, cuyas tesis sean todas puramente descriptivas y teorías cuyas tesis sean todas puramente prescriptivas.

Yo pienso que toda teoría del Derecho incluye, inevitablemente, tesis asertivas así como tesis normativas. Sin duda, la mayor parte de las tesis de una teoría jurídica –en parte los postulados y las definiciones de los conceptos teóricos, que como Comanducci reconoce tienen carácter convencional y, al menos en este sentido, prescriptivo– son tesis asertivas. Piénsese en la teoría de los sujetos, de las personas y de los status, en el análisis de la estructura de los distintos tipos de normas o en la teoría y la

¹ Cfr., P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali. En Analisi e Diritto*.

tipología de los actos y de las situaciones jurídicas. Algunas tesis, sin embargo, son inevitablemente prescriptivas. Y lo son no ya en el sentido banal, que reproducen normas o principios jurídicos internos del Derecho positivo –lo que es una tarea mucho más que de la teoría del derecho, de la dogmática jurídica, es decir, de las disciplinas jurídicas particulares basadas sobre la interpretación de la ley; sino en el sentido que enuncian principios normativos externos al Derecho positivo objeto de investigación y, sin embargo, en relación con este marco normativo: *principia iuris*, pero no *in iure*. Mencionaré tres clases.

En primer lugar los principios de la lógica: La lógica, en efecto, no es del derecho sino de la teoría. Lo incompatible entre “permitido” y “no permitido”, es decir, entre “permitido” y “prohibido”, por ejemplo, es una tesis teórica, un *principium iuris*, seguramente irrenunciable. Pero no es una tesis de derecho, es decir, un *principium in iure*, dado que es muy posible que en un sistema de derecho positivo, como el nomodinámico, un mismo comportamiento sea tanto permitido como prohibido: piénsese en la burla, prohibido y sancionado como delito de opinión por el código penal italiano y permitido por el contrario, como ejercicio del derecho de libertad de expresión, por la Constitución. Es posible, en otras palabras, que el derecho positivo contenga *antinomias*, no admitidas obviamente por la teoría, lo cual pone de manifiesto en cambio la insostenibilidad y por ello la necesidad de una solución.

Lo mismo se dice de las relaciones entre derechos fundamentales y garantías. Si definimos “derechos fundamentales” como “derechos universales”, es decir conferidos a todos por normas jurídicas, y “derechos subjetivos” como “expectativas” que corresponde una “obligación” (de prestación) o una “prohibición” (de lesión), debemos pues admitir que la implicación entre derechos y garantías no es de tipo asertivo sino de tipo

normativo: no, de nuevo, un *principium in iure* sino un *principium juris tantum*, externo al derecho, aunque normativo. Es muy posible, en efecto, que existan derechos fundamentales y no existan las garantías correspondientes. Se piensa en muchos derechos sociales y en todos los derechos humanos, establecidos por las Declaraciones y convenciones internacionales. Y pueden existir, en el derecho positivo, *lagunas* que al igual que las anti-nomias, están en la base de teorías identificables como defectos que requieren ser superados².

Finalmente, hay una tercera clase de principios, que podríamos llamar *principia iuris et de iure* pero no enteramente *in iure*, en parte internos pero en parte externos al derecho positivo, siendo inducidos pero no cabalmente formulados: por ejemplo, el principio de legalidad, el de la separación de poderes, el conjunto de las garantías penales y procesales, muchos de los mismos derechos fundamentales y el principio de igualdad. Aunque enunciados más o menos explícitamente por normas de derecho positivo, estos principios, si en sede dogmática deben ser interpretados en el contexto de otras normas del ordenamiento positivo del que forman parte, en el seno de la teoría del derecho no pueden no ser reformulados, independientemente del análisis de concretos ordenamientos, como rasgos normativos de los modelos teóricos que están a sus espaldas. No son por lo tanto simplemente descriptivos de los significados, más o menos vagos y problemáticos asociados en cada ordenamiento. Son más bien normativos, al igual que el modelo de derecho al que pertenecen y que la teoría tiene la tarea de explicar y reelaborar.

² Me remito, en torno a las relaciones entre derechos fundamentales y garantías, a mi *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, edición de E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 26-33 y en repuesta a las críticas de Riccardo Guastini, pp. 156-171.

En definitiva, junto a la tesis asertiva, una teoría del Derecho –tanto más si se refiere a los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas –no puede no contener tesis normativas. Lo importante es que se distinga siempre con la máxima claridad y conciencia, en el plano meta-teórico, entre las que son tesis asertivas y aquellas que son tesis prescriptivas.

La segunda observación de carácter metateórico sugerida y puesta en relieve por Paolo Comanducci, guarda relación entre los distintos tipos de discurso que se pueden hacer alrededor del derecho y específicamente alrededor de los derechos fundamentales y a sus fundamentos. Yo he separado, como ha recordado aquí Comanducci, cuatro tipos de discursos y cuatro tipos de fundamentos de los discursos sobre los derechos fundamentales, pero también añadiré, sobre el derecho en general.

En primer lugar, podemos entender con “fundamento de los derechos fundamentales” la *razón* o el *fundamento teórico* de la noción de “derechos fundamentales”, es decir, de los discursos de teoría del derecho que responden a la pregunta: “¿Qué cosa son los (o qué cosa entendemos, en nuestros discursos, con la expresión) “derechos fundamentales?”. Nos referimos, en este sentido, al fundamento de la definición teórica del concepto de “derechos fundamentales”. Por lo que a mí respecta, como ha recordado Comanducci, me refiero con “derechos fundamentales” todos esos derechos que son adscribibles universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de actuar y que son, por tanto, indisponibles e inalienables³. El fundamento de esta como de cualquier otra definición de la teoría –por ejemplo de “derecho subjetivo”, o de “persona”, o de “acto jurídico”, o de “sujeto de derecho”, o de “norma” o de “validez”– es evidentemente una estipulación,

³ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 5 ss.

como tal ni verdadera ni falsa sino sólo más o menos adecuada a la finalidad explicativa que, junto con las otras tesis de la teoría, ésta en capacidad de cumplir.

En un segundo significado, “fundamento de los derechos fundamentales” designa la *fuerza* o el *fundamento jurídico* positivo de las situaciones subjetivas que son precisamente los derechos fundamentales: en otras palabras el fundamento de la respuesta, de tipo tendencialmente descriptivo y cognoscitivo, a la pregunta “¿Cuáles son, en el ordenamiento italiano o argentino, los derechos fundamentales?”. El fundamento de estas respuestas, de competencia de la dogmática constitucional o internacional, es evidentemente el derecho positivo: por ejemplo, en el ordenamiento italiano, la Constitución, necesaria para garantizar los derechos de las violaciones del legislador, o la ley ordinaria, suficiente para garantizarlos por las violaciones de los jueces y de los administradores; en el ordenamiento internacional, en cambio, las diversas declaraciones y convenios internacionales sobre los derechos humanos. En resumen, el fundamento jurídico de los derechos fundamentales se identifica con el principio iuspositivista de legalidad.

En tercer lugar, con “fundamento de derechos fundamentales” –y es el sentido más difundido– puede entenderse la *justificación ético-política* o el *fundamento axiológico* de esos valores o principios de justicia que queremos afirmar y defender con su estipulación, precisamente, como derechos fundamentales: en otras palabras, el fundamento de la respuesta, dada por la filosofía política, a la pregunta “qué derechos deben ser (es decir, es justo o justificado que sean) garantizados como fundamentales”. Se trata, evidentemente, de una respuesta no ya de tipo asertivo sino de tipo normativo, que supone la opción, ni verdadera ni falsa, en favor de los criterios adecuados para identificarlos: en otras palabras de los valores –como los cuatro

por mí propuestos de la paz, la igualdad, la democracia y la protección del más débil –que gracias a su protección pueden estar satisfechos.

En cuarto lugar, por último, podemos entender con “fundamento” de los derechos fundamentales el *origen* o el *fundamento histórico-sociológico* de las conquistas de civilización jurídica que fueron consagradas, precisamente, como derechos fundamentales: en otras palabras, el fundamento de la respuesta a la pregunta de “¿Cuáles son y porque (por qué razones, mediante qué procesos y con qué grado de efectividad) los derechos fundamentales históricamente afirmados y de hecho satisfechos?”. Es esta, claramente, una exigencia de pertinencia de la sociología del derecho y por otro lado de la historiografía jurídica, que admite respuestas empíricas argumentables como verdaderas, con referencia no tanto a las normas como a un determinado ordenamiento confieren derechos fundamentales, sino a lo que ocurre o ha sucedido: a las luchas sociales y a los procesos políticos mediante los cuales estos derechos han sido antes confirmados y reivindicados y luego conquistados y consagrados en las leyes o en las constituciones; las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación; al capacidad de tutela efectiva que de hecho ha sido ofrecida a ellos por el funcionamiento concreto del ordenamiento objeto de investigación.

Pues bien, también a propósito de esta segunda cuestión metateórica, lo importante es distinguir entre estos distintos tipos de discursos, de fundamentos y de cuestiones. Gran parte de los problemas y los desacuerdos que se manifiestan en nuestras discusiones dependen de la confusión entre estos cuatro tipos de discursos y de criterios de juicio. A menudo se pretende dar una definición teórica, o peor se hace como definición teórica, una tesis axiológica alrededor de lo que consideramos justo

que son tutelados como derechos fundamentales. Otras veces se presenta como tesis axiológica, o peor como tesis empírico-sociológica, aquella que es simplemente el reconocimiento jurídico de esos derechos que como fundamentales están consagrados en el ordenamiento que nos ocupa: cayendo en el primer caso en la falacia naturalista de contrabandear como justo lo que es simplemente legal, y en el segundo en la falacia idealista de contrabandear lo que es sólo legal, es decir normativo, como efectivo.

Pero pienso –contrariamente, me parece, a Pablo Comanducci– que ninguna teoría del Derecho, ningún discurso de derecho positivo, ninguna filosofía de la justicia y ningún discurso sobre el origen y sobre el grado de efectividad de los derechos fundamentales sean, o deben, o incluso puedan ser, enteramente y exclusivamente un discurso teórico, o jurídico, o filosófico o histórico-sociológico. Estos distintos enfoques y los distintos tipos de tesis y discursos que ellos también ocasionan conviven inevitablemente, y diría también eficazmente, dentro de cualquier discurso sobre los derechos. Lo importante es que éstos sean presentados y reconocidos como enfoques y tesis de distinto tipo. Pero sería absurdo pretender que un discurso sobre los derechos fundamentales debe ser únicamente teórico, o técnico-jurídico, o axiológico o histórico-sociológico. Si tomamos cualquier libro sobre los derechos fundamentales –de Bobbio, de Peces Barba, de Alexy o de Häberle o de Denninger– encontraremos sin duda a) definiciones y tesis teóricas; b) tesis jurídicas referidas, además de los ejemplos, a determinados ordenamientos; c) tesis axiológicas o ético-políticas; d) tesis de carácter histórico y fenomenológico. Todo esto es inevitable e incluso conveniente: a condición, repito, que sea siempre claro el tipo de discurso y de tesis que de vez en cuando estames formulando.

El discurso que aquí desarrollaré sobre los derechos fundamentales y sobre sus garantías de efectividad será principalmente un discurso de tipo *histórico-fenomenológico*. Pero éste ha dejado atrás una *teoría del derecho* y, en particular, la definición teórica ya mencionada de “derechos fundamentales” como derechos universales e indisponibles. Inevitablemente, además, contendrá, si no otro en forma ejemplificativa y explicativa, tesis más propiamente *jurídicas* referidas al derecho italiano, al derecho de la Unión Europea y al derecho internacional, así como tesis de tipo ético-político sobre la intolerable injusticia representada por la ineffectividad y la ausencia de garantías de los derechos fundamentales en gran parte del planeta y sobre las razones morales o incluso solo, en los plazos largos, de simple conveniencia de una efectiva garantía, tanto a nivel estatal como internacional, como condición de la paz y de nuestra propia seguridad.

2. DOS CONQUISTAS DEL NOVECIENTOS

Con ello, arribo al tema de los fundamentos, en los cuatro sentidos descritos, de los derechos fundamentales, empezando por el fundamento histórico o fenomenológico.

Yo creo que el legado político más importante del siglo pasado ha sido la refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas, tanto estatales como internacionales, generada por las duras lecciones impartidas por las tragedias –los totalitarismos y las guerras mundiales– que marcaron la primera mitad. Esta refundación se ha expresado en dos grandes logros –ambas hoy en crisis, como mostraré más adelante– que han invertido, como otros tantos residuos de los horrores del pasado, la forma institucional de los Estados nacionales, las formas de las relaciones entre Estados. Ambas conquistas se realizan con una misma operación: la constitucionalización del principio de la

paz y de los derechos humanos, incluidos aquellos derechos a la supervivencia que son los derechos sociales, tales como límites y restricciones reglamentarias –una especie de solemne “nunca más” a los horrores de la guerra y de los fascismos– impuestas a la política, es decir, a los supremos poderes, tanto internos como internacionales.

Creo que estas dos conquistas –o mejor, tal vez deberíamos decir, estas dos promesas en gran parte no mantenidas– no han sido adecuadamente tematizadas por la cultura jurídica ni mucho menos por la política. Sin duda, la enunciación de los derechos humanos en las cartas constitucionales data de mucho antes que el segundo período de posguerra. Data de las primeras Constituciones y Declaraciones revolucionarias del ‘700 –la Declaración de los derechos de Virginia de 1776, la Constitución norteamericana de 1787, la Declaración francés de los derechos humanos y del ciudadano de 1789– y luego a las Constituciones y a los Estatutos del ‘800. No existía, por otra parte, antes de 1948, una Carta internacional de los derechos humanos. Y hay, por otra parte, una novedad en el constitucionalismo decimonónico del segundo período de posguerra, inaugurado por la constitución italiana de 1948 y por la Ley Fundamental alemana de 1949 y retomado por la constitución griega de 1975, por la portuguesa de 1976 y por la española de 1978, no en vano seguidas a la liberación de estos países por regímenes de tipo fascista: su rigidez, es decir, el carácter supraordenado de las leyes ordinarias, que es garantizar el papel de límites y restricciones a los supremos poderes políticos, tanto de gobierno como legislativos.

Se ha tratado de un cambio profundo de paradigma, tanto del derecho como del Estado. En el paradigma paleopositivista del Estado liberal la ley, cualquiera que fuese el contenido, era la fuente suprema e ilimitada del derecho, no subordinada, al menos formalmente, ni siquiera a las constituciones. No hablo

aquí de la Constitución norteamericana, que fue rígida desde el principio pero por razones y con efectos del todo distintos de la rigidez de las constituciones europeas. Como estableció en 1803 en *Marbury vs. Madison* el juez Marshall, la Constitución norteamericana no es derogable por el Congreso ni por los distintos Estados, porque tiene la forma de un tratado, modificable sólo por todos los Estados miembros. Pero ello implica, en relación a los jueces, el poder de abstenerse de aplicar las leyes consideradas inconstitucionales en cada caso sometido a su juicio, pero no cabe duda, atribuido por el contrario a las Cortes Constitucionales europeas, de decidir la definitiva anulación.

En Europa, en cambio, de rigidez constitucional no puede hablarse hasta el breve experimento austriaco de 1920, promovido por Kelsen, y luego en la Constitución italiana de 1948. Las Cartas constitucionales eran ciertamente documentos solemnes, políticamente fundantes de la convivencia civil. Pero no eran capaces de limitar jurídicamente el poder legislativo. Al principio, incluso, la Declaración francesa del 1789 no fue siquiera, para algunos, considerada como una ley positiva⁴, sino sólo un documento político. Y también después fue reconocida la naturaleza de las leyes, las constituciones fueron siempre consideradas precisamente leyes, sujetas, como todas las otras, a los principios de la sucesión de las leyes en el tiempo. Baste recordar el Estatuto albertino del Reino Italia, que fue considerado por todos una simple ley ordinaria, aunque sea

⁴ Recordemos el juicio incisivo hecho por Jeremy Bentham en el panfleto titulado *Anarchical Fallacies* de 1796 (ed. fr. del 1816, edición de É. Dumont, *Sophismes anarchiques*, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1840, vol. I, pp. 505-526), en el cual Bentham califica la Declaración, con sus principios y sus derechos, como una especie de tratadito de derecho natural expuesto en artículos, sin darse cuenta de que, una vez estipulados, esos principios habían cambiado de naturaleza convirtiéndose en normas obligatorias de derecho positivo.

particularmente solemne, y como tal pudo ser atropellada, sin un formal golpe de estado, por las leyes fascistas de Mussolini de 1925.

Ya que no existían hasta hace 50 años, en el imaginario y en el sentido común, la idea de una ley sobre las leyes, de un derecho sobre el derecho. Y era inconcebible que una ley pudiera vincular la ley, siendo la ley –este era el paradigma iuspositivista de la modernidad jurídica– la única fuente, por eso omnipotente, del derecho: ya sea que fuese concebida como el producto de la voluntad del soberano, o ya sea que fuera entendida como expresión de la mayoría parlamentaria. De modo que el legislador, en el mejor de los casos el Parlamento, era a su vez concebido como omnipotente. Y omnipotente era en consecuencia la política, de que el derecho es el producto y también el instrumento. Con el resultado, también, de una concepción formal y procesal de la democracia, identificada únicamente con el poder del pueblo, es decir, con los procedimientos y mecanismos representativos encaminados a garantizar el poder de la mayoría. Por no hablar del derecho internacional, junta a la catástrofe de guerras mundiales debido también a la absoluta falta de límites y de restricciones constitucionales a la soberanía externa de los Estados.

Todo esto cambia radicalmente en esa extraordinaria temporada constituyente que fue el quinquenio 1945-1949, que vio la elaboración de la Carta las Naciones Unidas en 1945, de la Constitución japonesa del 1946, de la Constitución italiana del 1948, de la Declaración Universal de los derechos humanos en el mismo año, de la Ley Fundamental alemana en 1949. Es gracias a estas Cartas que se realizan los dos grandes logros y las dos grandes revoluciones institucionales que he mencionado al principio; las cuales cambian la naturaleza y la estructura del derecho y de las instituciones políticas disolviendo la soberanía

interna, mediante los límites y las restricciones constitucionales impuestas al poder legislativo, la otra la soberanía externa mediante la prohibición de la Guerra y la adjudicación de los derechos fundamentales a cada ser humano.

3. LA RIGIDEZ DE LAS CONSTITUCIONES DE LA SEGUNDA POSTGUERRA

Hablaré primero, brevemente, de la primera de estas dos grandes conquistas: la forma constitucional conferida, por la rigidez de las constituciones, a la democracia. Gracias a ella la democracia no consiste más, simplemente, en el poder ilimitado del pueblo, y por eso la mayoría, capaz de degenerar como mostró la llegada del fascismo y luego del nazismo, en formas totalitarias. Ella es más bien el poder del pueblo dentro de los límites y con las restricciones impuestas por las constituciones, y por ello sujeción al derecho, y concretamente a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, de todos los poderes públicos incluido el de la mayoría. El poder político, legislativo y de gobierno, resulta tan regulado no solo en las *formas* de producción, representativas precisamente de la mayoría, con la que deben ser producidas las decisiones, sino también en los *contenidos* de las decisiones mismas, vinculados a los principios de justicia – igualdad, paz y derechos fundamentales – inscritos en las constituciones. Fue este pacto social celebrado en todas las constituciones del segundo período de posguerra, que han sostenido a los países europeos en la segunda mitad del siglo pasado, justificando las políticas de *bienestar* y orientando el desarrollo económico y social.

Para comprender este cambio de paradigma de la democracia debemos comprender, en toda su amplitud, la transformación de la legalidad producida por la rigidez de las constituciones, es decir, el reconocimiento de la constitución como norma

suprema, a la cual todas las otras están estrictamente subordinadas. Gracias a esta rigidez, la legalidad cambia de naturaleza: no es solo condicionante y disciplinante, sino está ella misma condicionada y disciplinada por limitaciones jurídicas no sólo formales, sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador sino es también diseño constitucional del derecho de producir y por lo tanto límite y restricción, como *derecho sobre el derecho*, al legislador mismo. De modo que el derecho positivo resulta positivizado, por ese pacto social que es la Constitución, no sólo el “*ser*”, es decir, la “existencia”, sino también el “*deber ser*”, es decir, las condiciones de “validez”; no sólo el “*quien*” y el “*cómo*” de las decisiones, sino también el “*qué cosa*” no debe ser decidido, es decir, la vulneración de los derechos de libertad, o por el contrario debe ser decidido, es decir, la satisfacción de los derechos sociales.

Se trata de un cambio revolucionario de paradigma del derecho y, por tanto, de la jurisdicción y de la ciencia jurídica; de un cambio, yo creo, del que todavía no hemos medido el alcance. Cambian en primer lugar las condiciones de validez de las leyes, que dependen del respeto no sólo de las normas procesales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, por su coherencia con los principios de justicia establecidos por la Constitución. Cambia en segundo lugar, la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley: que no es más, como en el viejo paradigma iuspositivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que sea el significado, sino es sujeción en primer lugar a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas mediante su reinterpretación en sentido constitucional o su denuncia de inconstitucionalidad. Cambia en tercer lugar, el papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no sólo descriptiva, como en el viejo paradigma formal iuspositivista, sino crítico y conceptual respecto de su objeto. Precisamente, el cambio de paradigma

en la estructura del derecho confiere a la dogmática la tarea de comprobar y criticar las antinomias y las lagunas presentes en la legislación ordinaria con respecto a los imperativos constitucionales, y a la teoría la tarea de plantear la virtual divergencia progresiva entre deber ser y ser del derecho, es decir, entre validez y vigor, y de identificar y quizás diseñar las técnicas de garantía aptas para superarla.

Se entiende el cambio estructural que, de rebote, se produce en las formas de la democracia. La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales –imponiendo obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos– ha injertado en la democracia una “dimensión sustancial”, en adición a la tradicional “dimensión política”, meramente “formal” o “procedimental”. En efecto, si las normas formales de la Constitución –las que rigen la organización de los poderes públicos y que son dictadas por ejemplo por la segunda parte de nuestra Constitución - garantizan la dimensión formal de la “democracia política” que abarca el *quién* y el *cómo* de las decisiones, sus normas sustanciales –las que establecen los principios y los derechos fundamentales y que están generalmente contenidas en la primera parte de las constituciones –garantizan lo que bien podemos llamar la dimensión material de la “*democracia sustancial*”, puesto que conciernen *qué cosa* no puede ser decidido o debe ser decidido por cualquier mayoría, restringiendo la legislación, a pesar de la invalidez, el respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológico por ellos establecidos.

El resultado es un cambio en la relación entre la política y el derecho. Ya que no es más el derecho a ser subordinado a la política como su instrumento, sino es la política que pasa a ser instrumento de aplicación del derecho, sometida a los condicionantes a ella impuestas por los principios constitucionales: limitaciones negativas, tales como los generados por los *derechos de libertad* que no pueden ser violados; limitaciones

positivas, tales como los generados por los *derechos sociales* que deben ser satisfechos. Política y Mercado se configuran de tal forma como la *esfera de lo decidible*, estrictamente delimitada por los derechos fundamentales: los que, precisamente por estar garantizados a todos y sustraídos a la disponibilidad tanto del mercado como de la política, determinarán la *esfera de lo que no debe ser o debe ser decidido*, no pudiendo ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, legítimamente decidir violarlos o de no cumplirlos. Son estos límites y restricciones que definen los espacios legítimos de la política y la economía, en oposición a los espacios ilegítimos representados por el conjunto de actos ilícitos y de actos inválidos.

Las constituciones consisten precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales, sobre lo que para los poderes públicos es indecidible, es decir, ha prohibido decidir o no decidir. Bajo este aspecto ellas no representan sólo la culminación del estado de derecho mediante la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, incluido el legislativo. Ellas son también un programa político para el futuro: la imposición a todos los poderes de imperativos negativos y positivos, como sus fuentes no sólo de legitimación, sino también de deslegitimación. Constituyen, por así decirlo, unas utopías de Derecho positivo, que aunque nunca realizables perfectamente establecerán sin embargo, en cuanto Derecho sobre el derecho, el proyecto de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales.

4. EL ORDEN INTERNACIONAL INSTITUIDO POR LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

La segunda conquista jurídica del siglo pasado fue el cambio de paradigma en las relaciones internacionales. Con la creación de las Naciones Unidas el derecho internacional se ha

transformado en sistema de relaciones contractuales entre los Estados ilimitadamente soberanos, basado en las relaciones de fuerza y por ello destinado, como mostró la catástrofe de dos conflictos mundiales, a degenerar en la guerra, en un ordenamiento jurídico supra-estatal, fundado sobre la prohibición de guerra y sobre los derechos fundamentales de todos los seres humanos establecidos como límites y restricciones a los poderes de los Estados. También este cambio se ha expresado en la adjudicación de un pacto constitucional de convivencia: la Carta de las Naciones Unidas de 1945, y luego la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 y los dos Pactos internacionales sobre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966, que forman, en su conjunto, una especie de constitución embrionaria del mundo. Gracias a él, la soberanía, venida a menos en su dimensión interna gracias a las formas del estado de derecho, se viene a menos, como *potestas legibus soluta*, también en su dimensión externa, habiéndose todos los Estados sometidos, también en sus relaciones internacionales, a los imperativos de la paz y la garantía de los derechos humanos de todos.

Por desgracia, esta conquista permaneció en gran parte sobre el tapete: en el Estado, precisamente, como simple promesa. Pero esto no quita que siga siendo la única alternativa racional a la guerra, endémica y global, y a un futuro de violencia y de terror. Yo diría que el constitucionalismo internacional encarnado por la carta de las Naciones Unidas expresa en forma más explícita el paradigma hobbesiano de la *artificial reason*⁵ que es el derecho, cuya justificación racional reside precisamente en su

⁵ Desde la primera página del *Leviatán*, el Estado es llamado por Hobbes “an artificial man” y el derecho (“equity and laws”) “an artificial reason” (T. Hobbes, *Leviatano*, con texto inglés de 1651 frente al texto latino de 1668, edición de R. Santi, Bompiani, Milano, 2001, The Introduction, p. 1).

función de garantía de paz y por ello de la vida. Todas las cartas constitucionales, se ha dicho, son contratos sociales en forma escrita, pactos de convivencia alrededor de lo que no puede ser decidido y a lo que debe ser decidido en garantía de los derechos de todos y de la paz: derechos y paz, que equivalen a la razón social, y por ello al fundamento filosófico de instituciones jurídicas y políticas. Pero más que nunca es un contrato social destinado a la convivencia pacífica la Carta de Naciones Unidas: tanto porque también formalmente es un tratado, es decir, un contrato verdadero; tanto en su preámbulo, como luego en la Declaración de 1948, la paz y los derechos son indicados como los efectos, entre ellos explícitamente conexos, de la organización supranacional por ella creada. En definitiva, no sólo la paz es el primer fundamento de los derechos humanos, sino también es verdad lo contrario, existiendo una correlación biunívoca entre el grado de paz, ya sea social como internacional, y el grado de garantías en respaldo de estos derechos.

Hay un segundo fundamento axiológico o filosófico de los derechos humanos puesto en evidencia por los convenios internacionales de los derechos: su rol de leyes del más débil, contra la ley del más fuerte que es propia del estado de naturaleza, es decir, carecer de derecho y de derechos. También aquí el nexo entre forma universal de los derechos fundamentales y protección del más débil es el de medios a fines precisamente de la relación de racionalidad instrumental. La forma, junto al rango constitucional de las normas que la expresan, se configura como la técnica apropiada para la protección de los más débiles, en cuanto garantiza la indisponibilidad y la inviolabilidad de las expectativas vitales establecidas como derechos fundamentales poniéndolas al abrigo de las relaciones de fuerza propios del mercado y de la política. En otras palabras: *si queremos* que los más débiles física, o políticamente, o socialmente o

económicamente estén protegidos por las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer la vida, la libertad y la supervivencia tanto a la disponibilidad privada como a los poderes públicos, expresándolos como derechos en forma rígida y universal.

Yo creo que estos dos criterios axiológicos de identificación de los derechos fundamentales en las expectativas vitales que, gracias a su carácter universal, garantizan la paz y la protección de los más débiles, permiten resolver las dos aporías lamentadas en la doctrina de derechos humanos por las doctrinas sociológicas y tendencialmente comunitarias de la ciudadanía y, por otro lado, por las teorías antropológicas del multiculturalismo y del relativismo cultural: la idea de que la legitimidad de los derechos fundamentales supondría un cierto grado de consenso social, que solo puede resultar en el sentido de pertenencia expresado por la ciudadanía en nuestros ordenamientos occidentales y no en culturas distintas a la nuestra; y la idea de que, por otra parte, el paradigma universalista de los derechos fundamentales, producto sin duda de la cultura occidental, estaría viciado por la paradoja de su contradicción del respeto debido a pueblos y a sujetos de diferente cultura a quienes nosotros pretendemos imponerles.

En la base de la primera de estas dos críticas hay una concepción organicista de las constituciones de signo, en mi opinión, anti-ilustradas e intolerantes. Las constituciones, según esta concepción desarrollada en el derecho público alemán de fin del Ochocientos y ampliamente dominante también en la cultura jurídica italiana, serían –o deberían ser– la expresión, como escribió Carl Schmitt, la “unidad de un pueblo”⁶, es decir, de una

⁶ C. Schmitt, *Verfassungslehre* [1928], tr. it. de A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, § 1, p. 15. Y además: “el acto de la legislación constitucional en cuanto tal no contiene detalladas normas, sino que define con una sola decisión el complejo de la unidad política

cultura, de una voluntad y de una identidad colectiva representada precisamente por la existencia de un “demos”. Su fuente de legitimidad sería por tanto el consenso popular, que corresponderían a su vez a un cierto grado de homogeneidad social y cultural de los socios. Yo creo que esta concepción debe ser invertida. Las constituciones no tienen la finalidad de expresar una voluntad común o identidad popular, sino de garantizar los derechos vitales de cada uno y de todos, y por eso la convivencia pacífica, también contra la voluntad y los intereses de la mayoría. Ellas son pactos de convivencia en sentido literal del término, es decir pactos de no agresión, tanto más justificados y por el contrario necesarios cuanto más heterogéneas y potencialmente enemigas, en el plano cultural o político o religioso, son las subjetividades que deben garantizar la convivencia. El consenso, en consecuencia, si en alguna medida es una condición de su efectividad, no representa ninguna fuente de legitimidad, que reside en cambio en los valores de la paz y la igualdad que ellas, precisamente gracias a la universalidad de los derechos fundamentales, son capaces de garantizar.

Igualmente infundada, en mi opinión, es la crítica procedente del multiculturalismo. El equívoco que está en la base es que la universalidad de los cuales los derechos fundamentales sacan su justificación consistiría en su pretendida compartición universal, presente solamente en los países occidentales en los cuales fueron elaborados. En primer lugar no es en absoluto cierto que, en nuestros países, valores como la paz y gran parte de los derechos fundamentales disfruten hoy de un consenso mayoritario, ni mucho menos que este consenso haya existido

respecto a su forma especial de existencia. Este acto *constituye* la forma y la especie de la unidad política, cuya existencia es presupuesta” (ivi, § 3, p. 39). Cfr., también, ivi, § 18, pp. 313 ss. Para una crítica más analítica de estas tesis, cfr., mi artículo *Diritti fondamentali*, cit., pp. 155-156, 316-317 e 338-345.

en el pasado. En segundo lugar, y sobre todo, la universalidad de derechos fundamentales se refiere no ya a un improbable consenso de todos en su contra, sino de su titularidad, es decir, al hecho de que ellos corresponden a todos sean cualesquiera que sean las opiniones o las culturas de cada uno. En este sentido los derechos fundamentales tienen un fundamento democrático: en el sentido que se refieren al “pueblo” en la totalidad de sus componentes y expresan por eso, un fragmento de soberanía. Y en este sentido es democrática una constitución: porque sus contenidos, es decir, los derechos establecidos en la misma, garantizan todos, y no solo por la forma de su producción, es decir porque ella sea querida por todos.

5. LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Hoy, estas dos conquistas del siglo pasado –la democracia constitucional y el proyecto de un constitucionalismo mundial, este último mantuvo siempre sobre el tapete la absoluta falta de garantías– están ambas en crisis, junto con las perspectivas de innovación y de progreso por ellas prefiguradas. La crisis se manifiesta, esencialmente, en la obsolescencia de sus elementos comunes: la sujeción del poder al derecho, según el modelo del “Estado de derecho”; su tendencia o peor su abierta aspiración a acumularse y a relegitimarse en formas absolutas; la agresión en muchos países, entre los que sin duda están Italia y Argentina, el Estado social y, más en general, la “esfera pública”, entendiéndose con esta expresión la esfera de los intereses generales, empezando por los intereses de todos que son la paz y los derechos fundamentales⁷. Pero la crisis señalada también es una

⁷ Recordemos la clásica definición de Ulpiano: “Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem” (D 1.1.1.2).

obsolescencia de la política. Porque el principio de la paz y los derechos fundamentales estipulados en esos pactos sociales que son las constituciones rígidas y las convenciones internacionales del siglo XX son no sólo límites y restricciones jurídicas, sino también programas políticos: negaciones del totalitarismo como de la guerra, que a su vez habían sido las negaciones, mediante la estipulación de un proyecto normativo destinado a satisfacer las necesidades vitales de todos y por eso impuesta a la política como fuente de su legitimidad democrática. Y aparecen menos, también sin golpes de Estado o formales cambios de régimen, cuando se eclipsen las políticas institucionales y antes aún en el sentido común.

Los factores de crisis del paradigma de la democracia constitucional dentro de los Estados nacionales son múltiples. Son ante todo factores objetivos. El primero de ellos es la expatriación de cuotas crecientes de poderes y de funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales. En la edad de la globalización, el futuro de cada país, sobre todo de los países más pobres, depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, adoptadas en sedes políticas supranacionales o por los poderes económicos globales, sustraídos tanto a los imperativos de la representación política como a los límites y a sus propios controles del Estado de derecho. El caso de la Argentina está bajo este aspecto ejemplar. Está, en suma, el vínculo entre la democracia y el pueblo y entre el Estado de derecho/Estado, tradicionalmente mediadas por el principio de legalidad, es decir, por la primacía de la ley, expresión de la voluntad popular y de la política que ella expresa.

El segundo factor de crisis está representado por la crisis de la legalidad. En primer lugar la legalidad ordinaria, por efecto de la inflación legislativa que ha provocado, en todos los países

avanzados, un colapso del principio de legalidad. En Italia las leyes se cuentan ya en decenas de miles, tanto que en materia penal la Corte constitucional ha sido obligada, en 1988, a una auténtica declaración de quiebra que fue la archivación del clásico principio según el cual la ignorancia de la ley penal no excusa: las leyes, en efecto, son ya tantas y tan confusas y complejas que es muy posible que su ignorancia sea no solo excusable sino incluso inevitable. Se entiende como una similar disfunción de la legalidad, terminada para ampliar enormemente los espacios de discrecionalidad judicial y equivalga, de hecho, a una regresión al derecho jurisprudencial premoderno. Pero la crisis ha invertido también la legalidad constitucional: piénsese solo en el debilitamiento, por efecto del eclipse de la vieja soberanía estatal y de la crisis de la unidad de los ordenamientos y del sistema tradicional de las fuentes de derecho, del rol garantista de las constituciones nacionales.

Hay otras razones de la crisis, de carácter subjetivo y más propiamente político: la vocación creciente de no –legalidad de todos los poderes, privados y públicos, alentada por el triunfo de las ideologías liberales en el terreno económico y plebiscitario y populista en lo político, las unas y las otras contrarias a los límites y limitaciones garantistas propios del constitucionalismo democrático. Esta no –legalidad profesada, además que practicada, tiene en Italia y en Argentina sus manifestaciones quizá más notables. Eso invierte tanto la legalidad constitucional como la legalidad ordinaria. En Italia, por más de una década la Constitución republicana ha sido sometida a ataques permanentes y a reiteradas violaciones que han minado el rol garantista de límite, cada vez más advertido y descalificado, de los poderes políticos como de los económicos, como indebida obstaculización a la soberanía popular y al libre mercado. Al mismo tiempo ha surgido, como en el resto de la mayor parte de

los países avanzados, una corrupción estructural de los poderes públicos como de los económicos, que en Italia ha provocado primero la crisis del viejo sistema basado en su oculta confabulación, y luego su refundación y su revancha basada en su abierta confusión y concentración en un mismo sujeto.

De ello resulta una mutación de sistemas políticos del todo coherente con el nuevo credo ideológico hoy dominante: la concepción de la libertad y la democracia –en una palabra, de la “liberal-democracia” –como ausencia de reglas y de controles, de límites y restricciones, por un lado hacia la autonomía privada, y por tanto a los poderes económicos del mercado, por otro lado las decisiones de la mayoría y por tanto a los poderes políticos del gobierno. En resumen, un neo absolutismo de ambos poderes, en contraste con los principios del Estado constitucional de derecho que no admiten poderes absolutos, es decir, no sujetos a la ley y por lo tanto a los controles jurisdiccionales. En Italia, luego, se ha producido en una misma persona la más alta concentración de poderes económicos, en el ámbito de la información, y del máximo poder político. Que es de nuevo un fenómeno de regresión: precisamente a la confusión premoderna entre política y economía, entre lo público y lo privado, entre mercado y Estado: es decir, entre dos esferas cuya separación marcó el traspaso de los antiguos estados patrimoniales al Estado de derecho y representa el requisito elemental y fundacional de la civilización jurídica moderna.

Es esta concentración y junto a esta concepción neoabsolutista de poderes que está minando la raíz de la democracia constitucional. El principal vehículo de esta mutación es la impaciencia por las reglas y por los controles y la abierta descalificación de la legalidad, no mediante el ocultamiento sino incluso la reivindicación y presentación de la práctica ilegalidad. Hay un elemento que une, aunque en su total heterogeneidad, todas estas

rupturas de la legalidad: por las terribles leyes anti-terroristas sobre los tribunales especiales militares y sobre la supresión del *habeas corpus* aprobadas recientemente en Estados Unidos y en Inglaterra, hasta las grotescas leyes *ad personam* promulgadas en Italia y las agresiones con que el Parlamento y el Gobierno han asediado el Tribunal de Milán, las unas y otras dirigidas a bloquear la celebración del proceso por corrupción contra nuestro Presidente del Consejo. Este elemento común es la ostentación imprudente, sin ningún sentido del límite, del desprecio por el derecho, vuelto evidentemente a afirmar la superioridad al derecho de los supremos poderes y por ello a refundar la legitimación del consenso popular, a su vez basado sobre el exhibicionismo de la fuerza. En Italia, además, se añade la descalificación de la política, que después de haber favorecido el auge al gobierno del partido-hacienda de Silvio Berlusconi hoy corre el riesgo de secundar una nueva deformación del sistema político basado en la primacía de la economía sobre la política y de los grandes intereses económicos sobre los intereses públicos.

6. LA CRISIS DE LA LEGALIDAD INTERNACIONAL. LA GLOBALIZACIÓN COMO VACÍO DE DERECHO PÚBLICO INTERNACIONAL

Más grave aún es la crisis en reconocer la legalidad internacional, y concretamente de la segunda gran conquista del siglo XX; que fue el pacto de convivencia pacífica celebrado con la creación de las Naciones Unidas y basado en la prohibición de guerra y sobre la protección de los derechos humanos. Más que de una conquista, se ha dicho al principio, se trata más bien de una promesa incumplida, dado que a ella no ha seguido la introducción de garantías adecuadas: ni de las que he llamado “garantías primarias”, es decir, de prohibiciones de lesión y de

obligaciones de prestaciones a adecuados organismos internacionales; ni de las que he llamado “garantías secundarias”, es decir, de un sistema adecuado de instituciones judiciales en capacidad de sancionar las violaciones o los incumplimientos de derechos y de las garantías primarias. Sin duda, debemos reconocer el enorme valor del logro, precisamente en estos días, de las sesenta ratificaciones previstas para la entrada en función, que se prevé para el próximo 1 de julio, de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad. Pero en el estado actual del ordenamiento internacional, con todas sus cartas y convenios sobre los derechos humanos, es comparable a la que sería un ordenamiento estatal si estuviese compuesto solo por la constitución y de alguna débil institución dotada de escasísimos poderes.

Y, sin embargo, en estos últimos diez años debemos registrar un colapso de esta débil legalidad internacional. Fue en primer lugar retomada y puesta en práctica la doctrina de la “guerra justa”. Para bien, tres veces en el curso de una década se ha roto la prohibición de la guerra, que del orden internacional establecido por la Carta las Naciones Unidas es la norma fundamental: primero, en 1991, con la participación y junto al vuelco del papel de paz de la ONU, llamada a avalar la guerra del Golfo en contraste con su estatuto; luego, en la guerra de Kosovo, con el uso de la OTAN y la ampliación indefinida de sus poderes de intervención; por último, en la guerra en Afganistán, con la asunción directa por parte de los Estados Unidos de funciones de policía internacional. Por no hablar del colapso del derecho y de la razón en Palestina. Ariel Sharon ha rápidamente replicado el modelo Bush de guerra en Afganistán, así como Putin respondió en Chechenia el modelo Clinton de la guerra en Kosovo. La guerra, con su carga de miles de víctimas inocentes, ha sido así rehabilitada como instrumento de solución de controversias

internacionales o peor ha sido propuesta, como en Afganistán y en Palestina, como nueva forma de intervención policial y de sumaria “justicia” penal.

En segundo lugar, precisamente la crisis del estado nacional ha vuelto aún más dramática la ausencia de una esfera pública internacional a la altura de nuevos poderes extra- y supra-estatales. El principal resultado de esta crisis en el plano internacional ha sido en efecto un *vacío de derecho público*, es decir, la falta de normas, de límites y de controles respecto de los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que han despojado los viejos poderes estatales. Pienso que la misma globalización de la economía puede ser identificada, en el plano jurídico, con este vacío de un derecho internacional público adecuado para regular los grandes poderes económicos transnacionales: no un vacío de derecho, que nunca más puede ejercerse, sino un vacío de derecho público reutilizado inevitablemente por un pleno derecho privado, es decir, un derecho de producción contractual que sustituye las formas tradicionales de la ley⁸ y que refleja, normalmente, la ley del más fuerte. Ello es consecuencia de una general anomia y de una regresión neoabsolutista de las grandes potencias como

⁸ Como lo ha mostrado Rosaria Ferrarese, en ausencia de instituciones que estén a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización está cada vez más modelándose, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato (M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000). Sobre el derecho en la edad de la globalización, cfr., también S. Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, en “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2000, n. 4, pp. 765-777; U. Allegretti, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, en “Democrazia e diritto”, 1995, 3-4, pp. 47 y ss; Id., *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (edición de), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 53 y ss.; *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Edizioni, Troina, 2002.

de los grandes poderes económicos transnacionales: que es un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la falta de normas abiertamente asumida, en el actual capitalismo globalizado, como una especie de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico y político internacional.

Yo creo que este vacío de derecho público no es sostenible, en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente, sin ir al encuentro de un futuro de guerras, de violencia y de terrorismos que pondría en peligro la supervivencia de nuestras propias democracias. En efecto, debemos preguntarnos si son realistas las aspiraciones a la paz y la seguridad en un mundo en el que ochocientos millones de personas, es decir, un sexto de la población, posee los cinco sextos de la renta mundial; en los que menos de 300 multimillonarios son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, de 3 mil millones de personas; y en la cual el abismo de riqueza entre países pobres y países ricos, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, se ha convertido de 1 a 72 en 1992⁹.

El efecto más llamativo de la globalización, en ausencia de una esfera pública mundial, es en efecto un crecimiento exponencial de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que da por sentada la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene precedentes en la historia. La humanidad es hoy, en su conjunto, incomparablemente más rica que en el pasado. Pero es también, si se tiene consideración a masas exterminadas y crecientes de seres

⁹ UNDP. *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione*, Rosenberg y Sellier, Torino, 1999, p. 55. La brecha de ingresos entre el quinto de la población mundial que vive en los países más ricos y el quinto que vive en los países más pobres era de 30 a 1 en 1960, de 60 a 1 en 1990 y de 74 a 1 en 1997 (ibi, p. 19).

humanos, incomparablemente más pobres. Los hombres son sin duda, en el plano jurídico, incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de los derechos. Pero son también, de hecho, incomparablemente más desiguales en concreto. La “edad de los derechos”, para utilizar una expresión de Norberto Bobbio, es también la edad de sus masivas violaciones y de la más profunda e intolerable desigualdad.

Según el informe anual sobre el desarrollo humano y sobre la globalización, aunque ha aumentado enormemente la producción *per cápita* de comida, alrededor de mil millones de personas no tiene acceso al agua y alimentación, lo que provoca 15 millones de muertes al año. Además, se ha calculado que no obstante el aumento global de la atención sanitaria, de la tasa de educación y de la esperanza de vida y la fuerte reducción global de combustibles contaminantes, se ha duplicado el número de enfermos de sida, 850 millones de personas son analfabetas, aproximadamente 3 millones mueren cada año a causa de la contaminación atmosférica y más de 5 millones a causa de la contaminación del agua. Por último – y es el dato más aterrador, 17 millones de personas mueren cada año, víctimas de enfermedades infecciosas y aún antes del mercado, por no poder pagar los costosos medicamentos “esenciales” patentados o, peor aún, porque los medicamentos que podrían ayudarles no son más productos dado que abarcan enfermedades en gran parte erradicadas y desaparecidas en los países occidentales¹⁰.

¹⁰ Cfr. G. Tognoni *I farmaci essenziali come indicatori di diritto*, en “Giornale italiano di farmacia clinica”, 12, 2, aprile-giugno 1998, pp. 116-122, que recuerda que en 1977 la Organización Mundial de la salud compiló una lista de “medicamentos esenciales”, objeto en cuanto tales de distribución obligatoria, de los cuales propuso la siguiente definición: “Se definen “medicamentos esenciales” los que satisfacen las necesidades sanitarias de la mayor parte la población y que deben estar disponibles en cada

Es claro que poner fin a esta gigantesca omisión de socorro no es sólo un deber impuesto por el derecho a la salud consagrado en los pactos internacionales de 1966, sino también una condición indispensable para garantizar la seguridad y la paz. La matanza del 11 de septiembre debería sonar como una llamada de atención. Aunque no hay ningún vínculo entre el terrorismo fanático que lo diseñada y los terribles problemas planetarios del hambre y la miseria, es precisamente el cortocircuito entre terrorismo y consenso de los desheredados del planeta lo que debemos temer. Como ya he recordado, es el mismo preámbulo a la Declaración Universal de los derechos que advierte, de forma realista, que hay un nexo interactivo entre paz y derechos, entre violación de los derechos humanos y la violencia.

7. UNA ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL

Es en definitiva la ausencia de una esfera pública internacional, a la altura de la globalización y de los nuevos poderes transnacionales, la gran laguna dramática revelada por las tragedias de estos años: las guerras, los muchos crímenes contra la humanidad, el crecimiento de las desigualdades, los estragos ambientales. Sin duda, esta esfera pública internacional no podrá ser aportada por el mercado. Sobre esto, no podemos hacernos ninguna ilusión. Podemos estigmatizar como inmorales y quizás como criminales las opciones, por ejemplo, las empresas farmacéuticas que no permiten a millones de enfermos el acceso a los medicamentos esenciales o las agresiones a la ecósfera de las actividades industriales contaminantes. Pero es absurdo pretender que sean las empresas las que se hagan

momento en cantidad suficiente y en la forma farmacéutica adecuada”. La lista contemplaba inicialmente poco más de doscientos medicamentos. En 1997 contenía poco menos de trescientos, casi todos no costosos.

cargo espontáneamente de la protección del medio ambiente o de los derechos de todos a la salud. También el querer admitir que los efectos de la esfera pública – de la paz a la seguridad y la protección de bienes y derechos fundamentales– son en interés vital de todos, y por eso, también del mundo de los negocios, es claro que ellos no pueden, por su naturaleza, ser alcanzados con medios privados, sino sólo con medios públicos.

Por otra parte, lo que se requiere para la protección de la paz y de los derechos humanos no es tanto el fortalecimiento y la democratización, en las formas improbables de una representatividad política planetaria, de las funciones y de las instituciones de gobierno las Naciones Unidas, sino la introducción de garantías adecuadas y de sus respectivas instituciones de garantías: en primer lugar las de la paz impuestas por la prohibición de la guerra; en segundo lugar las de los derechos humanos, en sustitución y si es necesario también contra los Estados.

La principal garantía de la paz, además de la seguridad interna respecto del terrorismo y la delincuencia, sería, evidentemente, la afirmación del monopolio jurídico de la fuerza de instituciones de la policía internacional: en otras palabras, el desarme generalizado y la prohibición de las armas –de su producción, de su comercio y de su posesión –como *bienes ilícitos*, bastante más que los estupefacientes, porque están destinadas a matar. Entretanto, sin embargo, a los efectos de la protección de la paz y la seguridad internacional, bastaría la creación, por fin, de una fuerza de policía internacional previsto por el capítulo VII de la Carta de la ONU: la que, si hubiese sido creada después de la caída del muro de Berlín recurriendo a la cooperación de las distintas policías nacionales, habría intervenido en todas las crisis de los años pasados con mucho mayor fuerza y credibilidad y sin las inútiles devastaciones provocadas por las guerras de países occidentales.

La protección de los derechos humanos requeriría el refuerzo o la creación de adecuadas *instituciones internacionales de garantía*: el fortalecimiento de viejas instituciones como la FAO y la Organización Mundial de la salud, actualmente carentes de medios y sobre todo de poderes reales de concesión y de redistribución; la creación, por otra parte, además de la fuerza de policía en la protección de la paz y de la seguridad de la que apenas me he referido, de idóneas instituciones representantes de la protección del medio ambiente, de la garantía de la educación, de vivienda y de otros derechos vitales actualmente insatisfechos. Pero está claro que el requisito esencial de una esfera pública internacional es la creación de un *fisco mundial*, es decir, de un poder supranacional impositivo destinado a encontrar los recursos necesarios para financiar las funciones redistributivas de las instituciones de garantía: la introducción, por tanto, de la llamada “Tobin tax” sobre las transacciones internacionales propuesta por los movimientos “no- global”, sino también, sobre la base de principios elementales del derecho privado, de aún más justificadas imposiciones sobre el uso y sobre el abuso, por parte de las empresas de los países ricos, los llamados *bienes comunes* de la humanidad –desde las órbitas satelitales a las bandas de aire y a los recursos mineros de los fondos oceánicos – actualmente explotados a título gratuito como si fueran *res nullius* antes que, según lo establecido por las convenciones internacionales sobre el mar y sobre los espacios extra-atmosféricos, “patrimonio común de la humanidad”¹¹.

¹¹ L’art. 1 del *Trattato sugli spazi extra-atmosferici* del 27 Enero 1967 califica dichos espacios como “patrimonio de la humanidad entera”, imponiendo la “utilización para el bien y en interés de todos los países, sea cual sea el estadio de su desarrollo económico o científico”. Asimismo, los arts. 136-140 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar del 10 de diciembre 1982 afirman que “la zona (de alta mar) y sus recursos son Patrimonio común de la humanidad”, que “las actividades en la zona son llevadas a cabo en beneficio de toda la humanidad, teniendo

Yo creo que la perspectiva de una similar ampliación de las relaciones internacionales del paradigma del Estado constitucional de Derecho –en resumen la construcción de una esfera pública mundial – es hoy el principal desafío lanzado por la crisis del Estado a la razón jurídica y a la razón política. Esta perspectiva, en efecto, no sólo implicada y por ello normativamente impuesta, si tomamos el derecho en serio, por el diseño normativo de la Carta de las Naciones Unidas y de las Declaraciones y convenios sobre los derechos humanos, sino representa la única alternativa racional a un futuro de guerras, de violencia y de fundamentalismos. En cuanto a esta anarquía internacional actual equivale de hecho la primacía de la ley del más fuerte, ésta no beneficia: ni siquiera al más fuerte, resolviéndose en una general inseguridad y precariedad: porque siempre el más débil, como escribió Thomas Hobbes, “tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte o con una maquinación secreta o aliarse con otros”¹².

Nada, lamentablemente, permite hoy ser optimistas. Pero eso no quita el carácter falaz del determinismo “realista” que informará buena parte del pensamiento político y jurídico actual. En los procesos en curso no hay nada de natural ni de necesario. Estos procesos son el fruto de decisiones políticas, o si se prefiere de un vacío de política, que es también el fruto

particularmente en cuenta los intereses y las necesidades de los Estados en vías de desarrollo” y que debe ser “garantizada la distribución equitativa de las ventajas que se derivan sobre una base no discriminatoria”. Sobre estas bases, ha sido propuesta una imposición internacional para la explotación de los recursos mineros de los fondos oceánicos (cfr. D.E. Marko, *A Kinder, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and Proposed Alternative*, en “Journal of Natural Resources and Environmental Law”, 1992), Así como para el uso de las órbitas vía satélite alrededor de la tierra y de las bandas de aire (cfr. G. Franzoni, *Anche il cielo è di Dio. Il credito dei poveri*, EdUP, Roma, 2000, pp. 91-113).

¹² T. Hobbes, *Leviatano*, cit., cap. XIII, 1, p. 203.

de una elección, y requieren por tanto de la política y aún antes de la cultura jurídica y política, si se quiere combatir, el diseño de las nuevas y específicas garantías de un Estado de derecho internacional capaz enfrentarlo. Siempre ha sido así, en la historia de las instituciones. No debemos por tanto confundir problemas teóricos con problemas políticos, presentando como poco realistas las opciones que no se realizan, ocultando por ello las responsabilidades de la política y así reconocer y facilitando como “inevitable” lo que de hecho sucede. La crítica a las Naciones Unidas como institución impotente y obsoleta, carente de medios y de poderes, destinada al fracaso por el carácter utópico de su diseño universalista es bajo este aspecto emblemático. Porque la impotencia y los fracasos dependen únicamente de la voluntad política de las grandes potencias, y en particular de los Estados Unidos, y serían menos cuando el derecho internacional vigente hubiera tomado en serio: si no por razones morales o jurídicas, por lo menos en interés de todos, es decir, en tutela de la común seguridad y supervivencia.

LA PRAGMÁTICA
DE LA TEORÍA DEL DERECHO

1. LA ILUSIÓN DE LA AVALORATIVIDAD

La idea de que los discursos científicos tengan una insuprimible dimensión pragmática es uno de los rasgos distintivos de la actual epistemología post-empírica. Hoy por muchos años la reflexión epistemológica ha reconocido que no sólo las ciencias sociales y jurídicas, cuyo objeto incluye normas y valores, sino también las ciencias naturales no son nunca puramente y enteramente asertivas, admitiendo siempre una dimensión valorativa y normativa en la construcción de los conceptos y de las teorías como en las estrategias de la investigación empírica. La vieja ilusión paleo-neopositivista y por otro lado weberiana y kelseniana de la avaloratividad de las ciencias, incluidas las sociales y jurídicas, fue en consecuencia abandonada. Al punto que se ha llegado a asomar la hipótesis de una posible asimilación –si no unificación– las distintas ciencias sobre bases opuestas a las del proyecto, que fue precisamente del Círculo de Viena, de una ciencia unificada por el carácter avalorativo, empírico verificable y falsificable en sus aserciones: sobre la base, precisamente, de la presencia de elecciones, estipulaciones y juicios de valor, y por ello de una ineliminable dimensión pragmática en todas las ciencias empíricas, así como en la investigación experimental como en la elaboración teórica¹.

¹ Es la hipótesis sostenida repetidas veces por Vittorio Villa, sobre la base de una crítica de las tradicionales dicotomías “descriptivo/ prescriptivo” y “juicios de hecho/juicios de valor”: cfr. V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano,

La tesis de la avaloratividad de la ciencia jurídica –de la cual se discutirá más adelante, en los años cincuenta y sesenta, si es una ciencia empírico-descriptivo o una ciencia normativa– parece, pues hoy, después de la crisis de la misma epistemología del primer neo-empirismo lógico, insostenible. Esta tesis – conformada en Italia y Alemania por la dirección “técnico-jurídico” dominante entre los juristas y avalada, con respecto a la teoría del derecho, por la llamada “pura” o “formal”, por Hans Kelsen y por Norberto Bobbio –se ha acreditado como una de las implicaciones del positivismo jurídico: la ciencia jurídica– la tesis meta-teórica y a la vez metodológica del normativismo kelseniano y del formalismo bobbiano– tiene por objeto no el “derecho que debe ser” sino el “derecho que es”, es decir, el derecho producido por el Estado, y debe por lo tanto rehuir de cada discurso de tipo valorativo, de pertinencia en cambio de las filosofías de justicia. La avaloratividad de la ciencia jurídica, en esta perspectiva, ha sido entendida como un corolario de la noción misma de “derecho”, es decir, de lo que es su objeto de investigación. Y la noción de “derecho”, a su vez, ha estado largamente basada en el postulado iuspositivista, como veremos no más sostenible en los ordenamientos dotados de constitución rígida, en virtud del cual “derecho válido” equivale a “derecho existente”, y “derecho existente” es precisamente el objeto empírico que es el discurso del legislador, del cual la teoría tiene la tarea de analizar las estructuras formales y las disciplinas jurídicas particulares de interpretar el significado.

Son sobre todo estas, yo creo, las razones de la suerte de la tesis kelseniana y bobbiana de la avaloratividad de la ciencia y

1984; Id., *La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo*, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. II, pp. 617-665; Id., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993; Id., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino, 1999.

de la teoría del derecho. La firme defensa de esta tesis es quizás explicable, mucho más que en el plano epistemológico, en el plano filosófico-jurídico y filosófico-político: mucho más que con los argumentos neo-positivistas de la ausencia o del rechazo de los juicios de valor entre los discursos científicos, que también confiaron durante los primeros años para confrontarla sobre el plano meta-científico, con la voluntad de defender el positivismo jurídico, y con él, el principio de legalidad en que se basa el estado de derecho, por un lado contra las duraderas inclinaciones iusnaturalistas de una parte de la vieja filosofía jurídica, por otro lado contra las orientaciones idealistas, antiformalistas, organicistas e irracionalistas que en la primera mitad del siglo habían puesto en crisis, mediante la autonomía del derecho de la moral y la política, el rol mismo del derecho como técnica de limitación del arbitrio y por tanto el principio, precisamente del estado de derecho, de la rígida sujeción a la ley de cualquier poder.

Si esto es cierto, nos encontraríamos ante un caso ejemplar de condicionamiento de una teoría –la meta-teoría, precisamente, de la avaloratividad de la ciencia jurídica– por parte de preliminares opciones valorativas. Y se podría aplicar precisamente a esta teoría de la avaloratividad la tesis de Vittorio Villa sobre la presencia de juicios de valor que siempre pueden ser encontradas en las partes “altas” de la teoría. Villa lo ha hecho con referencia, por ejemplo, a la teoría kelseniana de la norma, en cuyas espaldas él ha visto la defensa de los valores de la certeza y la igualdad². Pero la cosa es aún más evidente, con paradoja aparente, precisamente por la metateoría kelseniana de la pureza y de la avaloratividad. Porque la rígida defensa de la

² V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit., pp. 240-243.

avaloratividad de la ciencia jurídica era todo, en el pensamiento de Kelsen como en el de Bobbio, con la defensa de la objetividad o positividad del derecho, es decir del positivismo jurídico, que a su vez, estaba orientada a la defensa ético-política del Estado de derecho contra las noltagias del derecho premoderno por un lado y las experiencias de los totalitarismos por otra.

Además, este radicalismo meta-epistemológico de tipo ético-político no ha caracterizado sólo la epistemología paleo-iuspositivista, sino ha sido compartido también por la paleo-iuspositivista. Porque el radicalismo también del primer neopositivismo fue dictado por la voluntad de defender la razón científica, incluso la “razón” en cuanto tal, contra los diferentes irracionalismos metafísicos (idealistas, esencialistas, espiritua- listas) de gran parte de la filosofía del primer Novecientos. En ambos casos, lo que se había defendido era una costumbre de honestidad intelectual, de rigor científico y analítico, contra tantos ideologismos que amenazan el rol civil, aún antes que cognoscitivo, la investigación científica y la reflexión filosófica.

Es inútil decir que todo esto no quita, sino confirma la tesis de la no avaloratividad de la ciencia jurídica. La defensa del Estado de derecho refleja, en efecto, una opción de valor ni verdadera ni falsa, que sería ilusorio basar en una meta- teoría insostenible y por ello ideológica de la avaloratividad. Por otra parte, es la misma estructura del derecho propia del paleopositivismo jurídico que ha sido modificada por el constitucionalismo rígido de las actuales democracias: el que impone hoy, precisamente en defensa de esos mismos valores que estaban en el corazón de Kelsen y Bobbio, una profunda revisión del viejo paradigma epistemológico de la avaloratividad y de la supuesta pureza de ciencia jurídica.

2. MODELOS DE DERECHO Y EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA. EL PARADIGMA IUSPOSITIVISTA

Antes de analizar la dimensión pragmática proveniente de la ciencia del derecho de las opciones y evaluaciones que en ella inevitablemente intervienen, es útil precisar que esta dimensión varía según los distintos tipos de experiencia jurídica. No existe, en efecto, una epistemología de ciencia del derecho válida para cualquier tipo de ordenamiento, de cualquier tiempo y de cualquier lugar: para el derecho pre - moderno, del antiguo derecho romano al derecho común de la edad de media, como para el derecho positivo basado en el monopolio estatal de la producción jurídica; para el derecho de los ordenamientos paleoliberales basados en el primacía de la ley, sea cual sea, y para los ordenamientos dotados de constitución rígida; para los sistemas anglosajones de *COMMON LAW* y para los europeos de *CIVIL LAW*. Precisamente porque el derecho no es un fenómeno natural, sino un producto social, cuya naturaleza y estructura varían según los tiempos y los lugares, la epistemología de la ciencia del derecho depende estrechamente de las formas del derecho mismo, es decir del lenguaje en el que éste consiste y varía con los cambios de paradigma que el derecho ha sufrido en su historia milenaria.

Distinguiré, brevemente, tres distintos paradigmas en materia epistemológica: correspondientes a tres modelos de derecho, a tres diferentes estatutos del lenguaje jurídico y a tres diferentes teorías de la validez jurídica: el derecho premoderno, de tipo jurisprudencial y doctrinario; el derecho positivo moderno, de tipo legislativo; el derecho positivo contemporáneo, vinculado a constituciones rígidas, precisamente de la mayor parte de los ordenamientos europeos. Cada uno de estos modelos corresponde también, *grosso modo*, a tres distintas etapas históricas y a tres tipos distintos de sistema político: el antiguo régimen,

el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho. Su distinción es una operación meta-teórica, aún antes que historiográfica: los tres modelos de derecho y sus distintos reflejos sobre la dimensión pragmática de la ciencia jurídica, en efecto, serán aquí identificados y discutidos en abstracto, como paradigmas teóricos, de los cuales interesa definir la estructura normativa más allá del hecho de que, en las concretas etapas históricas, éstos figuren simplemente como modelos dominantes, con los otros de forma fragmentaria³.

No me centraré en el primer modelo, el del derecho premoderno, sino para decir que él reflejaba un derecho de producción no ya legislativa, sino jurisprudencial y doctrinario, fruto principalmente de las costumbres, los antecedentes judiciales y de la sabiduría de los doctores. También este derecho consistía en un lenguaje. Pero no se identifica con un único lenguaje-objeto –el discurso y el lenguaje del legislador– distinto y separado, como objeto - investigación, el lenguaje natural de los juristas. Consistía sino en un universo lingüístico complejo, dentro del cual las fuentes estatutarias, pertenecientes a ordenamientos distintos y competidores, eran coordinadas y acondicionadas, por la doctrina y la jurisprudencia, dentro del cuerpo del viejo derecho romano *justineano*, por eso llamado “común”, transmitido por la tradición y por la misma doctrina constantemente actualizada y desarrollada. Está claro que dentro de tal paradigma, que sobrevivió bajo muchos aspectos en los sistemas de *common law*, la ciencia jurídica es inmediatamente normativa,

³ Para un análisis más profundo de estos tres modelos de derecho y los cambios de paradigma intervenido, también en el plano epistemológico, en el paso de uno a otro, cfr., *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, en P. Costa y D. Zolo (edición de), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 354 ss. Me remito también a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, VII ed. 2002, pp. 909-914.

confundiéndose de hecho con el mismo derecho, que ella misma había revisado y unificado. *Veritas non auctoritas facit legem*, podríamos afirmar, invirtiendo la máxima iuspositivista de Hobbes⁴, para expresar la norma de reconocimiento del derecho dentro de este tipo de experiencia. En ausencia de un sistema formalizado de fuentes legislativas, en efecto, la validez de una norma jurídica depende no ya de su positividad, sino de su intrínseca justicia o racionalidad, es decir, de su evaluación y argumentación como en sí mismo justa o racional o, en sentido amplio, “verdadera”.

Una clara separación de la ciencia jurídica del derecho que es objeto, como meta-discurso en el discurso en el cual es formulado el derecho “positivo”, se produce sólo con la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica, y por eso del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y aún antes existente. Es en este cambio de paradigma intervenido en las meta-normas de reconocimiento de las normas jurídicas –no más su intrínseca justicia o racionalidad, sino su conformidad con las normas sobre su producción, no más su contenido, sino la forma de los actos de los que son producto– el rasgo distintivo del positivismo jurídico, en oposición al iusnaturalismo que había sido la cultura, por así decir la meta-teoría, subyacente a la ciencia y la experiencia jurídica premoderna: cuando, en ausencia del principio de legalidad como norma exclusiva de reconocimiento del derecho válido,

⁴ “Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem” (T. Hobbes, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, traducción latina, en *Leviatano*, con texto inglés de 1651 frente al texto latino de 1668, edición de Raffaella Santi, Bompiani, Milano, 2001, cap. xxvi, 21, 133, p. 448). Una frase análoga es enunciada por Hobbes en *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (1681), en *The English Works*, edición de W. Molesworth (1839- 1845), rist. Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. VI, p. 5: “It is not wisdom, but authority that makes a law”.

era el “derecho natural”, como sistema de normas y principios supuestamente en sí mismo justos o racionales, el parámetro de legitimación y al mismo tiempo de reconocimiento de la validez de las tesis propuestas tanto por la doctrina jurídica como por la práctica judicial.

El derecho positivo moderno nace cuando se afirma, una garantía de la certeza del derecho y de la libertad contra decisiones arbitrarias, el principio de legalidad como su meta-norma de reconocimiento. Gracias a este principio, expresado por la máxima hobbesiana *auctoritas no veritas facit legem*, todas las normas jurídicas, y por tanto, todas las reglas de uso de la lengua jurídica, en tanto existen y son válidas en cuanto son “puestas” por autoridades dotadas, en base a otras normas, de competencia normativa. De ello se deduce que los discursos de la ciencia jurídica dejarán de ser inmediatamente normativos para convertirse en “interpretativos” de los textos legislativos, es decir, explicativos de un objeto –el derecho “positivo”– autónomo e independiente.

Podemos llamar *dogmática* el conjunto de estos discursos encaminados a interpretar, explicar y coordinar los significados de textos expresados en el lenguaje legal. En virtud del principio de legalidad, en efecto, estos textos tienen para el jurista el valor de “dogmas”, en el sentido que es sobre ellos que necesariamente se basa la aceptabilidad de conceptos y de las tesis por él elaboradas⁵. El derecho, en tanto “positivo”, es decir, producto de las formas establecidas por las normas sobre su producción,

⁵ “Dogmática” no es un término feliz. Pero sin duda es preferible a la de “disciplinas jurídicas positivas” o “particulares”, porque también la teoría del Derecho es una disciplina de derecho positiva y no se opone a la dogmática por la “Generalidad” o “no-particularidad” de su objeto sino para el específico nivel de abstracción de sus conceptos y aseveraciones. Y es preferible, además, precisamente porque alude al carácter de “dogmas” de las normas de ley con respecto a los discursos de los juristas consis-

se convierte en “objeto” de la ciencia jurídica, que asume por ello un carácter al menos tendencialmente cognitivo. Pero está claro que la *interpretación* del lenguaje legal, en la que consiste el conocimiento de este específico objeto, no es nunca, como ha demostrado el mismo Kelsen, una actividad puramente cognoscitiva, a causa de márgenes más o menos amplios de imprecisión semántica de las formulaciones normativas; las cuales requieren inevitablemente elecciones interpretativas informadas en juicios de valor, en las cuales se expresa lo que Mario Jori ha llamado “poder semiótico”⁶.

Se produce por otra parte, con la afirmación del paradigma iuspositivista, un autónomo espacio para la *teoría del derecho*. No todos los conceptos y las afirmaciones de la ciencia jurídica son en cambio el fruto de “interpretaciones” de los textos legislativos. Existen conceptos y aseveraciones teóricas elaboradas por el jurista independientemente del análisis del lenguaje legal: se puede pensar en los conceptos de norma, de obligación, de derecho subjetivo, de validez, de ordenamiento y similares, cuyos significados no son aprovechados por la interpretación del lenguaje legal, sino son construcciones de carácter convencional, fruto de decisiones discrecionales aunque basadas sobre su alcance empírica y sobre su capacidad explicativa. Es en estas decisiones, que reside un primer, inevitable aspecto de la dimensión normativa también de la teoría del derecho. Incluso una teoría jurídica axiomatizada, desarrollada en un lenguaje artificial y estrictamente formalizado, es una teoría tanto avalorativa

tentes en su interpretación, y expresa por ello el reflejo epistemológico de ese postulado teórico y meta-teórico que es el principio de legalidad.

⁶ M. Jori, *Pragmatica giuridica, descrizione e interpretazione del diritto*, ponencia en el congreso desarrollado en Palermo el 26 de setiembre de 1997, p. 15 [El ensayo de M. Jori, *Pragmatica, scienza giuridica e diritti*, publicado en este volumen, engloba, reelaborando profundamente, el texto de la ponencia parlemmitana. Nota de los editores].

en el desarrollo de sus específicas premisas estipuladas, como fruto de decisiones pragmáticas, que no son ajenas a juicios de valor, en la estipulación de las premisas, sean éstas postulados o definiciones.

3. LENGUAJE DOGMÁTICO Y LENGUAJE TEÓRICO EN LA CIENCIA JURÍDICA

La distinción aquí enunciada entre dogmática jurídica y teoría del derecho, como niveles diferenciados de discurso y de lenguaje –el lenguaje ordinario en el que se interpreta el lenguaje a su vez ordinario del legislador y el lenguaje artificial y convencional de la teoría– requiere dos precisiones, solicitadas por las críticas de Mario Jori⁷.

La primera precisión se refiere al significado de los términos “*lenguaje ordinario*” y “*lenguaje artificial*”. Se trata de una distinción que he utilizado –con fines puramente explicativos, no a diferencia del resto de neopositivistas entre “lenguaje observacional” y “lenguaje teórico” en las ciencias naturales– como uno (no el único, y quizás ni siquiera el más importante) de los rasgos de otra distinción, que es la verdadera distinción meta-teórica que me interesa trabajar: entre “*lenguaje dogmático*” o de la dogmática jurídica y “*lenguaje teórico*” o de la teoría del derecho, tales como lenguajes diferentes para la diversidad de los métodos con que están contruidos.

Entiendo pues con *lenguaje dogmático* el lenguaje utilizado por jueces y juristas en la interpretación del lenguaje legal. Su carácter distintivo es que sus reglas de uso son las normas mismas, dictadas “dogmáticamente” por el legislador, de manera más o menos precisa, en el lenguaje ordinario en el que las leyes están formuladas. Es en este sentido que también es un lenguaje

⁷ Ibid, pp. 3-7.

(precisamente un meta-lenguaje) ordinario: el lenguaje común en el que se interpretan, explican o redefinen los significados de términos y en general de los textos normativos productos del legislador. Esto no quiere decir que el lenguaje ordinario de la dogmática, sea simplemente el lenguaje natural y no sea también un lenguaje “técnico”. No impide, según la feliz expresión de Mario Jori que del resto yo mismo he tenido ocasión de reanudar y suscribir, que sea un lenguaje “administrado” por jueces y abogados⁸. Si queremos, podemos también llamarlo “artificial”, en el sentido en que podemos llamar “artificial” el lenguaje jurídico del legislador, respecto al cual será el metalenguaje en el cual ocurre su interpretación. Pero es cierto que este sentido “artificial” es totalmente distinto de aquel en que decimos que es “artificial” el lenguaje teórico, construido por la teoría. Sus definiciones, como he escrito muchas veces, son “redefiniciones lexicales” –anclados en el léxico del lenguaje-objeto (puesto o “positivo”) del legislador –aunque con todos los márgenes de discrecionalidad, es decir, de “poder semiótico”, dejados abiertos por la vaguedad y por la imprecisión del lenguaje legal.

En cambio, pienso con *lenguaje teórico* el lenguaje de la teoría del Derecho, cuyos términos son precisamente construidos por el mismo teórico mediante definiciones por él mismo estipuladas. Una definición teórica tiene, en cambio, la forma de: “Se propone (o se acuerda) entender (por ejemplo) con “derecho subjetivo”...”. Es precisamente esta naturaleza convencional que

⁸ M. Jori, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, en *Analisi e diritto* 1995. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, edición de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1995, p. 123; Id., *Pragmatica giuridica*, cit., p. 7; Id., *Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del dritto*, en L. Gianformaggio y M. Jori (edición de), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 520 ss. He retomado esta expresión de la *La filosofia giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive*, en *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 92.

hace de este lenguaje un lenguaje artificial, construido desde teórico y por ello susceptible, a diferencia de lo dogmático, de ser formalizado, antes de una teoría axiomatizada, sobre la base de rigurosas reglas de formación y transformación previamente establecidas. Está claro que en la teoría desarrollada en este lenguaje son totalmente avalorativas las derivaciones de los teoremas de las definiciones y de los postulados. Pero no lo son los postulados y las definiciones, que precisamente porque consisten en convenios y por lo tanto en prescripciones que suponen elecciones que no pueden ser ignoradas. Estas opciones son de diversa naturaleza. Normalmente son opciones dictadas por valoraciones relativas a su capacidad explicativa. A veces son opciones de carácter por así decir estético: una definición es preferible a otra porque es más simple o completa, o incluso más adherente a usos corrientes del término definido. Pero algunas opciones de fondo son también de carácter ético-político, por lo menos en el sentido que valen para fundar o para sufragar los valores ético-políticos que informan el tipo de derecho objeto de teoría. Piénsese, por ejemplo, en conceptos como “validez”, “derechos fundamentales” o “garantías” que en ordenamientos dotados de constitución rígida pueden valer, en función de las definiciones propuestas, como claves de lectura crítica de las antinomias y de las lagunas presentes en la legislación vigente.

Puede darse que el uso de expresiones como “lenguaje ordinario” y “lenguaje artificial”, o aún más las analogías entre las parejas “lenguaje dogmático” / “lenguaje teórico” en la ciencia jurídica y “lenguajes observacionales”/ “lenguajes teóricos” en las ciencias naturales y entre los instrumentos de investigación –la interpretación o el análisis del lenguaje en la primera y la observación empírica las segundas⁹ - corren el riesgo de ser

⁹ Me remito, para estas analogías, a mi artículo *La semantica della teoria del diritto*, en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*.

engañoso, como parecería por las críticas de Jori, a los efectos de la explicación de los diferentes métodos de la dogmática y de la teoría del derecho y de los distintos métodos de formación de sus conceptos y aserciones. Lo que importa es que reconocemos el distinto estatuto de conceptos como “robo”, “homicidio”, “mutuo” o “comodato”, cuyo significado es el establecido por el legislador, y de conceptos como “validez”, “derecho subjetivo”, “ordenamiento” o “persona jurídica”, cuyo significado se define convencionalmente en la teoría.

Podemos aclarar este distinto estatuto afirmando que, si queremos entender el significado de los términos del primer tipo, la primera cosa que debemos (y no podemos no) hacer es ir a *leer* los artículos de ley que hacen uso en sentido normativo; mientras que no tendría sentido, para aclarar el significado de los términos del segundo tipo, ir a buscar las normas de derecho positivo en el que se emplean. Sin duda, como se ha dicho, ni siquiera la interpretación es puramente cognitiva. Ella consiste en la asociación de un significado a un enunciado, con todas las opciones requeridas por la imprecisión de las palabras en las cuales es formulado. Pero esta operación no es nunca del todo arbitraria, debiendo ser argumentada sobre la base del significado, aunque sea impreciso, que estas palabras tengan en el lenguaje común. Es por tanto muy posible, para responder a otra objeción de Jori¹⁰, afirmar de una definición o de una tesis dogmática que ésta es “jurídicamente verdadera” o “jurídicamente falsa” (con todas las comillas del caso) e impugnar por ejemplo a un estudiante que en un examen intercambie el robo

Studi dedicati a Norberto Bobbio, edición de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 104-114. Sobre la relación entre observación empírica e interpretación jurídica y sobre sus similitudes de estructura, véanse las consideraciones de V. Villa, *Teorie della scienza giuridica*, cit., pp. 177-189.

¹⁰ M. Jori, *Pragmatica giuridica*, cit., p. 3.

con apropiación indebida o el mutuo con el comodato que sus respuestas son “erróneas”; cuando de una definición teórica o de un postulado no podemos predicar ni siquiera aproximadamente la verdad o la falsedad, sino solo la mayor o menor adecuación o alcance empírico, valorables en el contexto de toda teoría. Las definiciones y las tesis del primer tipo están en definitiva vinculadas por los usos lingüísticos del legislador, mientras que las del segundo lo son sólo por su finalidad explicativa, relativamente independientes del concreto y específico sistema jurídico asumido como referencia empírica.

Y llego a mi segunda precisión. La distinción entre lenguaje teórico y lenguaje dogmático es una distinción metalingüística y metateórica, que concierne únicamente a los distintos métodos de formación de los conceptos y aseveraciones, independientemente de los tipos de discurso en los que se adoptarán dichos procedimientos. No existe, en cambio, una frontera regular entre dogmática y teoría, sino sólo una frontera metodológica. Es por ello indiscutible, como dice Jori¹¹, que los juristas que desempeñan discursos dogmáticos e interpretativos no sólo utilizan - como es obvio, visto que las teorías jurídicas están construidas precisamente para ser utilizadas por los juristas - sino a veces construyen ellos mismos, mediante definiciones estipulativas, conceptos teóricos en función de las finalidades explicativas que quieren seguir: se piensa en la teoría del negocio jurídico o en tantas definiciones, propuestas en los manuales de derecho, de los conceptos de “norma”, de “obligación”, de “derecho subjetivo” o de “persona jurídica”. Pero esto significa simplemente que la dogmática no puede prescindir de la teoría, que dogmática y teoría están a menudo entrelazadas, que en definitiva un buen jurista dogmático es también un teórico del derecho y en cualquier caso hace teoría jurídica, buena o mala,

¹¹ Ibid, pp. 4-5.

cuando propone definiciones de términos como “persona”, “acto jurídico”, “situación jurídica”, “deber”, “obligación” y similares. Así como, a la inversa, la teoría no puede prescindir de la dogmática, es decir, del conocimiento de los concretos ordenamientos de las cuales se propone como teoría, y un buen teórico del derecho es también necesariamente un jurista positivo, cuya sofisticación, aunque convencionales, son apoyadas por su capacidad explicativa de las estructuras de estos ordenamientos sobre la base del análisis de las normas y los institutos a ellos pertenecientes.

Otra cuestión es la difícil y problemática frontera entre teoría y dogmática. ¿Cuándo un término es dogmático y cuando es teórico? Una primera respuesta podría ser: un término es dogmático cuando está definido o en todo caso utilizado por el legislador en función normativa, de manera tal que su uso equivale a una norma, y por ello a un “dogma” que puede ser diferentemente interpretado pero no ignorado por el jurista. Pero está claro que el uso legislativo de un término, si es una condición necesaria no es ciertamente una condición suficiente porque se pueda asignar al lenguaje dogmático. También las leyes hacen amplio uso de términos teóricos – como “prohibido”, “obligatorio”, “acto”, “persona”, “derecho subjetivo” y similares– sin que con esto se defina normativamente el significado. Solo si hacen un uso directamente normativo el jurista se verá obligado en los usos dogmáticos del término. Pero no estará necesariamente vinculado al teórico del derecho. Bien puede ocurrir por ejemplo, como para el concepto de “bienes” definido en el art. 810 del código civil italiano como “las cosas que pueden ser objeto de derechos”, que una definición legislativa sea aceptada como una óptima definición teórica y preferida, si no otro para no apartarse de los usos que ella consolida, en otras posibles definiciones: por ejemplo en la más amplia “son bienes las cosas que pueden ser objeto de situaciones jurídicas”

(y por tanto también de obligaciones o prohibiciones), o más restringidamente “son bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos patrimoniales” (pero no solo de derechos fundamentales e indisponibles, como por ejemplo los órganos del propio cuerpo). Pero esto dependerá únicamente de la validez teórica contingentemente reconocida por la definición legislativa en la red de conceptos y de tesis construida por la teoría, y no por un cierto rol respecto a esta inmediatamente normativa.

Todo esto no quiere decir que no sea un nexo entre dogmática y teoría del derecho. Los conceptos y las tesis de la dogmática dan cuenta de la base empírica de la teoría del Derecho. Y los conceptos y las tesis teóricas, aunque formulados independientemente de los usos legislativos, deben ser capaces de explicar y colocar el material conceptual elaborado por la dogmática. Se toma, por ejemplo, la definición por mí propuesta de “acto jurídico” como “comportamiento productivo de efectos jurídicos”¹². Su valor teórico y su alcance empírico residen, en mi opinión, en su capacidad explicativa de los trayectos estructurales que unen en una misma clase todos los comportamientos jurídicamente relevantes para los efectos asociados a ellos por normas jurídicas: de los contratos a los testamentos, de las leyes a los actos administrativos, de los delitos a los actos de cumplimiento. Sino reside también en su capacidad de excluir como no-actos de su campo de denotación los llamados habitualmente “actos meramente lícitos” o “meramente debidos”, como el caminar en una carretera no sujeta a la prohibición de tránsito, o el simple uso de un bien de propiedad o la mera observación de una prohibición penal. Lo mismo se dice del concepto de

¹² Es la definición de “acto jurídico” que he propuesto, al igual que la más ilustrativa de “situación jurídica”, en *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 64, y que he mantenido en mi trabajo de teoría del derecho de próxima publicación.

“situación”, que ha definido como “modalidades (es decir, como facultad, u obligación, o prohibición o expectativa positiva o negativa) de actos jurídicos” al fin de incluir en su ámbito de denotación todos los distintos tipos de derechos, de poderes, de obligaciones y prohibiciones, sino también de excluir las meras facultades cuyo argumento no es un acto jurídico.

4. EPISTEMOLOGÍAS NORMATIVISTAS Y EPISTEMOLOGÍAS REALISTAS

Con la difusión en el segundo período de posguerra de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad sobre las leyes, se ha producido un segundo cambio de paradigma de la experiencia jurídica. Si el primer cambio se ha expresado cuando afirmamos del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente y al mismo tiempo válido, este segundo cambio se ha expresado con la afirmación de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento, además del derecho válido, del derecho inválido aunque existente.

En muchas ocasiones he analizado la alteración producida por este cambio de paradigma en la estructura misma de la legalidad, que de ello se desprende marcada por una doble artificialidad: no sólo de un “ser” del derecho, es decir, de su “existencia” – no más derivable de la moral ni hallable en la naturaleza, sino precisamente “puesta” por el legislador– sino también de su “deber ser”, es decir, de sus condiciones de “validez”, también ellas positivizadas a nivel constitucional, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y restricciones jurídicas a la producción jurídica¹³. Gracias a esta alteración, son las opciones mismas con

¹³ Sobre esta tesis, y más en general sobre el cambio de paradigma concurrido en el positivismo jurídico con las constituciones rígidas, me remito a *La semantica della teoria del diritto*, cit.; *La formazione e l'uso dei concetti*

que se diseña la producción del derecho que es preestablecida por el derecho mismo. De modo que, legalidad positiva en el Estado constitucional de derecho no es solo considerado, sino es ella misma condicionada por límites y restricciones jurídicas sustanciales, aparte de formales. Es derivado un cambio en las condiciones de validez de las leyes, dependientes ahora ya no solo por el respeto de las normas procesales sobre su formación, sino también de la coherencia de sus contenidos con principios sustanciales establecidos en las constituciones. La existencia de las normas, que en el paradigma paleoiuspositivista se separó de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo muy posible que una norma formalmente válida y por lo tanto vigente sea sustancialmente inválida, en contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o bien de derechos fundamentales.

La tesis que aquí quiero exponer es que este cambio de paradigma retroactúa sobre la ciencia jurídica, dándole una nueva y más específica dimensión pragmática en adición a la anteriormente expuesta: la tarea de identificar y criticar en el plano dogmático el derecho ilegítimo y, por otro lado, de fomentar la corrección mediante la activación o el diseño de técnicas adecuadas de garantía elaboradas a nivel teórico. Diré, con paradoja aparente, que a raíz de este cambio, la ciencia jurídica puede ser coherentemente *descriptiva* del propio objeto, es

nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge, En "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1985, 2, pp. 404 ss; *Diritto e ragione*, cit., pp. 909-922; *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e ragione'*, en L. Gianformaggio (edición de), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 460-465 e 470-477; *Il diritto come sistema di garanzie*, en "Ragion pratica", año I, n. 1, 1993, pp. 143-161; *La filosofia giuridica analitica italiana*, cit., pp. 105-113; *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma- Bari, 2001, pp. 33-36, 163-171 e 318-332; *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, cit., pp. 354 ss.

decir explicar la inevitable diferencia entre normas de nivel constitucional y normas de nivel legal, en cuanto sea al mismo tiempo normativa respecto de este objeto mismo; es decir, los actores representantes de la producción y de la aplicación de normas en el ordenamiento investigado.

En efecto, ese cambio, ha invertido la estructura del derecho, obligando a repensar la cuestión del objeto misma de la ciencia jurídica. ¿De qué cosa se ocupa esta ciencia?, ¿De normas o de hechos, de normatividad o de factualidad, de deber ser o del ser del derecho? Se trata de la cuestión epistemológica que está en el centro del debate filosófico-jurídico desde la famosa polémica que en 1915 opuso a Hans Kelsen, máximo exponente del normativismo jurídico, a Eugen Ehrlich, uno de los fundadores de la sociología del derecho y uno de los máximos exponentes del realismo jurídico. “El contraste fundamental”, escribía Kelsen en 1915, “que amenaza con romper la ciencia jurídica, por lo que se refiere a objeto y método, en dos tendencias diferentes desde el fundamento, nace mediante el doble modo de consideración que se cree poder someter el fenómeno jurídico. Puede considerarse que el derecho como *norma*, es decir, como una determinada forma del *deber*, como específica regla-deber y, en consecuencia, constituir la ciencia jurídica como una ciencia *normativa* y *deductiva* de valores, como la ética o la lógica”. Pero se podrá también, continúa Kelsen, “concebir el derecho como una parte de la *realidad* social, como hecho o proceso cuya *regularidad* se entiende de manera *inductiva* y *explica* causalmente. Aquí, el derecho es una *regla del ser* de un determinado comportamiento humano, la ciencia jurídica es una ciencia de la *realidad* que trabaja según el modelo de las ciencias naturales”¹⁴.

¹⁴ E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, edición de A. Carrino, Esi, Napoli, 1992, pp. 67-68.

Como sabemos, la ruptura entre estas dos concepciones del derecho y de la ciencia jurídica, pronosticada por Kelsen, si en efecto se ha producido, ha atravesado toda la filosofía jurídica del siglo XX. Se refiere, como dijo Kelsen, al *objeto* y el *método* de la ciencia jurídica. Y puede ser expresada, como ya tuve ocasión de mencionar¹⁵, por las dos diferentes respuestas, de la metajurisprudencia, a la pregunta elemental aquí formulada.

La primera respuesta, ofrecida por las epistemologías normativistas, es que los fenómenos empíricos estudiados por la ciencia del derecho son las *normas jurídicas* de las que se compone un determinado ordenamiento de derecho positivo; y que el instrumento de una similar indagación es *el análisis del lenguaje legal*, es decir, la lectura y la interpretación de esos particulares datos empíricos que son los enunciados normativos de los que está compuesto el discurso del legislador. La segunda respuesta, hecha por las *epistemologías realistas*, es que los fenómenos estudiados por la ciencia jurídica son los *hechos*, es decir, los comportamientos humanos regulados por el derecho o la práctica y la experiencia jurídica, empezando por la práctica de esos particulares sujetos –legisladores, administradores y jueces– que producen o aplican normas; y que el instrumento de semejante investigación es *la observación empírica o sociológica*, es decir, la identificación, la descripción y la explicación de los hechos y comportamientos jurídicamente relevantes.

Es claro que las referencias semánticas y los universos de discurso de estos dos enfoques son totalmente diferentes. La referencia del enfoque normativista es un universo de normas; la del enfoque realista es un universo de hechos, y precisamente de comportamientos. Y los dos enfoques son perfectamente compatibles, dado que se aplican para fundar, como afirma

¹⁵ *La semántica*, cit., pp. 84-97.

Kelsen, dos disciplinas del todo distintas: la primera es la teoría y la ciencia jurídica propiamente dicha, que considera y describe el *derecho como norma*; el segundo la sociología jurídica, que considera y describe el *derecho como hecho*. Uno asume lo que Hart llama el *punto de vista interior*, el otro lo que Hart llama el *punto de vista externo* al derecho¹⁶. Y es claro, en consecuencia, que son diferentes las condiciones en presencia de las cuales se puede afirmar que una proposición sociológico-jurídica y una proposición dogmática son aceptables como “verdaderas”: la correspondencia, evidentemente aproximada, de la primera a lo que de hecho sucede y la de la segunda a lo que dicen las normas.

Por supuesto, las dos “verdades” superviven entre sus diferencias, la diferencia que siempre subsiste entre normas y hechos¹⁷: la tesis jurídica “(la norma del art. 624 del código Penal italiano) todos los robos son sancionados con la pena de prisión

¹⁶ H.L.A. Hart, *The concept of Law*, (1961), tr. it. de M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 98-108.

¹⁷ Una norma que: “debe hacerse algo, de que se sabe ya *a priori* que debe ocurrir siempre y dondequiera por la ley de la naturaleza, sería tan estúpida porque una norma que: debe hacerse algo de lo que se sabe *a priori* que, por ley de la naturaleza, no puede absolutamente suceder” (H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, (1960), tr. it. di M. Losano, Einaudi, Torino, 1966, p. 20). La normatividad, en efecto, consiste precisamente en divergencia progresiva virtual entre normas y hechos. Cuando esta divergencia progresiva no existe porque lo que es tema de la regla es necesario (como por ejemplo en la norma “es obligatorio respirar”), viviríamos en un mundo deónticamente perfecto, que sería sin embargo un mundo no deóntico, cuando no tendría sentido hablar de reglas. Cuando luego esta divergencia progresiva fuera, no ya virtual, sino necesaria e insalvable, porque lo que es tema de la regla es imposible (como, por ejemplo, en la norma “está prohibido respirar”), viviríamos en un mundo deónticamente irrealizable donde igualmente no tendría sentido hablar de reglas. En ambos casos las normas serían carentes de sentido. Sobre la exigibilidad (y la no exigibilidad) como condición de sentido de las prescripciones, me remito *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, 2n “*Rivista internazionale di Filosofia del diritto*”, 1967, pp. 514-545.

hasta tres años” es negada por la tesis sociológica “(sobre la base de estadísticas) *no* todos los robos (sino sólo una pequeña proporción) son sancionados con la pena de prisión hasta tres años”. Las dos tesis no están sin embargo en contradicción, dado que hablan de cosas distintas: uno del “deber ser” normativo de la sanción, la otra de su “ser” (o “no ser”) efectivo. Todo esto no genera ningún problema: en un ordenamiento unidimensional como es el *estado legislativo de Derecho*, dentro del cual la legalidad está expresada por el solo nivel reglamentario de la ley ordinaria, normas y hechos pertenecen a dos universos de discurso estrictamente separados.

La cuestión se complica en los ordenamientos jurídicos de los *estados constitucionales de derecho*, articulados en varios niveles de legalidad porque están dotados de constitución rígida, es decir, no pueden modificar la legislación ordinaria: como es, por ejemplo en el ordenamiento italiano, facilitado también de una jurisdicción de constitucionalidad sobre la validez de las leyes. En este caso el nivel normativo inferior se pone de manifiesto también como hecho, y precisamente como un acto de producción normativa evaluable, no sólo en cuanto a su forma sino también en cuanto a los significados normativos expresados por éste, como cumplimiento o como violación de las normas de nivel superior. Es por ello, no solamente posible, sino inevitable, por el abismo que siempre hay entre normas y hechos, que en estos ordenamientos recurran a antinomias y lagunas: por ejemplo que un comportamiento sea prohibido por la ley (como delito de opinión) y permitido, en cambio, por la Constitución (como ejercicio de la libertad de manifestación del pensamiento); o que la ley no establezca una garantía (por ejemplo la justiciabilidad de algunos derechos, como el derecho a la salud) que es establecida por la Constitución (según el cual todos pueden actuar judicialmente para la protección de sus

derechos). En consecuencia, serán posibles en sede dogmática –y sin embargo inadmisibles, debido a la inconsistencia– parejas de proposiciones ambas jurídicas pero entre ellas contradictorias. Sin duda, como ha sostenido Pablo Comanducci¹⁸, dos propuestas jurídicas que “describen” una contradicción no son a su vez contradictorias. Pero no es esta la descripción del derecho ofrecida por la ciencia jurídica. Ningún discurso sobre el derecho se limita a decir, que frente a cualquier caso regido por normas en conflicto, que “existe la norma x que dice “ p ” y “existe la norma y que dice “ $no - p$ ”. El jurista, por el contrario, será llamado a ofrecer una solución del problema. Y esta solución, como demostraré más adelante, consiste siempre, y no puede no consistir, en una reconstrucción –obviamente opinable y refutable –del contenido normativo del derecho adecuada para resolver el conflicto, y no reproducir mediante dos propuestas jurídicas ambas descriptivas del discurso del legislador, sino que una niegue lo que la otra afirma alrededor de lo que es prescrito por el derecho.

5. PARADIGMA CONSTITUCIONAL Y EPISTEMOLOGÍA GARANTISTA. EL DERECHO ILEGÍTIMO

Este problema, por supuesto aparente, no puede ser resuelto con un enfoque puramente descriptivo y avalorativo de tipo únicamente normativista o sólo realista. Estos dos enfoques permiten, sin duda, cuando se tenga que ver como en el estado legislativo de derecho con ordenamientos a un solo nivel –el de la ley, precisamente– de resolver el problema con la rígida *actio finium reeundorum* sugerida por Kelsen entre dogmática jurídica y sociología del derecho, es decir,

¹⁸ En el curso de un coloquio sobre “Normatividad, hechos, valores”, organizado en Roma por la sociedad italiana de Filosofía analítica los días 28-30 de octubre 1999.

entre proposiciones jurídicas (del tipo ya ejemplificado “todos los robos son castigados con la sanción S”) y proposiciones factuales (del tipo “no todos los robos son castigados con la sanción S”). Pero no permiten resolverlo cuando la divergencia se manifiesta entre normas y hechos consistentes en actos normativos, pertenecientes las unas y los otros, aunque a distintos niveles, del universo jurídico investigado. En este caso, en efecto, antinomias y lagunas, a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos dotados de un único nivel normativo, dan lugar a violaciones no reparables inmediatamente por el intérprete e idóneas para ello a generar, mientras no se eliminen por una concreta intervención reglamentaria, proposiciones jurídicas entre ellas contradictorias.

Esta tesis fue criticada por Paolo Comanducci y Tecla Mazzarese, los cuales han observado que no hay ninguna diferencia, en el asunto de antinomias y de lagunas, entre los ordenamientos dotados de constitución rígida y aquellos que no lo son. También ellos, han objetado que existan antinomias y lagunas, cuya solución no implica problemas distintos en la solución de antinomias y las lagunas entre normas de nivel distinto. Por otra parte, han añadido: que los desniveles normativos no son propios solo del estado constitucional de derecho, recurriendo incluso, en cualquier sistema nomodinámico, entre ley y jurisdicción, entre ley y administración, entre la ley y negocios.

Además, a propósito de la jurisdicción, de la administración y de la autonomía privada, que los actos preceptivos que son ejercicio, aunque subordinados a la ley, nunca fueron leídos, si en contradicción con la ley, como con esta “contradictorios” o “antinómicos”, sino simplemente como sus “violaciones”. Y esto porque sentencias, medidas administrativas y negocios, tanto más si se consideran inválidos, no entran normalmente a formar parte del universo lingüístico de la ciencia jurídica, es decir, del

sistema de normas vigentes de la que es objeto. Si luego se forma parte de ella o son tomadas en consideración por el jurista, lo serán precisamente como “violaciones” de la ley, sin poder servir de fundamento a proposiciones dogmáticas en contradicción con las basadas en la misma ley.

No existen, por otra parte, lagunas y antinomias entre normas del mismo nivel que den lugar a violaciones –las primeras por omisión, las segundas para comisión– o que no sean solubles inmediatamente por el intérprete. No existen lagunas consistentes en incumplimientos, no pudiendo una ley ordinaria imponer al legislador ordinario. Pero por la misma razón no existen ni siquiera antinomias en sentido estricto, es decir, que no sean inmediatamente solubles, sin incurrir a proposiciones contradictorias, sobre la base de los tradicionales criterios de la prevalencia de la norma posterior a la anteriormente promulgada y de la norma especial sobre la general.

La cosa es evidente en el caso de contradicción entre una norma anterior y una norma posterior. Pueden existir dudas interpretativas en el significado de las dos normas, y por ello sobre su efectiva incompatibilidad: dudas, en otras palabras, sobre la existencia misma del contraste y por ello del problema del cual nos ocupamos. Pero si se considera que el contraste existe, será resuelto por la norma constitutiva (en el ordenamiento italiano del art. 15 del título preliminar) que dispone la abrogación de la norma anterior. No podremos por ello hablar propiamente de “antinomia”, dado que la norma anterior dejará de existir en el momento mismo en el que se produce la existencia de la norma posterior¹⁹. Pero la cosa es tan evidente en el caso de contradic-

¹⁹ “De dos proposiciones contradictorias”, escribe Eugenio Bulygin, “siempre una es verdadera y otra es falsa; en el caso de la derogación las dos normas son, en principio, ambas válidas, y ambas en un momento posterior pierden su validez. Y precisamente: la norma derogada pierde

ción entre una norma general y una norma especial. La norma especial no prevé en efecto la misma hipótesis que la general, sino una hipótesis distinta, extensionalmente más restringida, cuya disciplina hace una excepción a la dictada por la norma general. Por ejemplo, la norma establecida en el art. 13.2 de la Constitución italiana que prohíbe restricciones a la libertad personal no dispuestas por actos de la autoridad judicial motivados en base a la ley es derogada por lo establecida en el inciso 3 del mismo artículo que lo permite en “casos excepcionales de necesidad y urgencia”, también indicados por la ley, sobre la base de “medidas provisionales” de la policía. Pero está claro que entre las dos normas no existe ninguna antinomia: el sentido de su conjunción es simplemente que no se admitirán restricciones de la libertad personal no dispuestas en base a la primera (careciendo la medida motivada de la autoridad judicial) o en base a la segunda norma (careciendo de la excepcional necesidad y urgencia). De igual modo, la norma penal por desacato deroga la injuria, sancionando más gravemente la misma ofensa cuando la parte perjudicada sea un oficial público; pero entre las dos normas no existe ninguna antinomia, aplicándose la segunda norma cuando no recurra el caso específico previsto y regulado por la primera.

validez en el momento en que adquiere validez la norma derogatoria; la norma derogatoria pierde validez en el momento en que ha cumplido su propia función, es decir, la supresión de otra norma. A diferencia de lo que ocurre en una contradicción lógica, en la que ninguna de las dos propuestas pierde su propia verdad, pues una es (atemporalmente) verdadera y otra es (atemporalmente) falsa, el tiempo desempeña aquí un papel importante. En la derogatoria no se da ningún conflicto entre dos normas, y también es posible que ninguna de las dos sea válida; dos propuestas contradictorias, por el contrario, ambas no pueden ser falsas” (Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho (1983), tr. it., de P. Comanducci, en E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 148).

En ninguno de estos casos el contraste entre normas, siendo resuelto inmediatamente por los dos criterios de la prevalencia de la *lex posterior* o de la *lex specialis*, da por lo tanto lugar a antinomias no inmediatamente solubles dentro del derecho y por ello a contradicciones dentro del discurso sobre el derecho; por supuesto, también el criterio cronológico y el de especialidad –al igual que el de jerarquía sobre la prevalencia de la norma superior sobre la inferior– son meta-normas. Pero se trata, a diferencia del criterio jerárquico, de normas típicamente constitutivas, inviolables y ambas idóneas para excluir así el conflicto entre normas como la contradicción entre proposiciones sobre normas. Ni se plantea, en consecuencia, el problema de la apertura entre “normas” y “hechos” aunque sea normativos, y por lo tanto de un posible conflicto, en la descripción del derecho, entre enfoque normativista (que privilegia los primeros) y enfoque realista (que privilegia los segundos): ninguna norma y ninguna ausencia de normas de ley, en un ordenamiento dotado de un único nivel legislativo, pueden configurarse como violaciones de otras normas, es decir, como hechos con respecto a normas a ellas supraordenadas.

Es precisamente este, en cambio, el problema que se plantea en los ordenamientos de los estados constitucionales de derecho estructurados sobre dos niveles de legalidad, las que bifurcándose se configuran como antinomias y como lagunas no solubles inmediatamente por el intérprete. El criterio jerárquico aplicable en caso de conflicto entre normas de distinto nivel es, en efecto, al menos en los sistemas basados en el control centralizado de constitucionalidad, una metanorma no constitutiva sino regulativa, que no implica por ello urgentemente la inmediata solución del conflicto, sino solo la (obligación de) intervención de las autoridades competentes que corrijan en el ordenamiento, anulando en el primer caso (indebidamente

existente) e introduciendo en el segundo (indebidamente inexistente) la norma de grado inferior. La cuestión remite claramente a la distinción aún más de fondo de la distinción, ineludible en dichos ordenamientos, entre validez y existencia de las normas y la consiguiente existencia, de hecho, de antinomias y de lagunas que, mientras no resueltas, permiten afirmar proposiciones jurídicas de las cuales una es la negación de la otra.

En este caso, para evitar la contradicción, el enfoque puramente normativista y el puramente realista se ven obligados a amputar el discurso sobre el derecho, indicando una representación parcial y por lo tanto falsa. Precisamente, el enfoque normativista, identificando la existencia de las normas con su validez (piénsese en Kelsen) y por ello describiendo el único *derecho que debe ser*, tiende a soslayar, a causa de una falacia que yo llamaría “normativista”, la no efectividad, es decir, a no ver *el derecho que es*. Al contrario el enfoque realista, identificando la existencia de las normas con su efectividad (piénsese en Ross) y por ello describiendo el único *derecho que es*, tiende a soslayar, a causa de una falacia opuesta que yo llamaré “realista”, la invalidez, es decir, a no ver el *derecho que debe ser*²⁰. En ambos casos el resultado de los dos enfoques es una amputación del universo del discurso jurídico. La falacia normativista, frecuente sobre todo entre los juristas, conduce a representar el derecho solo mediante las normas, ignorando la diferencia con lo que de hecho sucede: por ejemplo a describir el derecho constitucional o el derecho procesal, y con ellos el funcionamiento de las instituciones y las prácticas judiciales, mediante las únicas normas de la constitución o de los códigos de procedimiento más allá de sus amplios márgenes de no efectividad. La falacia realista,

²⁰ Me remito, para un análisis de estas dos falacias, a *La semantica*, cit., pp. 115-130; *Diritto e ragione*, cit., parr. 26 e 58, pp. 347-362 e 909-922; *Note critiche e autocritiche*, cit., pp. 465-477.

frecuente sobre todo entre los política, conduce a representar el derecho sólo mediante la descripción de lo que de hecho sucede, ignorando lo que dicen las normas: por ejemplo a describir como derecho constitucional y procesal el concreto funcionamiento de las instituciones y la concreta práctica judicial, más allá de sus diversos perfiles de invalidez. Afortunadamente, estos enfoques, a pesar de todos los modelos meta-teóricos a ellos correspondientes, no impiden de hecho dar cuenta de las bifurcaciones entre distintos niveles del ordenamiento. Pero esto equivale, cada vez, a un abandono del modelo adoptado, ya sea puramente normativo o puramente realista.

Es sólo con la integración de los dos enfoques que es posible superar estas aporías. Para que la teoría del derecho pueda dar cuenta de manera consistente de las antinomias de las lagunas expresadas por divergencia que siempre subsiste entre el “tener que ser” constitucional del derecho y su “ser” legislativo, es necesario que esta divergencia sea tematizada, por la meta-teoría semántica del derecho, como el objeto privilegiado de la teoría; y que esté por ello reconocida, en cada fenómeno normativo de nivel no constitucional, la doble naturaleza de “norma” vigente, es decir, respecto de los fenómenos por ella regulados, y de “hecho”, o mejor de “acto” normativo válido o inválido, es decir, como fenómeno él mismo regulado y por ello conforme o deforme (en cuanto a la forma de su producción) coherente o incoherente (en cuanto a los significados normativos expresados por éste) respecto de las normas de nivel superior. Una teoría y una metateoría del derecho que tematizan esta ambivalencia de fenómenos normativos, y por ello distinguieran su existencia o vigencia tanto por su validez como por su efectividad, son al mismo tiempo normativistas y realistas, dado que estos fenómenos son capaces de explicar tanto la naturaleza de normas como de hechos, no como universos distintos sino como las dos

caras o dimensiones del mismo universo; y por ello de leer como validez e invalidez de la norma de nivel inferior la efectividad y la inefectividad de las normas de nivel superior, y la una y otra como conformidad y disparidad (en cuanto a la forma) o como coherencia e incoherencia (en cuanto al significado) de la primera con respecto a la segunda.

Es este abismo entre deber ser y ser del derecho, es decir, entre normatividad y factualidad entre el cuerpo del derecho mismo, el argumento más interesante de la ciencia jurídica propia del paradigma constitucional: la cual resulta investida de la tarea de identificar las antinomias y las lagunas – en otras palabras, el *derecho ilegítimo* inválido o lagunoso, no menos del derecho válido – y de promover la superación como condición de consistencia así del derecho como de los discursos sobre el derecho.

6. *PRINCIPIA IURIS TANTUM, PRINCIPIA IURIS ET IN IURE, PRINCIPIA IURIS ET EX IURE*

Arribo así a las implicaciones meta-teóricas, de carácter pragmático, que proceden de la teoría –más allá de la ya señalada dimensión normativa relacionada con el carácter estipulativo de postulados y de las definiciones teóricas– de la inevitable divergencia progresiva entre los distintos niveles normativos en que se articulan los ordenamientos de las actuales democracias constitucionales.

La primera y más importante implicación de la relación entre lógica y derecho y entre teoría del derecho y derecho. Antinomias y lagunas, como se ha visto, no pueden no existir, en las relaciones entre normas pertenecientes a niveles normativos distintos, a causa del carácter nomodinámico del derecho positivo: en virtud del cual una norma existe (o no existe) no ya

porque sea deducida sino porque es producida (o no producida), sin que necesariamente se respeten las reglas de la lógica. No es cierto, por ejemplo, que no ocurra, en contraste con el principio de no contradicción, que un mismo comportamiento sea al mismo tiempo permitido y prohibido; así como no es cierto que ocurra, de conformidad, por ejemplo, a la definición teórica de “derecho subjetivo” como expectativa que corresponden a una obligación o a una prohibición, que para todo derecho existen siempre obligaciones o la prohibición correspondiente. En el derecho italiano, por ejemplo, sucede que una misma manifestación de pensamiento está permitida aunque sea vilipendiosa en base art. 21 de la constitución y en conjunto prohibida como delito de opinión por el código penal; así como no ocurre que a determinados derechos fundamentales, como el derecho al trabajo o a la salud, corresponda una verdadera previsión de las correspondientes obligaciones a sujetos determinados. En consecuencia, así como siempre son divergentes las verdades de las tesis jurídicas y de las tesis factuales que hablan de una misma clase de comportamientos (como la clase de robos, en el ejemplo ya hecho), son también divergentes las verdades de las tesis jurídicas que hablan de ella con referencia a normas de nivel distinto. La normatividad, que el constitucionalismo rígido ha introducido en el cuerpo mismo del derecho, supone la divergencia progresiva virtual pero inevitable entre normas y hechos, aunque sea normativos; el cual, a su vez implica incoherencia entre las proposiciones jurídicas que se limiten a “describirla” como explicación del contenido normativo del derecho.

La coherencia, que se exige en los discursos sobre el derecho como condición de su consistencia, no es, pues, ni puede ser, en el paradigma constitucional, un carácter del derecho que es objeto, precisamente porque este, en este paradigma, es normativo respecto de sí mismo; ni lo es la completitud, que la teoría requiere cuando enuncia implicaciones entre figuras deónticas

algunas de los cuales, en derecho, puede de hecho faltar. Y sin embargo el derecho es un discurso, dentro del cual antinomias y lagunas, cuando intervienen entre normas de grado distinto, equivaldrán a otras tantas violaciones del derecho, además de la lógica y la teoría. Se infiere que en los ordenamientos articulados en varios niveles de legalidad, el carácter normativo de los principios así como de la lógica como de la teoría respecto de las aporías que, a causa de los desniveles, pueden producirse en su objeto, es decir, el derecho positivo mismo.

Precisamente, el paradigma del Estado constitucional de derecho exige la coherencia y la completitud de las leyes ordinarias con respecto a las normas constitucionales: impone, en particular, la solución de las antinomias generadas por la existencia de normas que violan derechos de libertad, mediante su anulación judicial y, por otra parte, el cumplimiento de lagunas generadas por la inexistencia de normas que imponen las obligaciones de prestación correspondientes a los derechos sociales constitucionalmente establecidos, mediante su introducción legislativa.

Esto quiere decir que los principios de la lógica y los de la teoría que hacen uso de conceptos deónticos son en sí principios *del* derecho –*principia iuris*–, pero no *principia in iure*, no consistiendo en normas jurídicas y no siendo necesariamente observados *en el* derecho. Son principios, en otras palabras, que imponen al derecho positivo la lógica que él, de hecho, no tiene pero que, por derecho, debe tener. El mismo principio de no contradicción, que no puede no presidir los discursos sobre el derecho, no siendo necesariamente respetado en el Derecho es en sus comparaciones normativas, en el sentido que obliga a eliminar las antinomias entre normas de grado superior y normas de grado inferior como otras tantas violaciones de las primeras por parte de las segundas. Lo mismo se dice de la tesis

teórica que enuncia la implicación entre derechos y garantías – por ejemplo, entre derechos sociales e imputación de las obligaciones de satisfacerlos, así como de sancionar la no satisfacción– y que también puede muy bien ser obsoleta si, para determinados derechos, las garantías correspondientes no han sido positivamente introducidas, dando lugar a lagunas que la dogmática jurídica tiene la tarea de señalar con el fin de que se eliminen²¹. Se trata, por así decirlo, de principios *externos* al derecho, en el sentido que no están formulados en normas jurídicas positivas ni son de ellas derivables. Esto no quita, sino aumenta su valor jurídico, sean ellos principios lógicos o principios teóricos. Sean estos los que, en efecto, están alrededor de principios asertivos que enuncian y explicitan el “deber ser”

²¹ Para un argumento más analítico del carácter jurídico de los principios deónticos de la teoría con respecto a las lagunas de garantías, me remito a mi respuesta *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, en “Teoría política”, 1999, 1, pp. 76-87, Las objeciones que me han dirigido R. Guastini, *Tre problemi per Luigi Ferrajoli*, ivi, 1998, n. 2, pp. 35-37, ahora en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., pp. 156-171 y 43-45. Guastini, al contradecir mis tesis en un encuentro genovés, ha llamado meramente “axiológica” en lugar de “técnica” la laguna consistente en la falta de determinados derechos (por ejemplo, los derechos sociales establecidos por las actuales constituciones) de las obligaciones y antes aún de los mismos órganos obligados a cumplirlos, así como de su utilización en un juicio, aunque prevista para todos sus derechos en el art. 24 de la Constitución. Pero según la definición propuesta por el mismo Guastini, la “laguna técnica” recurre en un ordenamiento jurídico “cuando falta en él una norma cuya existencia es una condición necesaria para la eficacia de otra norma. Por ejemplo: una norma prescribe la periódica convocatoria de un órgano, pero ninguna norma determina qué sujeto sea competente para convocarlo” (*Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 244). Sería difícil formular una definición que se adapte mejor a los dos casos de laguna por mí propuestos: es decir, la falta de normas (la garantía de que he llamado “primaria” de la obligación correspondiente a los derechos sociales y la que he llamado “secundaria” de su utilización en un juicio) cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otras normas (las constitucionales que confieren los derechos sociales y la que establece, para todos los derechos, la accionabilidad en un juicio).

del derecho positivo de los actuales ordenamientos complejos, marcando el propio hecho de contener un derecho sobre sí mismo; pero son, por otra parte, principios normativos respecto del “ser” del derecho, que con esos principios puede muy bien estar, como es la naturaleza de todo fenómeno normativo, en contraste. De aquí el rol normativo de la teoría y junto a su función crítica y proyectiva. Porque los principios de derecho formulados por la teoría valen por un lado para fundamentar en el plano de la dogmática la crítica de las antinomias y de las lagunas; por otro lado para solicitar su superación mediante la elaboración a nivel teórico y la introducción en el plano práctico de adecuadas *garantías*: entendiendo por garantías precisamente a las técnicas idóneas para asegurar la efectividad de las normas como de los principios.

El segundo orden de implicaciones meta-teóricas de carácter pragmático está vinculado a otra clase de principios teóricos, no consistentes ni siquiera ellos en normas jurídicas y sin embargo pueden obtenerse inductivamente del sistema jurídico. Al igual que los *iuris tantum*, estos principios no son pues *principia iuris et in iure*, como son por ejemplo, el ordenamiento italiano, el principio de igualdad o la libertad de manifestación del pensamiento formulados por expresas normas constitucionales y por lo tanto *internas* al derecho y destinados a ser interpretadas por la dogmática constitucional. Pero no son ni siquiera *principia iuris tantum*, es decir externos al derecho, como son los de la lógica. Son de una categoría intermedia, por así decir *principia iuris et ex iure* (o si se prefiere de *iure*), implícitas en la estructura del ordenamiento investigado y la teoría explicitada y desarrollada: como el principio de legalidad, la separación de poderes, la representación política y similares. Mediante su análisis y elaboración, la teoría contribuye no sólo a la explicación, sino también a la construcción de su objeto. Por ejemplo, formula el

concepto de “validez”, explicitando normativamente las condiciones formales y sustanciales en el paradigma constitucional: por un lado la conformidad a los actos normativos a las normas formales, por otro lado la coherencia de sus significados con las normas sustanciales sobre su producción. Reformula, por ejemplo, el principio de estricta legalidad penal, definiendo las condiciones por las cuales se ha satisfecho, entre todas la taxatividad de las formulaciones de los supuestos de hechos penales, y caracterizándolo aquí como una regla semántica dirigida al legislador sobre la formación del lenguaje legal. Formula los conceptos de “derechos fundamentales”, de “derechos patrimoniales”, de “garantías primarias” y “secundarias” y de “separación de poderes”, enunciando los rasgos estructurales y por ello las condiciones que se requieren para su protección o satisfacción. Un último ejemplo, quizá aún más significativo: el principio de “rigidez” de las constituciones puesto que normas de nivel supraordinario de las leyes ordinarias fue sin duda una invención de la teoría, basada sobre la obvia tesis que una constitución totalmente flexible, es decir modificable con los mismos procedimientos previstos para las leyes ordinarias, es en realidad una ley ordinaria y no una Constitución, independientemente del nombre con que la llamamos o por particular solemnidad que le sumamos. Es evidente la enorme importancia en la práctica de esta elección teórica: de hecho las constituciones han sido por mucho tiempo consideradas flexibles, en ausencia de explícitas garantías institucionales como el procedimiento especial de revisión y el control de constitucionalidad de leyes, precisamente porque eran tales en el imaginario de los juristas, que ni siquiera concebían la posibilidad de una ley que vinculase la ley. Pero este imaginario ha sido cambiado por la teoría: precisamente por la teoría kelseniana de la construcción de grados del ordenamiento que ha contribuido a la introducción, en las democracias constitucionales del segundo período

de posguerra, tanto del juicio de constitucionalidad sobre las leyes como de los procedimientos agravados por la revisión de la Constitución.

Existen en definitiva elecciones teóricas que están en cualquier caso a espaldas de cada enfoque científico al derecho. Siendo el derecho un fenómeno artificial, será siempre el producto de un diseño, quizás implícito e inconsciente. Y forma seguramente parte del rol cognoscitivo e informativo de la ciencia jurídica la explicitación de las elecciones que son la base de la construcción jurídica así como de las que subyacen a su reconstrucción científica. La idea misma del “sistema jurídico” exige una ciencia jurídica no puramente cognoscitiva sino a su vez normativa, en virtud de las tres clases de principios anteriormente distinguidos: los *principia iuris tantum* y los *principia iuris et ex iure* elaborados por la teoría y los *principia iuris et in iure* reformulados por la dogmática. Y esto es más verdadero en el paradigma constitucional, que por un lado está marcado por los desniveles normativos y por ello por la virtual presencia de antinomias y de lagunas y, por otro lado, ha positivizado, a veces implícitamente y a veces explícitamente, las opciones que el derecho debe uniformarse y que forman parte del objeto de investigación de la ciencia jurídica. Dogmática y teoría del derecho no pueden, por tanto, limitarse a decir solo lo que el derecho es, no pudiendo no decir también lo que el derecho debe ser. Precisamente, las tesis teóricas enuncian, mediante las relaciones por ellas creadas entre los conceptos de la teoría, las condiciones estructurales de validez y de efectividad del derecho. Las tesis dogmáticas e interpretativas, a su vez, son explicativas de las normas sobre cuya base son formuladas, pero son normativas respecto a las del nivel subyacente, en virtud del principio teórico de legalidad que impone a las normas de cada nivel, como condición de validez sustancial, la coherencia con las del nivel superior.

7. EL ROL CRÍTICO DE LA DOGMÁTICA Y NORMATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Los demás juristas, no solo los dogmáticos sino también los teóricos, siempre han desempeñado un papel crítico y normativo respecto del derecho positivo objeto de investigación; solo que lo han llevado a cabo, normalmente, sin exponerlo explícitamente, a causa de la avaloratividad de la ideología que como se ha dicho al inicio siempre ha pesado sobre la cultura jurídica iuspositivista. Bastaría esto para refutar –por así decir “de hecho” –la primera de las dos críticas hechas por Paolo Comanducci, según la cual mi teoría carecería de capacidad explicativa porque “muy alejada del modo en que la dogmática y los operadores prácticos del derecho configuran e interpretan las relaciones entre los derechos fundamentales”²². En efecto, debemos distinguir, más allá de la importancia teórica del comportamiento de los juristas, entre lo que ellos dicen hacer y lo que hacen realmente. Y lo que ellos hacen, quizá bajo la sombra de una declarada avaloratividad, no consiste, como se ha dicho, en describir, sino en resolver los conflictos entre normas, y por eso, también entre derechos, sobre la base de teorías a menudo inconscientes y sin embargo no argumentada y por ello no controladas. Por lo demás, siendo el derecho un universo lingüístico, será inevitablemente moldeado por la interpretación ofertada por la ciencia jurídica; la cual, sobre todo respecto de los principios –que valen como tales sí y sólo sí valorados, compartidos y defendidos– tiene un papel por así decir performativo. Se pueden discutir, aceptar o rechazar las varias teorías que están detrás de las opciones y soluciones prácticas y de las diversas reconstrucciones dogmáticas. Pero no se puede negar su peso decisivo tanto en la práctica como en el conocimiento

²² P. Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*,

jurídico. Y es evidente que las peores teorías son aquellas que no explicitan y por ello son incontroladas.

Pero hay otra crítica, vinculada a la primera, realizada por Comanducci: la incoherencia de mi meta-teoría, la cual por un lado se profesa “divisionista, es decir acepta la gran división entre ser y tener que ser” y, por otro lado, pretende fundar una teoría que es normativista desde el punto de vista ético-político y en conjunto explicativa de la realidad; que en definitiva, en contraste con el implanto divisionista, pretende ser formal (fruto de estipulación), explicativa (pretende dar cuenta de la realidad), y, además, instrumental por la realización de finalidad ético-políticas”²³.

Es aquí donde se revela el verdadero punto de desacuerdo, que está en la base de ambas dos críticas. Este desacuerdo concierne a lo que entendemos, aún antes que con “teoría del Derecho”, con “realidad (evidentemente jurídica)”. ¿Cuál es la realidad de la que se ocupan los teóricos del derecho, es decir, cuál es el objeto de la teoría? Para Comanducci, se ha visto, ésta consiste en el “modo en que la dogmática y los operadores prácticos del derecho configuran e interpretan” el derecho. Al punto que el hecho de que, en mi opinión, en las estipulaciones teóricas “no importan dar cuenta de lo que piensan y hacen” los juristas equivale para él eludir la cuestión, que “es precisamente la de la capacidad de la cláusula de dar cuenta de la realidad. De lo contrario, ¿Por qué lo hacemos?”²⁴

Por lo tanto, según Comanducci, la “realidad” que la teoría del Derecho tiene la tarea de describir y de explicar no es el derecho, sino, autorreferencialmente, lo que alrededor del derecho “piensan y hacen los juristas”. Que es exactamente

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

lo que por “realidad” pretende el enfoque “genovés”, que Comanducci llama descriptivo y que de hecho se resuelve en un enfoque sociológico²⁵. Lo que Comanducci me cuestiona,

²⁵ “El estilo descriptivo” de la teoría, escribe Riccardo Guastini, “es el enfoque de quienes se limitan a describir la dogmática existente “desde punto de vista externo”, por encima de la discusión (se trata de una actitud típicamente “realista”), sin inmiscuirse, digámoslo así, en los litigios entre juristas, pero sólo poniendo de relieve los aspectos prácticos (por ejemplo: poniendo de relieve los presupuestos ideológicos y las implicaciones políticas de las diferentes tesis en comparación. *Este tipo de TD –puramente descriptiva– se resuelve, tendencialmente, en la historiografía (y/o en la sociología) de la ciencia jurídica*” (cursiva mía) (R. Guastini, *Immagini della teoria del diritto* (1994) en Id., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 12). Como ya he tenido ocasión de observar (en *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 95, nota), Parece aquí extraviarse en el espacio de la teoría del derecho: junto al “estilo descriptivo” que se resuelve “en la historiografía (y/o en la sociología) de la ciencia jurídica” (una especie de sociología del conocimiento jurídico), Guastini identifica el otro posible “estilo” de la teoría, que llama “constructivo”, en el enfoque de cuántos “intervienen directamente en las controversias entre juristas por ejemplo proponiendo las redefiniciones de conceptos controvertidos”, que a su vez “se resuelve, tendencialmente, en la dogmática misma (es la “alta dogmática” de la cual habla Scarpelli, representándola como una parte de la teoría del Derecho)” (idem). Sobre la “estilo descriptivo” de la teoría, cfr., también R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1982, p. 6: “El objetivo de la teoría del Derecho no es directamente de llegar a un más preciso conocimiento del derecho vigente, sino el de aclarar el sentido del discurso dogmático”; Id., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1992, 2 ed., p. 292, cuando la teoría del derecho se configura como “meta-ciencia de la ciencia jurídica” que “versa –a pesar de su nombre– no propiamente sobre el derecho, sino más bien en el discurso de la jurisprudencia misma”. Similar, pero más amplia, es la noción de teoría del derecho sugerida por P. Comanducci, *op. cit.*: “La tarea del teórico del derecho consiste en dar cuenta de la realidad jurídica concebida como un fenómeno predominantemente lingüístico: de los discursos del legislador, los jueces, los operadores prácticos del derecho, de la misma dogmática”: donde el derecho (es decir, los discursos del legislador) es abiertamente confuso, dentro de un único objeto o universo de discurso de la teoría, con la jurisprudencia (los discursos de los jueces y otros operadores) y con la ciencia del derecho (la dogmática).

en resumen, es no tener en cuenta, en el trabajo de elaboración teórica, lo que según su enfoque es la realidad del derecho y que por el contrario, según el enfoque que he propuesto, es la ciencia y la aplicación del derecho, bien separadas la una y la otra del derecho mismo.

Yo creo que la distinción entre derecho positivo por un lado y dogmática jurídica y jurisprudencia por la otra –uno como “realidad” que es objeto de “conocimiento” por parte de las otras, es decir, la dogmática en sede doctrinaria y de la jurisprudencia en sede operativa– es un postulado irrenunciable del positivismo jurídico; y que su confusión “realista”, si tiene alguna justificación en los sistemas de *common law*, no tiene ninguna en nuestros sistemas de derecho codificado. Como he demostrado en el apartado 2, en efecto, ésta ha entendido al principio de legalidad como metanorma de reconocimiento del derecho existente, consagrándose con la paso del derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno al moderno derecho legislativo.

La cuestión que no podemos eludir vuelve a ser entonces la ya examinada en los apartados que preceden: la compleja estructura, articulada sobre más niveles normativos, la “realidad” del derecho. “Lo que no me parece lícito –escribe Comanducci citando a Norberto Bobbio– es confundir el derecho como es con el derecho como debería ser”²⁶. Estoy de acuerdo, si por “derecho que debe ser” significan un derecho ideal, es decir, un sistema de principios de justicia ajeno al derecho positivo. Pero “el derecho que es” de las actuales democracias constitucionales incluye también “el deber ser” jurídico del derecho mismo. Y este “deber ser”, junto a su diferencia “del ser” del derecho, no puede ser ignorado por el jurista, pero debe ser por él tematizado: con

²⁶ P. Comanducci, *op. cit.*

respecto a sus contenidos por obra del jurista dogmático; con respecto a su estructura formal por obra del teórico del derecho.

Por otra parte, no es la teoría, sino el modelo de derecho por ella teorizado –del actual estado constitucional de derecho– que, retomando las palabras de Comanducci, es “instrumental a la realización de finalidad ético-políticas”, transformadas por otra parte, por su estipulación constitucional, en finalidad (y al mismo tiempo en normas) jurídicas positivas. Está claro que este modelo, abriendo el espacio a la (virtual) ilegitimidad del derecho positivo, con respecto a su necesidad de ser igualmente positivo; confiere una insuprimible dimensión pragmática a la ciencia jurídica: la función crítica de la dogmática y la constructiva y conceptual de la teoría. Esta dimensión pragmática, que también ha caracterizado siempre la ciencia jurídica, hoy no puede ser no reconocida, siendo inscrita en la misma estructura normativa del paradigma constitucional. Por supuesto que contradice cada concepción aséptica y puramente analítica de la teoría del derecho. Pero no puede ser ignorada sin comprometer, junto al rol civil y político de la ciencia jurídica, su consistencia lógica y su propia capacidad explicativa.

**LA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL**

1. LAS CONCEPCIONES SOLAMENTE FORMALES DE LA DEMOCRACIA. TRES APORÍAS

Según la concepción corriente la democracia es la forma de gobierno en la cual el poder es ejercido por todo el pueblo o por su mayoría, directamente o a través de representantes. Esta no es sólo la acepción etimológica, sino también la noción de “democracia” que recorre toda la historia del pensamiento político: la clásica tripartición introducida por Platón en el *Político*¹ y retomada por Aristóteles² esa idea rousseauiana de la voluntad general como autodeterminación de todos y de cada uno³, hasta

¹ “¿La tercera forma de constitución no es quizá el gobierno de la masa que tiene el nombre de “democracia”? (Platone, *Politico*, 291 d en Platone, *Tutti gli scritti*, Giovanni Reale (edición de), Milano, Bompiani, Milano 2008, 349).

² “Es necesario que el soberano sea uno solo, o pocos o muchos. Cuando uno, pocos o muchos gobiernan para el bien común, estas constituciones necesariamente son rectas, mientras que las que traten de salvaguardar al interés de uno solo o de pocos o de la masa se desvían... cuando la masa rige el Estado preocupándose por el interés común, esta forma de gobierno es llamada por el nombre común “politeia”... Desviaciones de las formas recordadas son, la tiranía del reino, la oligarquía de la aristocracia, la democracia de la politeia (Aristoteles, *Politica .Costituzione degli ateniesi*, R. Laurenti (edición de), Bari, Laterza, 1972, 1279b, 146).

³ Bobbio 2011(fn.73), *Aspetti del positivismo giuridico*, pogl.V, § 3,88. “Kaonačinpribližavanja studiju prava, pravni pozitivizam je karakterisan razlikom između realnog i idealnog prava, ili, drugim riječima, između prava kao činjenice i prava kao vrijednosti, između prava kakvo jeste i kakvo treba da bude; i između ubjeđenja da pravnik treba da se bavi prvim, a nedrugim.”

las actuales teorías de democracia representativa, de Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl, de Popper a Waldron⁴.

La democracia, según esta concepción, consistiría únicamente en un método de formación de las decisiones públicas: concretamente, en el conjunto de las “reglas del juego” que atribuyen al pueblo o a la mayoría de sus miembros el poder, directo o través de representantes, de asumir estas decisiones. Su único fundamento axiológico residiría en la *autonomía*, es decir, en el “poder de dar normas por sí mismos y no obedecer otras normas que las dadas por sí mismos”⁵: en el hecho, en otras

⁴ Cfr. Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), tr. it. de Giorgio Melloni, en Hans Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981; Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr. it. de Sergio Cotta y Giuseppino Treves, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, 289; Karl Popper, *La società aperta e i suoi nemici* (1945), Dario Antiseri (tr. it., edición de), Roma, Armando, 1973; Joseph Alois Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), Emilio Zuffi (tr. it., de), Milano, Edizioni di Comunità, 1955; Norberto Bobbio, *Il futuro dellademocrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984; Giovanni Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957; Robert Dahl, *La democrazia e i suoi critici* (1989), tr. it., Roma, Editori Riuniti, 1990; Michelangelo Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, RomaBari, Laterza, 2000. Me refiero también a las críticas que en base a esta concepción han sido dirigidas, en las discusiones en torno a mis tesis sobre la democracia constitucional por Michelangelo Bovero y por Anna Pintore, en Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Ermanno Vitale (edición de), Roma, Laterza, 2001, el cual he replicado *ivi*, III, §6, 318 – 331, y luego por Pedro Salazar Ugarte, Pablo de Lora y por Andrea Greppi y, también en términos problemáticos por, Alfonso Ruiz Miguel en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (ed.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, el cual he respondido en el libro *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Andrea Greppi (tr. al esp. de), Madrid, Editorial Trotta, 2006, en particular en el capítulo VI.

⁵ Norberto Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* (1954), ahora en *Teoria generale della politica*, Michelangelo Bovero (edición de), Torino, Einaudi, 1999, 228). Esta es la noción roussoniana

palabras, que las decisiones sean tomadas, directamente o indirectamente, por sus propios destinatarios, o cuanto menos por su mayoría, y sean por ello expresión de su misma “voluntad”. Esta noción de democracia es comúnmente llamada *formal* o *procesal*. En efecto, ella identifica la democracia sobre la base de solo *formas* y *procedimientos* adecuados para garantizar que las decisiones producidas sean expresión, directa o indirecta, de esa voluntad. La identifica, en otras palabras, en base a *quién* (el pueblo o sus representantes) y al *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, es decir, *qué cosa* se está decidiendo, aun si tales contenidos son reaccionarios, antisociales e incluso antidemocráticos.

Esta concepción, a mí me parece, que es excesivamente simplificada y en última instancia insostenible. Ciertamente la dimensión formal de la democracia como poder legitimado, directa o indirectamente, por la voluntad popular lo constituye un territorio absolutamente necesario: una *conditio sine qua non*, en ausencia de la cual no se puede hablar de “democracia” en modo alguno. Pero ésta no es ni la única condición necesaria, ni una condición suficiente. Por tres razones, corresponden a otras tantas aporías, que exigen que esta dimensión sea integrada por límites y restricciones *sustanciales* o de *contenido* que son típicamente los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados.

de libertad como “la obediencia a la ley que nosotros mismos hemos prescrito” (Rousseau 1972 (n.3), lib. I, cap. 8, 287), retomada por Kant: “Mejor es definir mi *libertad* externa (es decir, jurídica) como la facultad de no obedecer a otras leyes externas, sino a aquellas que yo he podido dar mi consentimiento” (Immanuel Kant, *Per la pace perpetua* [1795], sez. II, en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Gioleto Solari e Giovanni Vidari (tr. it. de), Torino, Utet, 1965, 292); “La *libertad* legal [es] la facultad de no obedecer a otra ley, que no sea aquella a la que ellos [los ciudadanos] han dado su consentimiento” (Immanuel Kant, *Principi metafisici della docttrina del diritto* [1797], ivi, §46,500).

La primera razón consiste en la falta de alcance empírico y consecuentemente, de capacidad explicativa de una definición de democracia que, al identificar únicamente rasgos formales, es decir, las condiciones en presencia de las cuales las decisiones políticas son la expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. Semejante definición no es capaz de dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, las cuales serían, a su modo, no - democráticas. Limitándose a exigir que los poderes públicos sean ejercidos por el pueblo como sea, y configurando por lo tanto la democracia como poder popular absoluto, ella ignora y contradice el paradigma del estado de derecho, que no admite la existencia de poderes no sujetos a la ley⁶, y tanto más del Estado constitucional de derecho, dentro del cual no es cierto que el poder del pueblo es ilimitado. La novedad introducida por el constitucionalismo, en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo es jurídicamente regulado y limitado: con respecto no solo de las formas, predispuestas a garantizar el poder de la mayoría, sino también a la

⁶ Un sistema “democrático” donde la soberanía popular no estuviera sometida a la ley correspondería plenamente a la noción de Estado absoluto definida por Hobbes: “el soberano de un Estado, ya sea “éste una” asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles. En efecto, teniendo el poder de hacer y de derogar las leyes, puede liberarse de la sujeción derogando las leyes que lo alteran y haciendo nuevas” (Thomas Hobbes, *Leviatano* [1651], Raffaella Santi (tr. it. edición de), Milano, Bompiani, 2001, parte II, cap. xxvi, § 6, 433); y más allá: “Una cuarta opinión incompatible con la naturaleza del Estado es esta, *que quién ejerce el poder soberano está sujeto a las leyes civiles...* un soberano no está sujeto a las leyes que él mismo, es decir, el estado hace, porque estar sujeto a las leyes es estar sujeto al Estado, es decir, a su representante soberano, que es precisamente él. La suya no es una sujeción, sino una libertad por las leyes. Ese error, poniendo las leyes por encima del soberano, coloca encima de él también un juez y un poder que puede castigarlo y esto significa hacer un nuevo soberano y luego, por el mismo motivo, un tercero que castigue el segundo y así hasta el infinito, con la consiguiente confusión y disolución del Estado. (ivi,§9,529).

sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de las específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y de los derechos fundamentales. ¿Deberíamos concluir, al igual que la noción formal de democracia únicamente como “poder del pueblo”, que estos sistemas no son democráticos? ¿O no debemos afirmar, por el contrario, que precisamente en ausencia de límites, también podemos hablar de “democracia” en sentido puramente político o formal, no podemos ciertamente hablar a propósito de su forma compleja y hoy casi generalizada que es la “democracia constitucional”?

La segunda razón consiste en el vínculo indisoluble, descuidado por las concepciones puramente formales de la democracia, entre la democracia política y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos que operan como límites o restricciones de contenido a la voluntad, de otra manera absoluta, de las mayorías. En primer lugar los derechos de libertad. La voluntad de los electores se expresa en efecto *auténticamente* solo si puede expresarse *libremente*. Y puede expresarse libremente solo si está garantizado el ejercicio, además del derecho de voto, las libertades fundamentales por parte de todos y de cada uno: la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión y de asociación. Los derechos de libertad, por otra parte, en tanto son efectivos en cuanto estén a su vez sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas, es decir, a la subsistencia, a la salud, a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos y obligaciones públicas a ellos correspondientes, tanto los derechos políticos como los derechos de libertad estarían destinados a permanecer sobre la mesa: porque no hay participación en la vida pública sin garantía de los mínimos vitales ni formación de voluntad conscientes sin educación e información. Normalmente a la noción puramente formal o procesal se añade la tesis de que los límites a la voluntad de las mayorías asegurados por determinados

derechos fundamentales son “condiciones”, o “precondiciones” o “presupuestos” de la democracia⁷. Pero una condición, si se considera necesaria, equivale a un requisito esencial, y deberá ser incluida, como condición *sine qua non*, en la definición del término por definir.

La tercera razón consiste en la poca consistencia teórica de un concepto de democracia meramente formal que quiera ser consecuente a sí mismo. Un cierto límite sustancial a los contenidos de las decisiones legítimas es en efecto necesario a la misma democracia política, la cual en su ausencia *no puede* –o, cuanto menos, *puede no*– sobrevivir. Y es siempre posible, en principio, que con métodos democráticos se anulen, por mayoría, los mismos métodos democráticos: no solo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en resumen, todo el sistema de reglas en el cual la democracia política consiste. No se trata de hipótesis de

⁷ Véase Bobbio, 1984 (n. 4), 6: “también para una definición mínima de democracia, como es la que acojo... es necesario”, en adición al sufragio universal y al principio de mayoría, “una tercera condición: es necesario que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a aquellos que deben decidir sean puestos frente a las alternativas reales y se pongan en condición de poder elegir entre la una y la otra. Para que se realice esta condición, es necesario que los llamados a decidir tengan los llamados derechos de libertad, de opinión, de expresión de su propia opinión, de reunión, de asociación, etc... Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego”. De igual modo, Kelsen: “Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos. En cuanto la opinión pública puede surgir donde están garantizadas la libertad de pensamiento, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aunque no coincide necesariamente con el económico” (Kelsen 1959 (n. 4), parte II, IV, B, *d*, 293): donde está claro que esta “coincidencia” hace de los derechos de libertad una dimensión esencial y sustancial de la democracia. En el mismo sentido, Bovero 2000(n.4), cap. II, §6, 38 – 41.

escuela: es lo que ocurrió con el fascismo y el nazismo del siglo pasado, que en formas democráticas se apoderaron del poder y luego suprimieron la democracia. Fue por esas tragedias que nació el paradigma constitucional y garantista de las actuales democracias, sobre la base de dos duras lecciones: por un lado el fin de toda ilusión sobre los valores sustanciales de justicia y libertad asegurados por voluntad de la mayoría y el consenso prestado a los poderes políticos; por otra, y en consecuencia, la necesidad de límites y vínculos sustanciales a estos impuestos, como garantía de la propia democracia, por principios de justicia rígidamente celebrados en las nuevas constituciones.⁸

2. LA DIMENSIÓN FORMAL DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La primera lección es que el método de formación de las decisiones políticas basado sobre la representación popular por medio del sufragio universal y del principio de mayoría designa y garantiza solo la *forma* democrática de la selección de los gobernantes. Pero este método no implica en absoluto que las decisiones adoptadas por la mayoría tengan, en cuanto tales, una *sustancia democrática* y un valor de justicia. No implica, en otras palabras, ninguna connotación del poder del pueblo o de la mayoría como poder bueno y justo.

Es esta la tesis que atraviesa gran parte de la historia del pensamiento democrático: desde la apología de la democracia directa formulada por Protágoras en el homónimo diálogo de

⁸ Para un análisis del paradigma constitucional me remito a Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., RomaBari, Laterza, 2007, vol. I, *Teoria del diritto*; vol. II, *Teoria della democrazia*; vol. III, *La sintassi del diritto* (de ahora en adelante PI, I; PI, II; PI, III). Véase también *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), RomaBari, Laterza, 9ªed., 2008, parte V.

Platón⁹, al argumento de Aristóteles sobre las múltiples y por ello superiores inteligencias que concurren en las decisiones¹⁰, hasta las tesis de Rousseau sobre la voluntad general como voluntad “siempre recta” y dirigida “a la utilidad pública”¹¹,

⁹ *Protágora*, 323a: “Los atenienses, y también a los otros, cuando sea en cuestión la habilidad de arte de construir o de algún otro arte, consideran que pocos deben participar en las deliberaciones. Y si alguien que no sea de estos pocos quiere dar consejos, no lo soportan, como tú dices: y una buena razón, digo yo. Pero cuando se reúnen en asamblea para cuestiones que afectan a la virtud política, y se debe proceder exclusivamente con justicia y moderación, es natural que ellos acepten el juicio de cualquier persona, convencidos de que todos, por necesidad, participen de esta virtud, de lo contrario no existiría la ciudad” (Platón 2008 (n. 1), 820).

¹⁰ Aristóteles 11972 (n. 2), 1281b, 154–155: “Que la masa debe ser soberana del Estado en preferencia de los mejores, que aunque son pocos, parece que se puede sostener: implica dificultades, pero quizás también la verdad. Puede suceder en efecto que los muchos, aunque individualmente no excelentes, cuando se reúnan sean superiores a ellos, no tomados individualmente sino en su totalidad, como lo son los almuerzos comunes respecto a los preparados por uno solo. En realidad, siendo muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de sabiduría y como cuando se reúnen juntos, en masa, pasan a ser un hombre con muchos pies, con muchas manos, con muchos sentidos, pasan a ser un hombre con muchos excelentes dotes de carácter e inteligencia”.

¹¹ “La voluntad general es siempre recta y tiende cada vez a la utilidad pública” (Rousseau 1972 (n. 3), LIB. II, Cap. III, 290): “cuando todo el pueblo delibera sobre todo el pueblo, éste no se considera a sí mismo... entonces el objeto sobre el cual se decidirá es general, como la voluntad decisoria. Este acto yo llamo una ley... en base a este concepto se ve enseguida que no hay que preguntar... Si la ley puede ser injusta, porque nadie es injusto hacia sí mismo... por sí mismo el pueblo quiere siempre el bien, pero no siempre lo ve por sí mismo. La voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la guía no siempre es iluminado. Es preciso hacerle ver a los objetos como son, y a veces como deben aparecer, mostrar el buen camino que busca, protegerla de la seducción las voluntades particulares, acercar a sus ojos los lugares y los tiempos, hacer contrapeso al atractivo de los beneficios presentes y sensibles con peligro de los males lejanos y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos igualmente tienen necesidad de conducción” (ivi, lib. II, cap. VI, 295 – 296).

sustancialmente retomadas por Kant, según el cual esta voluntad no puede “producir injusticia” ni “perjudicar a nadie”¹². Es el principio, formulado en el art. 4 de la Constitución francesa de 1793, según el cual, la voluntad general es también, siempre, una voluntad justa: “La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general...; ella no puede ordenar lo que es justo y útil a la sociedad; ella no puede defender lo que es nocivo”. Se trata en realidad de un *non sequitur*. Prueba de ello es el hecho de que en la historia del pensamiento político, la forma de gobierno democrático ha sido a menudo asociada a connotaciones axiológicas negativas derivadas de la devaluación o peor al desprecio del pueblo¹³. En cualquier caso, la ilusión de la voluntad general como voluntad buena ha sido trágicamente desmentida por los horrores de los totalitarismos del siglo XX, que sin duda gozaron de un consenso mayoritario. Y vuelve lamentablemente a reto-

¹² Se recuerdan estos pasajes abiertamente rousseauianos de Kant: “El poder legislativo puede recaer únicamente en la voluntad colectiva del pueblo. En efecto, puesto que de este poder deberán proceder todos los derechos, ello no debe en absoluto *poder* recaer en injusticia a alguien con sus leyes. Ahora es siempre posible, cuando nadie decide algo contra *otro*, que él cometa contra él una injusticia; sino no la comete nunca, sin embargo, en lo que él decida respecto a sí mismo (porque *volentis no fit iniuria*)” (Kant 1965 (n.5), § 46, 500); “Una ley pública, que determina para todos lo que debe ser jurídicamente lícito o ilícito, es el acto de una voluntad pública del que deriva todo el derecho, y que por lo tanto no debe poder hacer daño a nadie. Pero esto no es posible a otra voluntad que no sea la del pueblo entero (en el que todos deliberarán sobre todos y por lo tanto cada uno sobre sí mismo), ya que solo a sí mismo no se puede hacer daño” (Immanuel Kant, sobre el dicho común: “esto puede ser justo en teoría, pero no vale para la práctica” [1793], II, en Kant 1965 (n. 5), 259).

¹³ Véase Norberto Bobbio, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, (1981), en Bobbio 1999 (n. 5), 384. Basta recordar la connotación negativa asociada desde Platón a la democracia en el VIII libro de la *Repubblica*. Pero si se ve la amplia revista de valoraciones negativas del *demos* en la historia del pensamiento político no solo conservador o reaccionario, sino también liberal, ofrecida por Valentina Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, RomaBari, Laterza, 2011, primera parte.

marse, como en estos años hemos experimentado en Italia, en la demagogia populista y en el sentido común.

Excluida toda connotación sustancial de la voluntad popular como voluntad justa, deberíamos entonces, si es por lo menos sostenible como fundamento axiológico de la democracia formal o de procesal, su caracterización como “auto-nomía”, o “autogobierno” o “auto-determinación” popular, es decir, como libertad positiva del pueblo de no estar sujeto a otras decisiones, y por lo tanto a otros límites o restricciones, que no sean los deliberados por sí mismo. Es la clásica tesis recordada al inicio y apoyada también por Hans Kelsen: “Políticamente libre”, escribe Kelsen, “Es quien está sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. Un individuo es libre si lo que él “debe” hacer según el ordenamiento social coincide con lo que él “quiere”. Democracia significa que la “voluntad” que está representada en el ordenamiento jurídico del Estado es idéntica a la voluntad de los súbditos. Su antónimo es la sujeción a la autocracia¹⁴. Kelsen admite que “democracia y autocracia, que han sido ahora definidas, no describen efectivamente determinadas constituciones históricas, sino representan más bien los tipos ideales. En la realidad política no hay ningún Estado que se ajuste totalmente a uno u otro de estos tipos ideales”¹⁵. Y se repliega por ello en una fundación cuantitativa de la democracia política cuya maximización de la libertad política está garantizada por el principio de mayoría: “La idea de que está en la base del principio de mayoría es que el ordenamiento social debe estar de acuerdo con la mayor parte de sujetos posible, y en desacuerdo con quienes menos sea posible. Dado que la libertad política significa un acuerdo

¹⁴ Kelsen 1959 (n. 4), segunda parte, IV, A, b, 289. “Il principio di maggioranza, e per tanto l’idea di democrazia, è una sintesi delle idee di libertà e di eguaglianza” (ivi, B, b, 3).

¹⁵ *Ibidem*.

entre la voluntad individual y la voluntad colectiva expresada en el ordenamiento social, el principio de mayoría simple es el que asegura el más alto grado de libertad política posible en la sociedad”¹⁶.

Pero también esta es una representación ilusoria. Como ha observado el mismo Kelsen, en la democracia representativa el voto popular solo contribuye a la elección de quien está llamado a decidir, pero no tiene nada que ver con las decisiones adoptadas por los elegidos¹⁷. El pueblo, en la democracia representativa, no decide nada acerca de las cuestiones políticas. Decide solo, en las formas y en la medida en que lo permiten las leyes electorales, quienes serán los que decidirán. No en el caso de la prohibición del mandato imperativo¹⁸, mucho más que

¹⁶ Kelsen 1959 (n. 4), B, b, 2, 291–292; *ivi*, 291: “El máximo grado de libertad posible, es decir, la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación que sea compatible con la existencia de un ordenamiento social, es garantizado por el principio de que un cambio del ordenamiento social requiere el consentimiento de la mayoría simple de quienes están sujetos”. La misma tesis cuantitativa fue formulada por Kelsen en Kelsen 1981 (n. 4), 46, cuando el principio de mayoría fue fundado sobre “la idea que, si no todos los individuos, al menos el mayor número de ellos son libres, lo que quiere decir, que es necesario un orden social que esté en contradicción con el más pequeño número de ellos».

¹⁷ La idea de que los representantes expresen la voluntad de los electores, escribe Kelsen, es “una ficción” y una “ideología política” cuya función “es de ocultar la situación real, de mantener la ilusión de que el legislador sea el pueblo, a pesar del hecho de que, en realidad, la función del pueblo – o, formulada más exactamente, del cuerpo electoral – sea limitada a la creación del órgano legislativo” (Kelsen 1959 (n. 4), B, g, 296).

¹⁸ Establecido, por ejemplo, en el art. 67 de la Constitución italiana: “todo miembro del Parlamento representa la nación y ejerce sus funciones sin restricción de mandato”. La prohibición del mandato imperativo fue emitido por primera vez por la Constitución francesa del 3 de setiembre 1791: “Los representantes electos de los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino toda la nación y no podrá ser dado ningún mandato” (art. 7 de la sección III, del capítulo I, del título III).

un rasgo accidental, forma parte de la noción misma de democracia representativa, no siendo ni siquiera posible imaginar, al momento de las elecciones, las decisiones que serán tomadas por los elegidos. También en la democracia directa, sin embargo, se decidirá en cualquier caso por mayoría, y quien sigue estando en minoría resulta subordinado a la voluntad heterónoma de la mayoría. La única hipótesis de efectiva autodeterminación popular se tendría por ello, en una democracia directa en que todas las decisiones se toman por unanimidad. Pero este tipo de unanimidad, si fuera verosímil, haría suponer una mucho más grave destrucción del espíritu público: normalización ideológica y el fin del pluralismo y del conflicto político y por eso precisamente de la libertad¹⁹. Lo que caracteriza la democracia, en efecto, no es tanto el libre consentimiento, sino sobre todo el libre desacuerdo.

Por otra parte, como el propio Kelsen nos ha enseñado, el pueblo es un sujeto colectivo, que puede deliberar solo por mayoría, en la democracia representativa, sobre la elección de sus representantes. La ecuación entre autonomía y método decisorio basado en los principios de mayoría y representación corre el riesgo de secundar una concepción comunitaria, organicista y holística de la democracia basada en la idea – claramente ideológica y cargada de implicaciones autoritarias y populistas– que el pueblo es un “cuerpo político”²⁰, una

¹⁹ “A menudo, lamentablemente”, escribe Bobbio, “las mayorías son formadas no por los más libres sino por los más conformistas. Por regla general, por el contrario, tanto más altas son las mayorías, especialmente las que rozan la unanimidad, tanto más surge la sospecha que la expresión del voto no haya sido libre. En este caso la regla de la mayoría ha prestado todos sus buenos servicios que se pueden pedir pero la sociedad de la cual ella es el espejo no es una sociedad libre” (Bobbio 1999 (n. 5), *La regola di maggioranza*, 391).

²⁰ Se recuerdan los célebres pasajes de Rousseau: “Inmediatamente, en lugar de la persona privada de cada contratante, este acto de asociación produce

especie de organismo, un macro – sujeto, dotado de una propia voluntad homogénea y que los principios de la representación y de la mayoría, en lugar de simples convenciones más que otra idónea para determinar los sujetos más representativos, sean realmente las formas por la cual se expresa la voluntad general y unitaria del pueblo como sujeto a su vez unitario y orgánico²¹. Por otro lado, si abandonamos estas insidiosas metáforas, debemos reconocer, como escribió Hans Kelsen en polémica con Carl Schmitt, que dicha voluntad unitaria no existe²², y su asunción ideológica sólo sirve para legitimar el poder absoluto

un cuerpo moral y colectivo, compuesto por tantos miembros cuántos votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su *yo* común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se forma de la unión de todas las otras, tomaba un tiempo el nombre de *ciudad* y toma ahora el de *república* o de *cuerpo político*...En cuanto a los asociados, ellos toman colectivamente el nombre de *pueblo*” (Rousseau 1972 (n. 3), lib. I, cap. VI, 285); “Con el pacto social nosotros hemos dado existencia y vida al cuerpo político; ahora se trata de darle el movimiento y la voluntad con la legislación” (ivi, lib. II, cap. VI, 294). Esta idea de la “unidad real” de quienes han celebrado el pacto social y del “cuerpo político” por este generado, está presente también en Hobbes, en Locke y en Kant (véanse los pasajes mencionados en PI, II, nota 11, 114–115) y ha contribuido al prejuicio ideológico de la relación orgánica entre representantes y representados.

²¹ ¿“Pero qué cosa es este pueblo?” se pregunta Kelsen: “una pluralidad de individuos sin duda. Y parece que la democracia requiere, básicamente, que esta pluralidad de individuos constituya una unidad, tanto más cuanto que, aquí, el pueblo como unidad es - o debería teóricamente ser - no tanto objeto como sujeto del poder. Pero de donde pueda resultar esta unidad que aparece con el nombre de pueblo, sigue siendo problemático mientras se consideran sólo los hechos sensibles. Dividido por contrastes nacionales, religiosos y económicos, el pueblo parece, a ojos del sociólogo, más bien como una multiplicidad de grupos separados que como una masa coherente de uno y de un mismo estado de aglomeración” Kelsen 1981 (n. 4), cap. II, 50 – 51).

²² Hans Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?* (1931), §10, tr.it. en Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Carmelo Geraci (edición de), Milano, Giuffrè 1981, 277.

de la mayoría, destinada quizás a encarnarse en un caudillo, y a ocultar la pluralidad de intereses y de las opiniones y el conflicto por el cual el denominado “pueblo” es atravesado²³.

Pero entonces también la idea de la democracia política como “autogobierno” –en la cual las teorías procesales identifican el fundamento axiológico de la democracia– es una idea falaz. La tesis clásica y dominante según la cual ella consistiría, como escribirían Rousseau y Kant, en el no obedecer a otras leyes a las que nosotros mismos nos hemos prescrito, o incluso, como escribió Kelsen, en el acuerdo entre voluntad individual y voluntad colectiva es una tesis claramente ideológica, que hace alusión a hipótesis que en el mejor de los casos es inverosímil y en el peor es fuertemente reaccionario. Podemos caracterizar los derechos políticos como “derechos de autonomía política”²⁴. Pero está claro que “autonomía” no designa nada, en esta expresión, autogobierno político, es decir, la sujeción a las leyes producidas por sí mismos. Las leyes, todas las leyes, siguen siendo heterónomas, también para la mayoría. Se deduce que el único sentido que puede ser asociado a la “autonomía” garantizado por los derechos políticos es la libre autodeterminación de su ejercicio, que se manifiesta en el consenso y aún más en el desacuerdo; en libre adhesión, pero también, y más aún, en la libre oposición; en el compartir pero también en la crítica y en el conflicto político por ella legítimamente generado.

²³ Ivi, 275: La idea de que el pueblo sea “Un colectivo unitario homogéneo”, compartido por “un interés colectivo unitario que se expresa en una voluntad colectiva unitaria”, sirve para “Enmascarar el contraste de intereses, efectivo y radical, que se manifiesta en la realidad de los partidos políticos y en la realidad, aún más importante, del conflicto de clase que hay detrás”.

²⁴ Así los he llamado en PI, I, § 11.4, 744 – 747, en la definición D 11. 17. De esta noción he demostrado, con la tesis T 11. 72, la equivalencia con la de “derechos políticos”.

En definitiva, el único fundamento axiológico de la dimensión formal o política de la democracia es la igualdad, determinada por el sufragio universal, en la específica clase de derechos fundamentales que está formada por los derechos políticos. No olvidemos que la democracia no ha sido un valor compartido hasta el siglo XX. La misma idea de “autonomía”, como fundamento del sufragio restringido, ha estado asociada al pensamiento liberal del siglo XVII XVIII más iluminado, a causa del rechazo por ellos opuesto al principio de igualdad, únicamente los ciudadanos instruidos y/o propietarios porque son considerados los únicos capaces de auténtica autodeterminación²⁵. Por lo tanto el valor conexo a la igualdad, a su vez asociado al de la dignidad de la persona, que ha determinado el cambio, de negativo en positivo, del juicio sobre la democracia. Sufragio universal y principio de mayoría están tan consolidados como técnica más que otra en la selección de los gobernantes: porque este método permite que en esta participen en condiciones de igualdad todos los gobernados;

²⁵ Pazé 2011 (n. 13), 28 – 29. “Todo los ciudadanos”, escribió Montesquieu, “deben tener el derecho de dar su voto para elegir el representante, excepto los que son de tan baja condición que se considera que no tengan voluntad propia” (Charles de Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), Sergio Cotta (tr.it.edición de), Torino, Utet, 1952, II, lib. XI, cap.VI, 281). Y Kant: “quien tiene el derecho de voto en esta legislación se llama ciudadano... la calidad que a esto se exige, además de la natural (que no sea un niño, ni una mujer, es esta única: que él sea dueño de sí mismo (sui iuris) y por lo tanto tenga alguna propiedad... que procuren los medios para vivir; y esto en el sentido que en los casos en que para vivir debe comprar bienes de otros, él las compras sólo mediante enajenación de lo que es suyo y no para concesión que él haga para otros del uso de sus fuerzas; por lo tanto que él no sirva en sentido propio de la palabra a ningún otro sino a la Comunidad” (Kant, *Sopra il detto comune*, en Kant 1965 (n. 5), II, 260–261). Véase, sin embargo, los trayectos mediante los cuales la idea de la democracia como valor positivo viene afirmándose en el pensamiento ilustrado napolitano de finales del siglo XVIII, Dario Ippolito, *Le dimensioni della ‘democrazia’: un itinerario meridionale tra illuminismo e repubblicanesimo*, en Antonio Trampus (edición de), *Parole e linguaggi del tardo illuminismo*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2011.

porque ello favorece el pluralismo político e ideológico; así como el conflicto entre opciones y concepciones diferentes de los intereses generales: porque concede representación al desacuerdo y deja espacio a la organización de la oposición política y social, porque hace posibles alguna forma de control popular y de responsabilidad de los representantes, aunque solo mediante su no reelección, y las posibles alternativas de gobierno, porque por último, junto con los derechos de libertad, éste promueve la participación popular y desarrollo del debate y la opinión pública al que están supeditadas tanto la formación de las mayorías como sus concretas decisiones. Por supuesto, la realización más o menos satisfactoria de estas finalidades depende en gran parte de las leyes electorales, que son las leyes de aplicación y de garantía de los derechos políticos. Lo importante es que se rehúye de las dos falacias ideológicas aquí detectadas y el *excedente* de legitimación ideológica impropia de ellas prestado al poder político: la idea de que la voluntad política expresada con el método democrático es una voluntad buena y justa y la, no menos insidiosa, que ella consista en el autogobierno popular.

3. LA DIMENSIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. TEORÍA JURÍDICA DE LA VALIDEZ Y TEORÍA POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA

La segunda y aún más importante lección que puede ser, trata del reconocimiento de las tres aporías al inicio ilustradas, es que el rasgo formal y procesal expresado por la forma representativa de las decisiones políticas, aunque siendo necesario, no es suficiente, ni sobre el plano empírico, es decir: con referencia a las actuales democracias constitucionales, ni sobre el plano teórico, con referencia a la noción misma de democracia política, para definir la democracia. Precisamente porque la dimensión formal de la democracia no garantiza, en absoluto ni

la bondad de las decisiones políticas, ni su correspondencia a la (supuesta) voluntad popular, para que un sistema sea democrático, se requiere que a la mayoría le sea al menos sustraído el poder de suprimir a las minorías y en cualquier caso el poder de las posibles, futuras mayorías. Pero este es un rasgo sustancial, que tiene que ver con el contenido de las decisiones, y que por lo tanto contradice la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, es decir, en las normas de procedimiento que garantizan la representatividad popular de las decisiones mediante sufragio universal y el principio de mayoría. Sin duda, rasgos sustanciales de este tipo, necesarios para garantía del mismo método democrático y de sus diversos y complejas condiciones, son Estados teorizados, en el estado liberal y legislativo de derecho: pero como límites *políticos* o *externos* y no también como límites *jurídicos* o *internos*. La democracia constitucional ha transformado estos límites políticos o externos en límites y normas jurídicas o internas. Esta ha sido la gran invención del constitucionalismo garantista del segundo período de posguerra europeo²⁶. El resultado es un paradigma complejo –la democracia constitucional –que junto a la dimensión política o *formal* incluye también una dimensión que bien podemos llamar *sustancial*, ya que afecta a los contenidos, es decir, la esencia de las decisiones: lo que a cualquier mayoría está, por un lado prohibido y por otra es obligatorio decidir.

²⁶ Como alternativa a las medidas reaccionarias de la “democracia protegida” adoptadas, como recuerda Pazé 2011 (n. 13), 92–93, por la Ley Fundamental alemana de 1949: como la prohibición establecida en el art. 9 de las asociaciones “directas contra el ordenamiento constitucional o contra el principio de la comprensión de los pueblos”; la pérdida de derechos de libertad prevista en el art. 18 para quien abusa “por combatir en el ordenamiento fundamental democrático y liberal”; la puesta en anuncio como “inconstitucionales”, establecida en el art. 21, de los partidos que “para sus objetivos o para el comportamiento de sus adherentes tratan de perjudicar o eliminar en el ordenamiento fundamental democrático”.

Para comprender este cambio de paradigma de la democracia y del Estado de derecho, conviene reflexionar sobre el cambio de sede institucional y sobre la revisión en el seno de la teoría del Derecho, ocurrido con el paradigma constitucional, de las condiciones de *validez –sustancial*, además de *formales*– de la producción legislativa²⁷. En efecto, existe un nexo interactivo entre el cambio estructural de estas condiciones en el antiguo estado legislativo de Derecho y el cambio estructural de la democracia generados ambos por el paradigma del constitucionalismo rígido. Existe, más en general, un nexo isomórfico, demasiado a menudo ignorado, entre las condiciones jurídicas de validez, sean cuales sean, democráticas o no democráticas y las condiciones políticas de legitimidad del ejercicio del poder legislativo: en resumen, entre el derecho y política, y entre teoría del derecho y teoría política. Es el nexo que hace de la teoría política una interpretación semántica, precisamente filosófico - política, del aparato conceptual elaborado por la teoría del Derecho. La teoría del derecho, en efecto, nos dice qué es la validez: no cuáles son o qué es justo que sean las condiciones de la validez de las normas –que es lo que nos dicen las disciplinas jurídicas de los distintos ordenamientos y las diferentes filosofías políticas de la justicia– sino en qué cosa tales condiciones consisten. Esto lo dice, en cuanto teoría pura o formal, con la definición del concepto de validez: es válida, en un ordenamiento, cualquier norma producida en conformidad con las normas de este ordenamiento sobre su producción. La teoría política de la democracia nos dice, en cambio, cuáles son o deben ser, en democracia, las formas precisamente democráticas de producción normativa y en general de las decisiones

²⁷ Cfr. Ferrajoli 2008 (n. 8), cap. XIII, 895 – 909, 917, 926; Luigi Ferrajoli, *Il diritto come sistema di garanzie*, en *Ragion pratica*, I, 1993, 143 – 161; Vitale 2011 (n. 4), I, 18 – 22, II, 145 – 50 e III, 318–332; PI, I, cap. IX, §§ 9. 10 – 11, 530 – 542.

políticas. Pero la misma cosa sería una teoría política de la autocracia: la identificación de las formas autocráticas – por ejemplo, el principio *quod principi placuit legis habet vigorem*, entendido “principios” como órgano monocrático dotado de poder absoluto y “VIGOREM” en el sentido de “VALIDITATEM” – de la producción de las normas y más en general de las supremas decisiones políticas.

Este isomorfismo existe claramente entre la teoría kelseniana de la democracia política y la teoría kelseniana de la validez, la una y la otra anclados en las formas de producción jurídica y por ello el carácter formal o de procedimiento de una y de la otra. Tanto Kelsen como Bobbio, en efecto, han formulado una noción puramente formal de validez de las normas, identificándola con su existencia, vinculada a su vez a las formas establecidas por las normas sobre su formación²⁸. De aquí, desde esta noción formal de validez, su concepción igualmente formal o procedimental de la democracia, consistente en nada más que en el carácter democrático de estas formas, es decir, de las normas – del sufragio universal al principio de mayoría – sobre la producción normativa. Si es cierto que la validez de las normas depende de su producción en las formas preestablecidas por las normas sobre su formación, entonces la democracia política no puede ser otra, para Kelsen como para Bobbio, que la democratización de estas formas, es decir, del “Quién” y del “Cómo” de las decisiones, confiadas a gobernantes elegidos por sufragio universal y deliberadas por mayoría.

Pero es precisamente el isomorfismo entre la noción jurídica de validez y la noción política de ejercicio legítimo del poder que sugiere, en los actuales ordenamientos dotados de constitución rígida, identificación, junto a la dimensión formal o procesal

²⁸ Sobre este punto me remito a la primera respuesta desarrollada en la conversación con Juan Ruiz Manero, aquí desarrollada en el capítulo IV.

de la democracia, de una no menos importante dimensión sustancial, generada por las más complejas condiciones en ellos requeridas por la validez de las normas. Las constituciones rígidas han cambiado las condiciones de validez de las leyes, que han vinculado no solamente al “quien” y al “como”, es decir, la forma de producción de las decisiones, sino también al “qué”, es decir, a la forma de producción de sustancia o al contenido de las decisiones producidas. Se deduce, en adición a la dimensión formal, una dimensión sustancial de la validez como de la democracia, que no tiene nada que ver con la idea de la voluntad general como voluntad buena y justa, pero a lo más, al contrario, con la idea, exactamente opuesta, que es muy posible que esta voluntad no es ni buena ni justa. Esta segunda dimensión ha sido injertada, en nuestros ordenamientos, por la positivización en constituciones rígidas, ¿Qué normas sustanciales sobre la producción legislativa, de los derechos fundamentales y de otros principios de justicia?, como el principio de igualdad, la dignidad de la persona y similares. En consecuencia, diremos que en las democracias constitucionales sigue siendo cierto *quod principi placuit legis habet vigorem*, entendido “vigor” en el sentido de “existencia”, pero no es más cierto que éste tenga también *validitatem*, pudiendo bien ocurrir que una norma formalmente válida producida en las formas normativamente previstas sea, sin embargo, sustancialmente inválida en oposición a las normas constitucionales.

En definitiva, con el paradigma constitucional, la vieja coincidencia entre validez y vigor (o existencia) de las normas que es el rasgo distintivo del Estado legislativo de derecho y un postulado del paleo –iuspositivismo y que fue extrañamente y constantemente defendido por Kelsen, a quien también se debe la teorización de la estructura en grados del ordenamiento y del control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de las leyes. Pero de nuevo, en el paradigma de la democracia constitucional,

podemos registrar el isomorfismo que también en materia sustancial liga validez y democracia: los límites y los vínculos sustanciales, es decir, de contenido, impuestos por los derechos fundamentales a la voluntad de las mayorías, valen, en efecto, para condicionar la validez jurídica de las normas no solo a sus formas sino también a sus contenidos; no solo a su conformidad con las normas formales, sino también a su coherencia con las normas sustanciales sobre su producción. Y es claro que esta nueva dimensión sustancial de la validez retroactiva sobre estructura de la democracia y del ejercicio democrático del poder, cuya legitimación no es solo política o formal, es decir basada en el sufragio universal y sobre el principio de mayoría, sino también legal o sustancial, es decir, basada en el respeto y la aplicación de normas constitucionales sustanciales²⁹.

Es por lo tanto la virtual y estructural divergencia progresiva entre la validez y el vigor, es decir, entre el tener que ser constitucional y ser legislativo del derecho mismo, en que consiste el cambio de paradigma, del derecho como de la democracia, generado por el actual constitucionalismo rígido. En la democracia solo política propia del viejo estado legislativo

²⁹ No es inútil precisar, para evitar malentendidos, que también los conceptos de “validez sustancial” y de “normas sustanciales sobre la producción” –como del resto de “derechos fundamentales”– son, al igual que el de “validez formal” y de todas las nociones de teoría del Derecho, nociones “formales” en el sentido metateórico del término “formal”. Ellos no nos dicen que son o qué es justo que sean los contenidos o la sustancia dictados por las normas sustanciales, pero solo se trata precisamente de contenidos vinculantes para las fuentes inferiores. Serían normas sustanciales también las normas constitucionales de un ordenamiento totalitario que, por ejemplo, impondrían una religión o una ideología de estado e impusieran el respeto tanto a las leyes, como a las condiciones de validez sustancial, como a las libertades de los ciudadanos. El isomorfismo entre teoría jurídica de la validez y de la teoría política – de la democracia constitucional, sino también de otras formas de gobierno – es también en estos casos innegable.

de Derecho, la ley era la fuente suprema e incuestionable de producción jurídica, las mayorías parlamentarias eran omnipotentes y la validez de las leyes se identificaba con su existencia. La positivización constitucional de los derechos fundamentales presentará también al legislador límites y vínculos sustanciales, rompiendo la presunción de legalidad del derecho y abriendo el espacio a antinomias para la indebida producción de leyes inválidas y a lagunas para la indebida omisión de leyes. En este sentido, equivale a un complemento tanto del positivismo jurídico como del estado de derecho: porque positiviza el deber ser jurídico del derecho mismo y porque sobrepone al derecho también el último residuo de gobierno de los hombres que consistía en la omnipotencia del legislador.

El paradigma constitucional del Estado de derecho resulta redefinido sobre la base de dos postulados correspondientes a dos clases de garantías, las unas primarias y las otras secundarias. El primer postulado identificable con el *principio de legalidad*, impone que dondequiera que esté un poder deben existir *normas primarias*, formales y sustanciales, que regulen el ejercicio sometándolo a los límites y a las restricciones, es decir, a las prohibiciones y las obligaciones, en los cuales consisten las *garantías primarias*, negativas y positivas, de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados. El segundo postulado identificable con el principio de *jurisdiccionalidad*, impone que en todas partes donde haya normas primarias, formales o sustanciales, deben existir también *normas secundarias* que predispongan la activación de *garantías secundarias* o jurisdiccionales capaces de eliminar o reparar las posibles violaciones de las normas y las garantías primarias de los mismos derechos. Ambos principios, como se verá más adelante, requieren leyes de aplicación, en ausencia de las cuales recurren lagunas, primarias o secundarias, responsables

de la ineficacia a su vez primaria o secundaria, de los derechos constitucionalmente establecidos³⁰.

4. UN MODELO CUADRIMENSIONAL DE DEMOCRACIA: DEMOCRACIA POLÍTICA, DEMOCRACIA CIVIL, DEMOCRACIA LIBERAL Y DEMOCRACIA SOCIAL

Esta es una nueva complejidad de las condiciones de la validez generada por el paradigma constitucional que retroactúa sobre las condiciones de la democracia, incluso no sólo formales, sino también sustanciales. Se producen así dos complementos, uno en el paradigma del derecho y otro en el de la democracia, entre ellas relacionadas y paralelas. Como en el viejo paradigma del estado legislativo de derecho, las condiciones de la *validez formal* de las leyes son las mismas de las condiciones de la *democracia formal*, siendo satisfechas las unas y otras por la *conformidad* de las leyes producidas por las reglas que determinan las *formas* democráticas: concretamente, el “quién” (las normas de competencia que atribuyen los poderes de gobierno a órganos representativos) y el “cómo” (las normas procesales en el sufragio universal y sobre el principio de mayoría) de su producción. Sin embargo, junto a la validez formal, el paradigma constitucional exige a las normas de ley también una *validez sustancial*, correspondiente por ello a lo que bien podemos llamar *democracia sustancial*, la una y la otra satisfecha por la coherencia de los significados, es decir, del “qué cosa”, es decir, la *sustancia* de las normas producidas, con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos.

³⁰ Sobre las nociones de garantías primarias y garantías secundarias, de normas primarias y de normas secundarias, de lagunas primarias y deficiencias secundarias, de efectividad y de inefectividad primarias y secundarias, me remito a PI, I, §§ 10.16 – 10.21, 668–701.

De aquí la necesidad de una redefinición tanto de la validez como de la democracia en condiciones de dar cuenta del nuevo paradigma constitucional de una y de otra. Según esta redefinición, el carácter representativo de un sistema político, asegurado por el sufragio universal y el principio de la mayoría, es solo una condición de la validez de las leyes y solo un rasgo de la democracia. Ello designa, de la democracia, la única *dimensión política*, relativa al “quién” y al “cómo” de las decisiones públicas, es decir a sus formas democráticas, basadas precisamente sobre los *derechos políticos* de autodeterminación en la esfera pública. Pero a esta primera dimensión formal, sin duda necesaria, deben añadirse otras para dar cuenta de la complejidad de los actuales sistemas democráticos.

Hay que añadir en primer lugar una segunda dimensión formal, relativa al “quien” y al “como” de las decisiones, no ya públicas sino privadas: lo que he llamado la *dimensión civil* de la democracia, basada en esos específicos derechos de autodeterminación en la esfera privada para la cual he reservado el nombre *derechos civiles* y a la específica forma de producción directa y espontánea del derecho por parte de todos los sujetos capaces de actuación que es el autónomo ejercicio de tales derechos. Hay en este sentido un equívoco en la tradición liberal, que ha largamente pesado en la concepción y construcción del “Estado de derecho”. Contrariamente a su configuración corriente como “derechos de libertad”, dada por John Locke, estos “derechos de autonomía” son poderes, además de derechos fundamentales, dado que su ejercicio consiste, a diferencia de los derechos de libertad, en actos preceptivos productivos de efectos normativos también en la esfera jurídica ajena³¹.

³¹ He insistido varias veces en la crítica de la noción corriente de “derechos civiles” en la cual, desde Locke a Marshall, suele a menudo ser incluidos y se valoren indistintamente los derechos fundamentales de libertad,

No se trata de derechos cuyo ejercicio, como el de los derechos de libertad, no produce efectos en la esfera jurídica ajena, sino de derechos cuyo ejercicio interfiere, debido a los efectos obligatorios por él introducidos, con las libertades de los otros. Por eso, los actos mediante los cuales son ejercidos, al igual que los que son ejercidos directa o indirectamente por los derechos políticos, son sometidos a normas sobre su formación las cuales, regulando sus *formas*, pueden muy bien ser llamada *normas formales sobre la producción*. En base a estas reglas la validez formal y a la vez la legitimidad democrática de todas las decisiones jurídicas se basa en procedimientos adecuados para garantizar que éstas sean expresión de la autonomía de sus destinatarios: indirectamente de su autonomía política y directamente de su autonomía civil.

los derechos fundamentales de autonomía privada y el derecho real de propiedad, así como sobre la distinción estructural entre los primeros, consistentes en la mera inmunidad o facultad, los segundos consistentes en poderes cuyo ejercicio influye en la esfera jurídica ajena y los terceros consistentes en derechos singulares *excludendi alios*: cfr. Luigi Ferrajoli, *Teori assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970, cap. II, § 5.2. 99–105; Ferrajoli 2008 (n. 8), § 60, 950–957; Luigi Ferrajoli, *Il diritto privato del futuro: libertà, poteri, garanzie*, en Pietro Perlingieri (edición de), *Il diritto privato del futuro*, Napoli, Esi, 1993, 13 – 30; Luigi Ferrajoli, Tre concetti di libertà, en *Democrazia e diritto, Motivi della libertà*, 2001, 169 – 185; Vitale 2001 (n. 4), I, 12 – 18, II, 134 – 145 e III, 288–297; Luigi Ferrajoli, Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de derecho privado (2001) en *Democrazia y garantismo*, Miguel Carbonell (edición de), Madrid, Editorial Trotta, 2008; Luigi Ferrajoli, Proprietà e libertà, en *Parole chiave*, n. 30, 2003, 13 –29; Luigi Ferrajoli, Per un costituzionalismo di diritto privato, en *Rivista critica del diritto privato*, anno XXII, n. 1, marzo 2004, 11 –24; Luigi Ferrajoli, Diritto civile e principio di legalità en *Europa e diritto*, n. 3, 2005 y en AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, ESI, 2006, 81 – 91; y, sobretudo, PI, I, §§ 1.6, 10. 10, 11. 6 – 11.8, 132 – 134, 635 – 638, 752 – 772 y PI, II, §§ 13.17, 14. 14 y 14.20, 83 – 85, 224 – 230, 254 – 266.

Pero, sobre todo, hay que añadir, a la *dimensión formal* de la democracia basada sobre los derechos políticos y sobre los derechos civiles, una *dimensión sustancial*, relativa al “qué cosa”, es decir, la esencia de las decisiones, tanto públicas como privadas. En las actuales democracias dotadas de constitución rígida, en efecto, el respeto de las normas sobre la forma de decisiones, empezando por las leyes, es necesario asegurar el vigor y la validez formal, pero no es suficiente para garantizar la validez sustancial. Para que una ley que sea válida también es necesaria la *coherencia* de sus significados con normas y principios que bien podemos llamar *normas sustanciales sobre la producción* dado que invierten, precisamente, los contenidos y por eso la *esencia* de las decisiones. Estas reglas son las establecidas habitualmente en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de la paz y similares, que corresponden a otros tantos límites o restricciones de contenido a los poderes de la mayoría. Precisamente, los derechos fundamentales consisten en expectativas negativas como son todos los *derechos de libertad* y los *derechos de autonomía* - son derechos subjetivos que imponen límites, es decir prohibiciones de lesión, cuyo incumplimiento genera *antinomias*; los derechos fundamentales consistentes en expectativas positivas como son todos los *derechos sociales* - son en cambio derechos que imponen limitaciones, es decir, obligaciones de prestación, cuyo incumplimiento genera *lagunas*³².

³² “Derecho subjetivo” ha sido definido – en PI, I, § 10.11, D 10.20, 641 – como expectativas positivas a prestaciones o negativas de no lesiones. “Diritto fondamentale” ha sido definitivo ivi, § 11.1, D11.1, 727, como derecho subjetivo atribuido a todos en cuanto personas, o ciudadanos y/o capaces de actuación. Los “derechos de libertad” y los “derechos de autonomía” fueron definidos ivi, § 11.4, 742–747, como derechos fundamentales negativos consistentes los unos, en base a la D 11.15, en la suma lógica de los derechos primarios de “libertad” definidos por las D11.12 y D11.13, y los otros, en base a la D11.14, los derechos - poder equiva-

En todos los casos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son normas sustanciales sobre la producción normativa. Son, en primer lugar, “normas” ellos mismos, siendo conferidos en vías general y abstracta a sus titulares, a diferencia de los derechos patrimoniales, estimados en cambio por las normas como efectos de los actos por ellas previstos: el derecho a la libre manifestación del pensamiento, por ejemplo diferente a un derecho patrimonial que es por ejemplo el derecho real de propiedad, que nunca es él mismo una norma sino siempre será elaborado por una norma como efecto de los hipotéticos actos previstos en ella - no es otro que (el significado de) la norma constitucional que enuncia este derecho. Son, en segundo lugar, normas “sustancial” sobre la producción de normas, en el sentido que disciplinan no ya la forma, sino el significado, es decir, la esencia de las normas producidas, condicionando la validez de su coherencia con los derechos y los principios de justicia mediante ellas formuladas.

Pues bien, el conjunto de estas normas sustanciales circunscriben lo que he llamado muchas veces la *esfera de lo no decidible*³³: la esfera de lo *indecidible que*, determinada mutuamente por los conjuntos de los derechos de libertad y de autonomía, los cuales impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan reducirlos; la esfera de lo *indecidible que no*, determinada por el conjunto de los derechos sociales, los cuales imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones directas para satisfacerlas. Solo lo que queda fuera de esta

lentes, en base a la tesis T 11.69 , a los derechos secundarios definidos por D11.5 Los “derechos sociales” han sido definidos, *ivi*, 742, por la D11.10 , tales como derechos fundamentales positivos a prestaciones públicas. Por último, las nociones de “antinomias” y de “lagunas” fueron definidas por las definiciones D 10.43 y D 10.44, *ivi*, §10.19, 684 – 691.

³³ Por último en PI, I, § 11.8, 819–824 y § 12.6, 872–876; PI, II, § 13.4, 19 y § 15.1, 304.

esfera es la *esfera de lo decidible*, dentro de la cual se legitima el ejercicio de los derechos de autonomía: de la autonomía política, transmitida por la *representación*, en la producción de decisiones públicas; autonomía privada, directamente en el *mercado*, en la producción de las decisiones privadas. Límites y restricciones expresadas por normas sustanciales, mucho más allá de las débiles normas en materia de trabajo o de protección del medio ambiente y de los consumidores, deberían además introducir también a los derechos-poder que como se ha dicho son los derechos civiles de autonomía privada, para impedir el actual carácter desregulado y salvaje, responsable, como se verá más allá de gravísimas crisis económicas que corren el riesgo de convertirse en crisis de la democracia. El principio de mayoría y libertad empresarial, discrecionalidad pública y disponibilidad privada, deliberación de las orientaciones políticas y autodeterminación privada son en definitiva las reglas que forman parte de la esfera de lo decidible. Pero se enfrentan a límites y restricciones insuperables en la esfera de lo indecidible diseñada por las normas sustanciales sobre los derechos fundamentales para garantizar, según la fórmula kantiana, la pacífica convivencia de la libertades de todos.

El resultado es un modelo cuatrimensional de democracia, anclado en las cuatro clases de derechos en las cuales pueden ser separados todos los derechos fundamentales: los *derechos políticos*, los *derechos civiles*, los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*. Los primeros dos tipos de derechos, es decir, los derechos políticos y los derechos civiles que he llamado “secundarios”, o “formales” o “instrumentales”, garantizando los unos la autonomía política y los otros la autonomía privada, valen para fundar la legitimidad de la *forma* de las decisiones, respectivamente en la esfera de la política y en la economía, y por eso la *dimensione formal* de la democracia: por un lado la *democracia política*, por otro lado la *democracia civil*. Los otros

dos tipos de derechos, es decir, los derechos de libertad y los derechos sociales que he llamado “primarios”, o “sustancial” o “finales”, considerando lo que a la autonomía tanto política como privada es prohibido u obligatorio decidir, valen para fundar la legitimidad de la sustancia de las decisiones y por eso la *dimensión sustancial*, en negativo y en positivo, de la democracia: por un lado la democracia *liberal* o *liberal –democracia*, por otro lado la *democracia social* o social democracia. Es en estas cuatro dimensiones, todas necesarias y conjuntamente suficientes, que se basa el paradigma de la actual “democracia constitucional”, en virtud del cual es sustraída a cualquier poder, tanto público como privado, la disponibilidad de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionales: como la división de los poderes, la independencia de la jurisdicción y las diversas figuras de incompatibilidad destinadas a impedir conflictos de intereses.

Está claro que todos estos derechos y principios estipulados como límites y restricciones a los poderes públicos consisten en valores morales y políticos de justicia altamente compatible, de aquí, según muchos autores, la idea de que su constitucionalización habría puesto en crisis el principio iuspositivista de separación entre el derecho y la moral y producto de una renovada conexión entre las dos esferas. En la base de esta convicción está evidentemente la idea de que existe no ya una pluralidad de concepciones morales y políticas diferentes y quizás en conflicto entre sí, sino la moral; y que esta se identifique, en todo o en parte, con el conjunto de los valores establecidos por nuestras constituciones democráticas. Los principios formulados en nuestras constituciones –la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales– no son por lo tanto, para aquellos que apoyan una idea similar, simplemente valores de justicia por ellos compartidos y firmemente defendidos, sino principios y contenidos de justicia “verdaderos” y, en algún misterioso

sentido de la palabra, “objetivos”. La conexión entre el derecho y la moral por ellos teorizada se resuelve así en un tendencial iusnaturalismo conjugado con la variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético: es decir, en una concepción exactamente opuesta a la que defiende aquí del constitucionalismo como su positivismo jurídico reforzado, en virtud de la positivización también de las opciones que deben presidir a la producción del derecho positivo mismo.

En base a esta segunda concepción la constitucionalización de principios de justicia no incide mínimamente sobre la separación iuspositivista entre derecho y moral. La tesis de la separación, en efecto, es simplemente un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo existente. Quiere decir solamente que “derecho”, en un ordenamiento nomodinámico, es todo y solo lo que se puso como tal por las autoridades jurídicamente facultadas para producirlos, cualquiera que sea –guste o no guste como justo o como injusto– su contenido normativo ; que en consecuencia el derecho es otra cosa que la moral, dado que la positividad de una norma, aunque sea de rango constitucional, no implica la justicia, siendo siempre posible que ella (por todos o también por algunos) sea considerada injusta o inmoral; que la tesis según la cual la justicia de una norma no es ni una condición necesaria ni una condición suficiente de su validez registra “un dato de hecho”, como escribió Herbert Hart recordando a John Austin, lo “que permite a los juristas tener una mayor claridad de ideas”³⁴. La moral y la justicia, en cuanto (por nosotros) moral y políticamente compartidos son los principios y los valores

³⁴ Herbert L. A. Hart, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), tr. it. en Herber

^L A. Hart, *Contributi all'analisi del diritto*, Vittorio Frosini (edición de), Milano, Giuffrè, 1964, 116.

estipulados en una constitución, sigue siendo un punto de vista externo al derecho: el punto de vista moral y político de cada uno de nosotros, no objetivo sino subjetivo, de adhesión o de rechazo, en todo o en parte, de los principios y los valores constitucionalmente establecidos. Prueba de ello es el hecho de que esos principios y esos valores no son en absoluto descontados, sino son todos confirmados históricamente –por la igualdad a la libertad de conciencia, por el rechazo de la pena de muerte al principio de la paz, por los derechos de los trabajadores a los derechos sociales a la salud y la educación– contra principios y valores diametralmente opuestos y compartidos por grandes mayorías; que ellos son estipulados en el pacto constitucional de convivencia precisamente porque, aún hoy, no son compartidos por todos y van por el contrario puestos al amparo también por contingencias y siempre posibles mayorías; y que nosotros los defendemos con tanta mayor fuerza y pasión cuanto más experimentamos que ellos no son en absoluto universalmente compartidos ni mucho menos considerados objetivamente verdaderos, sino son por el contrario constantemente violados, ignorados e incluso denegados o impugnados.

El objetivismo ético, contrariamente a la idea corriente según la cual ofrecería un más seguro anclaje a los valores en los cuales creemos, es por lo tanto el terreno más inestable y resbaladizo, siendo estados sobre él sostenidos, con argumentos de hecho, los valores más opuestos. Pero hay otro factor que debilita en lugar de reforzar la defensa objetivista los valores morales y políticos como “verdaderos”: la inevitable intolerancia como falsos valores a ellos opuestos, no siendo tolerables tesis falsas como “ $2 + 2 = 4$ ” o “la Revolución francesa se produjo en 1889”. La tolerancia consiste en efecto, en el reconocimiento de la legitimidad e incluso de la justificabilidad racional de los distintos valores que se enfrentan en debate político. De aquí

la contradicción entre objetivismo ético y liberalismo. Naturalmente, ya que normalmente los objetivistas laicos no son en absoluto intolerantes, esta contradicción es un argumento por *el contrario* contra su objetivismo ético.

5. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LA DEMOCRACIA. EL GARANTISMO COMO LA OTRA CARA DEL CONSTITUCIONALISMO

Pero volvamos al análisis de la estructura normativa y garantista del paradigma constitucional. Se entiende como la concepción compleja y multidimensional de la democracia desde aquí expuesta sea capaz de superar las tres aporías generadas por su concepto puramente político o formal. Sólo la imposición de límites y restricciones a los poderes de la mayoría y del mercado por las normas constitucionales a ellos rígidamente supraordenadas está, en efecto, en capacidad no sólo de dar cuenta de la dimensión sustancial de las actuales democracias constitucionales, sino también de poner al amparo de sí misma, es decir de los excesos de poderes ilimitados y prácticamente salvajes, la misma democracia política o formal.

No por casualidad, del resto, el constitucionalismo es un nuevo paradigma tanto del derecho como de la democracia, generado, como se ha dicho, por una refundación de uno y de la otra seguida por las tragedias que marcaron la primera mitad del siglo pasado: los totalitarismos y las guerras mundiales. Se entendió entonces que el poder de la mayoría, que había permitido la llegada de dictaduras, no garantiza la calidad del sistema político y ni siquiera la supervivencia de la misma democracia política. Y si redescubrimos por tanto el significado de “constitución” como límite y restricción a los poderes públicos estipulados un siglo y medio antes por el art. 16 de la declaración del 1789: “cada sociedad en la que no están aseguradas la

garantía de los derechos ni la separación de poderes no tiene constitución”; que son exactamente los dos principios –la garantía de los derechos fundamentales y la separación de los poderes– que el fascismo había denegado, y que del fascismo son la negación. De ahí la celebración, en las constituciones rígidas del segundo período de posguerra y simultáneamente en la carta las Naciones Unidas y en tantas cartas internacionales sobre los derechos, de lo que ninguna mayoría puede hacer y de lo que cualquier mayoría debe hacer, es decir, la no derogabilidad, por parte de las mayorías, de los pactos constitucionales y de sus cláusulas, empezando por los derechos fundamentales. De ahí el cambio de paradigma tanto del derecho como de la política: por un lado de las condiciones de validez de las normas de ley, no más limitadas a las formas sino extendido también a los contenidos de la producción normativa, por otro, los límites sustanciales impuestos a la política y a la democracia política por los derechos constitucionalmente establecidos.

No solo eso. El paradigma de la democracia constitucional, precisamente gracias a esta su dimensión sustancial, es capaz de integrar y, por así decir, de reforzar la noción misma de “democracia política” y la que está detrás de “soberanía popular”. Todos los derechos fundamentales –los derechos de libertad y los derechos sociales, al igual que los políticos y civiles– están en efecto en la base de la igualdad, que es precisamente igualdad *en droits*, y aluden por lo tanto, en forma aún más densa del mismo principio de mayoría, al “pueblo” entero, refiriéndose a poderes y a las expectativas de *todos*. ¿Qué implican, en efecto, las dos tesis arriba descritas, a) que los derechos fundamentales no son elaboradas por normas, sino son ellos mismos *normas*, y b) que dichas normas, en las democracias constitucionales, están incluidas en las constituciones, como otras tantas normas sustanciales sobre la producción de grado supraordenado a cualquier otra? Tienen, respectivamente, dos implicaciones, ambas

de gran alcance para los efectos de una teoría normativa no solo de la democracia constitucional, sino de la propia democracia política.

La primera implicación es que la parte sustancial de las constituciones son titulares –“titulares”, y no simplemente “destinatarios”–, porque titulares de derechos fundamentales por ella conferidos, todos los sujetos que los diferentes tipos de derechos fundamentales son constitucionalmente adscritos³⁵. Decir que los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son normas equivale a decir que la parte sustancial de la Constitución es “imputada”, en el sentido técnico jurídico del término, a todos y a cada uno, es decir, al pueblo entero y a cada persona que lo componen. De aquí la “natural” rigidez de las constituciones³⁶: los derechos fundamentales, y por tanto las normas constitucionales en que ellos consisten, precisamente porque son derechos de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles a la mayoría. La mayoría, en efecto, no puede disponer de lo que no le pertenece. Si todos y cada uno somos titulares de la Constitución porque titulares de derechos fundamentales en ella atribuidos, la Constitución es patrimonio de todos y de cada uno, y ninguna mayoría puede dañarla si no con un golpe de estado y una ruptura ilegítima del pacto de convivencia. Por eso, una vez celebrados constitucionalmente, los derechos fundamentales no están en disponibilidad de la mayoría y deberían ser sustraídos también al poder de revisión: o, mejor, debería permitirse sólo la ampliación y nunca la restricción, ni mucho menos la supresión.

³⁵ Véase, en PI, I, § 12.16, 928–929, la tesis 12.168 e T12.169–T12.171.

³⁶ La expresión es de Alessandro Pace, la “natural” rigidez de las constituciones escritas, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 4085 ss, según la cual una constitución no rígida sino flexible, es decir, formada por la ley ordinaria, no es en realidad una constitución. Véase, Alessandro Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

Por otra parte, a causa de su carácter universal, es decir general y abstracto, los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son reglas: siendo dispuestos inmediatamente por los enunciados normativos en los que están previstos, ellos consisten en efecto en las que he llamado “reglas téticas” y, más específicamente, “normas téticas”³⁷. Precisamente, ellos son expectativas negativas o positivas “universales”, en el sentido lógico de la cuantificación universal de sus titulares (*Omnium*), a las que corresponden, como garantías, prohibiciones y obligaciones (*erga omnes*) en relación a la esfera pública, consistentes a su vez en reglas. En cuanto reglas deónticas, por otra parte, podrán ser ejecutadas o no ejecutadas, observadas o violadas³⁸. Y en cuanto normas constitucionales son normas sustanciales sobre la producción jurídica que implican, en relación al legislador, A) la obligación de producir leyes de aplicación, en violación del cual se producen *lagunas*, y B) la prohibición de producir leyes en oposición a ellos, en violación del cual se producen *antinomias*. Es en esta correlación entre derechos y garantías que reside la normatividad de las constituciones: con respecto a la legislación, que imponen el respeto de las normas constitucionales; y con respecto a la jurisdicción, que imponen la aplicación sustancial de las mismas normas a los actos inválidos que son violaciones³⁹.

³⁷ Véase, en PI, I, § 11.1, 724–731, las tesis T11.8, T11.16–T11.20 y, en el §§ 12.13–12.14, 908–919, las tesis T12.129–T12.136. Sobre la distinción entre “normas téticas”, que disponen inmediatamente las situaciones y los estatuto por ellas previstos en forma general y abstracta, en oposición a las que he llamado “hipotéticas” y que establecerán situaciones como efectos de los actos por ellas previstos cfr. PI, I, § 4.5, 233–235, § 8.2, 419–422 e § 11.1, 729–730 (T11.20). Sobre las nociones de (situaciones) “universales” y “absolutas”, cfr. *ivi*, en el § 10.14, 651–661, las definiciones D10.30 y D10.32.

³⁸ Véase la tesis T4.66, en PI, I, § 4.7, 242 y T8.35, *ivi*, § 8.3, 424.

³⁹ Sobre las nociones de “respeto”, “aplicación”, “aplicación formal” y “aplicación sustancial”, y sobre las respectivas nociones de “coherencia”,

La segunda implicación es no menos importante en el plano teórico. La constitucionalización de los derechos fundamentales, elevando estos derechos a normas supraordenadas a cualquier otra norma del ordenamiento, confiere a sus titulares –es decir a todos los ciudadanos y a todas las personas de carne y hueso– una ubicación a su vez supraordenada al conjunto de los poderes, públicos y privados, que al respeto y a la garantía de los mismos derechos están vinculados y funcionalizados. Es en esta común titularidad de la Constitución, derivada de la titularidad de derechos fundamentales, que reside la “soberanía”, en el único sentido en el que es aún lícito hacer uso de esta vieja palabra. En el estado constitucional de derecho, en el cual también el poder legislativo está sujeto a la ley, y concretamente los derechos fundamentales establecidos en la constitución, no hay espacio para la idea de soberanía en la antigua acepción de *potestas legibus soluta*. Es cierto que en todas las constituciones se dice que “la soberanía pertenece al pueblo” o “reside en el pueblo” o similares. Pero esta norma puede entenderse solo en dos significados, entre ellos complementarios: en negativo, en el sentido que ella pertenece al pueblo y *solo* al pueblo, y nadie, ni asamblea representativa ni presidente elegido por el pueblo, puede usurparla⁴⁰; en positivo, en el sentido que, no siendo el pueblo un macrosujeto, sino el conjunto de todos los socios, la

“correspondencia,” “conformidad” y “subsunción”, me remito a PI, I, § 9.15–9.16, 556–566.

⁴⁰ Rousseau a afirma que “la soberanía no puede estar representada, por la razón misma que no podrá ser vendida; ésta consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa: o es ella misma, es decir, es una u otra; no hay vía media” (Rousseau 1972 (n. 3), lib. III, cap. XV, 322). El mismo principio ha sido afirmado por el art. 1 del preámbulo al título III de la Constitución francesa del 1791: “la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible: ésta pertenece a la nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse el ejercicio”.

soberanía pertenece a todos y a cada uno, identificándose con el conjunto de esos fragmentos de soberanía, es decir, de poderes y de contrapoderes, que son los derechos fundamentales de los que todos y cada uno son titulares.

En el primer significado, el principio de la soberanía popular, en lugar plantearse en contraste con el principio del estado de derecho, representa una *garantía negativa*: significa que la soberanía, perteneciendo al pueblo entero, no pertenece a ningún otro y ninguna persona o grupo de personas puede capturar este sentimiento⁴¹. En el segundo significado el mismo principio, en lugar de ser limitado por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos es una *garantía positiva*: significa que la “soberanía” o “voluntad popular” no puede manifestarse auténticamente si no puede expresarse libremente, y no puede expresarse libremente sin ser defendida por las garantías no solo de los derechos políticos, sino también de los derechos de libertad y los derechos sociales, de la libertad de manifestación del pensamiento al derecho a la educación. Para éste toda violación de los derechos fundamentales es una lesión no solo de las personas que son titulares, sino también de la soberanía popular. Es lo que dice el famoso art. 34 de la constitución del 24 junio 1793: “Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo

⁴¹ Benjamin Constant, La sovranità del popolo e i suoi limiti, en los *Principes de politique* (1818), con sucesivos agregados y variantes, en *Antologia degli scritti di Benjamin Constant*, Antonio Zanfarino (edición de), Bologna, Il Mulino, 1962, 59, nota 1: “el axioma de la soberanía del pueblo ha sido considerado un principio de libertad: es un principio de garantía. Está destinado a impedir a un individuo a apoderarse de la autoridad que en lugar pertenece a toda la sociedad; pero no decide nada sobre la naturaleza y sobre los límites de esta autoridad”. Recuérdese también el art. 3 de la Constitución francesa de 1958, que después de haber establecido en el primer inciso, que “la soberanía nacional pertenece al pueblo” afirma en el segundo inciso que “ninguna fracción de pueblo ni ningún individuo puede atribuirse el ejercicio”.

de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cualquier miembro cuando el cuerpo social es oprimido”⁴².

De ello resulta ampliada y reforzada la noción política corriente de “democracia”: la democracia consiste en el “poder del pueblo” no ya simplemente en el sentido que al pueblo y por tanto a los ciudadanos corresponden los derechos políticos y por eso, si no el llamado “autogobierno”, por lo menos la elección de sus representantes y gobernantes, sino también en el sentido más y no menos importante que al pueblo y a todas las personas que lo componen corresponde también el conjunto de esos “poderes” que son los derechos civiles y de esos “contrapoderes” que son los derechos de libertad y los derechos sociales a que todos los poderes, incluidos los de mayoría, son sometidos. Corresponden, en una palabra, las situaciones jurídicas supremas, a las que todas las demás están subordinadas y funcionalizadas, y que por ninguna de las otras pueden ser destruidos.

Solo de este modo, a través de su funcionalización a la garantía de los distintos tipos de derechos fundamentales, el Estado democrático, es decir, el conjunto de los poderes públicos, viene a configurarse, según el paradigma contractualista, como “estado instrumento” para fines no suyos. Son las garantías de los derechos fundamentales el derecho a la vida de los derechos de libertad y los derechos sociales los “efectos” externos y, por así decir, la “razón social” de aquellos artificios que son el Estado y cualquier otra institución política. Y es en esta relación entre medios institucionales y fines sociales y la consiguiente primacía de derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas en carne y huesos sobre las máquinas políticas y sobre

⁴² Recuérdese también el nexo entre la “garantía social” de los derechos, consistente en la “acción de todos” en su defensa, y “soberanía nacional” creado por el art. 23 della *Déclarations des droits* preámbulo a la Constitución francesa del 24.6.1793.

los mecanismos administrativos, que desde el punto de vista exterior de las primeras y desde el punto de vista interior de las segundas, que consiste el significado profundo de democracia. Además, en tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista del constitucionalismo que debe ser afirmada y defendida contra las derivas mayoritarias y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus degeneraciones populistas y videocráticas y, por otro lado, contra las similares pretensiones intransigentes y la análoga intolerancia para límites y controles de los poderes económicos del mercado. En este sentido, el garantismo, que es declinable en las cuatro dimensiones antes descritas de democracia constitucional – *política, civil, liberal y social*, según la clase de derechos garantizados– es la otra cara del constitucionalismo: las garantías de los derechos, en efecto, representan otras tantas condiciones de una democracia genuina.

6. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. ANTINOMIAS Y LAGUNAS. REGLAS Y PRINCIPIOS

Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son pues garantías también de la democracia. Con la expresión “garantías constitucionales” se alude normalmente a la “rigidez” de la Constitución, es decir, la no modificabilidad de los principios, los derechos y los institutos previstos en ella si no con procedimientos de revisión agravadas y, además, al control judicial de inconstitucionalidad sobre las leyes ordinarias en contradicción con ellas. Se trata en realidad de una noción compleja, que aquí alteraré en más nociones distintas: por un lado la rigidez, que es un territorio de normas constitucionales; por otro lado el grueso complejo y articulado de sus garantías, que exigen a su vez de ser separadas y analizadas.

La *rigidez constitucional*, no ya, propiamente, una garantía, sino un rasgo estructural de la Constitución ligado a su ubicación en el vértice de la jerarquía de las normas, de modo que las constituciones son rígidas por definición, en el sentido que una constitución no rígida no es en realidad una constitución y equivale a una ley ordinaria. Se identifica, en resumen, con el grado supraordenado de las normas constitucionales respecto a lo de todas las otras fuentes del ordenamiento, es decir, con la normatividad de las primeras respecto de las segundas. Es este el sentido de la “natural rigidez” de las constituciones justamente sostenida por Alejandro Pace⁴³. Referida a las normas constitucionales que establecen las expectativas universales, que son los derechos fundamentales, la rigidez confiere a estos derechos una doble normatividad: como expectativas negativas de su no excepción o violación y, al mismo tiempo, como expectativas positivas de su aplicación.

Se entiende por lo tanto como la cuestión de la rigidez constitucional –o mejor del grado de rigidez que está justificado asociar a una constitución, y más concretamente a los distintos tipos de normas constitucionales– es absolutamente central en la teoría y, aún antes, en la construcción de democracia, identificándose con la relación entre la democracia política y derechos fundamentales. En ella se contraponen, desde siempre, dos tesis, la una garantista, la otra por así decir políticodemocrática, sostenidas ambas sobre la base del distinto sentido y valor asociados al poder y al acto constituyente: la primera, apoyada por Benjamin Constant, es la tesis de la inmodificabilidad de al menos algunos principios por ellos establecidos como fundamentales⁴⁴, no existe ningún poder constituido

⁴³ En los escritos citados *supra*, en la nota 35.

⁴⁴ Cfr. Benjamin Constant, *Reflexions sur les constitutions* (1814), en Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Geneve-Paris,

superior al poder constituyente, agotándose por ello con su ejercicio; la segunda, data de Sieyès, es la tesis de la permanente modificabilidad de cualquier principio constitucional en obra de un poder constituyente concebido como constantemente en acto, como expresión permanente de la soberanía popular y de la democracia política⁴⁵.

El principal argumento desarrollado en respaldo de esta segunda tesis es que una excesiva rigidez de las constituciones valdría para limitar los poderes constituyentes de las generaciones futuras y más en general los principios de la democracia política: a “amarrar las manos”, según una eficaz fórmula corriente. Es el tema de primacía de la voluntad popular expresada por el art. 28 de la Constitución francesa de 1793, según el cual “cada pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su constitución” y “una generación no podrá someter a sus leyes las generaciones futuras”. Este

Slatkine, 1982, 265 ss, según la cual no son enmendables por vía legislativa las normas sobre la forma de gobierno y los derechos constitucionalmente establecidos.

⁴⁵ La tesis se remonta a Sieyès: “una nación no puede ni enajenarse ni prohibir el derecho de querer; y, sea cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho de cambiarla cuando su interés lo exige” (Emmanuel Joseph Sieyès, *Che cosa è il terzo stato?* (1788), Umberto Cerroni (tr. it., edición de), Roma, Editori Riuniti, 1992, cap. V, 59). El principio es además enunciado en el art. 1 del título VII de la Constitución francesa del 1791: “La asamblea nacional constituyente declare que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución” (y para tal fin se prevé, en los arts. 2–8, un procedimiento especial de revisión), y luego en el art. 28 de la Constitución francesa del 24 de junio 1793: “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su constitución. Una generación no puede sujetarse a sus leyes las generaciones futuras”. La misma tesis fue expresada por Thomas Paine, *Rights of Man* (1791–1792), tr. it., *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, Tito Magri (edición de), Roma, Editori Riuniti, 1978, 122: “Cada generación es y debe ser capaz de abordar todas las decisiones requeridas por las circunstancias de su tiempo”.

tema, si tomamos el constitucionalismo en serio, debe ser, en mi opinión, derribado. Ya he hablado del valor sustancialmente democrático de los derechos fundamentales y de su relación con la soberanía popular como poderes y contrapoderes conferidos, además todo en el momento constituyente caracterizado por el velo de la ignorancia en orden a contingentes intereses de parte, a todos y de cada uno, y por tanto al pueblo entero. Sobre esta base, el principio del constante derecho de todas las generaciones de decidir su futuro tiene que ser, con paradoja aparente, apoyada por la tesis exactamente opuesta a la existencia de un permanente y radical poder constituyente como expresión de soberanía popular: en respaldo, precisamente, de la tesis de que precisamente la rigidez de la Constitución es al mismo tiempo expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los mismos poderes de las futuras mayorías. Precisamente en base a él, en efecto, debe evitarse la revisión por lo menos de los principios constitucionales supremos, puestos a salvaguardia permanente de la soberanía popular y de los poderes de mayoría: como por ejemplo el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los mismos derechos de libertad y quizá los mismos derechos sociales, que los derechos políticos forman el requisito elemental. La rigidez, en otras palabras, *amarra* las manos de las generaciones de vez en cuando presentes para impedir que sean por ellas *amputadas* las manos de las generaciones futuras. De ahí que un pueblo podrá decidir también, “democráticamente” y contingentemente, de ignorar o de destruir la propia constitución y de confiar definitivamente en un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo en forma constitucional, invocando a favor de sí mismo el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin con ello suprimir, con el método democrático, los mismos derechos y el mismo poder de las mayorías y a las generaciones respecto a éste futuras.

Aclarado el sentido de la rigidez de las constituciones, es fácil también aclarar la naturaleza de las *garantías constitucionales*. Quiero dejar bien sentado que entiendo por “garantías” en el sentido que yo he convenido: para designar las prohibiciones o las obligaciones lógicamente correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas en la forma, normalmente, de los derechos subjetivos. Hablaré por lo tanto de “garantías negativas” para designar las prohibiciones correspondientes a las expectativas negativas (o de no lesión) que son los derechos de libertad, y de “*garantías positivas*” para designar las obligaciones correspondientes a las expectativas positivas (o de prestación) que son los derechos sociales. Hablaré además de “*garantías primarias*” para designar a la suma de las garantías positivas y las negativas, Y de “*garantías secundarias*” para designar las garantías de justiciabilidad, las que intervienen en caso de violación de los derechos, es decir, las expectativas normativas que forman el contenido, y de sus garantías primarias, sean ellas negativas o positivas⁴⁶. Por ejemplo, la prohibición penal del homicidio o del robo o las constitucionales de prohibición de la pena de muerte o de las indebidas restricciones de las libertades fundamentales son las garantías primarias negativas de los derechos de inmunidad, por el derecho a la vida de los derechos de libertad y de propiedad; la deuda es la garantía primaria positiva del derecho de crédito, así

⁴⁶ Sobre las correlaciones entre expectativas pasivas positivas y negativas y modalidades activas de la obligación y de la prohibición, designadas por los dos cuadrados deónticos de las modalidades de las expectativas, véanse las tesis T2.60–T2.63, in PI, I, § 2.3, 151–157. Sobre las garantías, diferenciadas en positivas o negativas, como obligaciones correspondientes a las expectativas positivas o prohibiciones correspondientes a las expectativas negativas, véanse las definiciones D3.5–D3.7 y las tesis T3.35–T3.45, *ivi*, § 3.5, 194–198. Sobre la distinción entre garantías primarias y garantías secundarias, véase, *ivi*, en el § 10.16, 668–679, las definiciones D10.39 y D10.40.

como la obligación de la asistencia sanitaria y el de la educación pública son las garantías primarias positivas de los derechos sociales a la salud y la educación; la anulabilidad de actos inválidos y la responsabilidad por los actos ilícitos son las garantías secundarias repuestas a la jurisdicción y predispuestas para reparar o sancionar las violaciones de las garantías primarias.

Pues bien, las garantías constitucionales no son otra cosa que las garantías de la rigidez, es decir; la normatividad de la Constitución. Ellas no se identifican en absoluto con la rigidez, que como he dicho es un rasgo estructural de la Constitución generado por su ubicación en la cumbre de jerarquía de las fuentes, sino con las normas apropiadas para garantizar su efectividad. Son *garantías constitucionales primarias*, respectivamente negativas y positivas, la prohibición y la obligación, impuestas a la legislación, de violar y de aplicar las normas constitucionales y los derechos negativos y positivos por ellas establecidos: en resumen, las normas que diseñan la esfera de lo “no decidible que” y de lo “no decidible que no”. Son *garantías constitucionales secundarias* los controles, impuestos a la jurisdicción, sobre la ilegitimidad de las violaciones constitucionales: en resumen, las reglas que defienden la misma esfera del “no decidible”, en caso de incumplimiento, por comisión o por omisión, de las garantías constitucionales primarias.

Tanto las garantías constitucionales primarias como las garantías constitucionales secundarias abren un problema, que concierne al equilibrio entre los poderes públicos: la restricción de los poderes políticos determinada por las primeras y el aumento del poder judicial generado por las segundas. En el momento en que el poder judicial se convierte en el poder de control sobre las violaciones de los límites y las restricciones constitucionalmente impuestas a los otros poderes, por otra parte legitimados por la representación política, pasa a ser aún

más esencial imponer límites y restricciones lo más estrictos posibles como condiciones de su propia legitimidad. De aquí la necesidad de reforzar todas las garantías jurisdiccionales y de refundar la legalidad, no solo ordinaria sino también constitucional, mediante una formulación más precisa y taxativa de las normas, para anclar lo más posible los juicios a la rígida sujeción a la ley. Pero de ahí también una responsabilidad de la cultura jurídica. Precisamente la expansión del rol y del poder de los jueces generada por el paradigma constitucional vuelve a mi parecer inaceptable la orientación, hoy ampliamente difundida en la literatura filosófico-jurídica, que la gran parte de las normas constitucionales no ya como normas destinadas a la aplicación, sino como principios objeto de ponderación. A diferencia de las reglas que son objeto de aplicación a las acciones en ellas subsumibles, los principios constitucionales, incluidos los derechos fundamentales, serían, de hecho, según esta orientación, normas abiertas y no cerradas, que formulan objetivos políticos ponderables y no ya prescripciones o prohibiciones de comportamientos en ellas subsumibles como su supuesto de hecho⁴⁷. La cuestión no es en absoluto académica: una tesis similar está de hecho secundada, mucho más allá de los ordinarios márgenes de las opiniones presentes en cualquier actividad interpretativa, una impropia discrecionalidad tanto política como judicial. De ello resulta debilitada la normatividad de la Constitución, que resulta confiada a la ponderación, aunque argumentada, de la legislación ordinaria y de la jurisdicción constitucional. El activismo judicial, avalado por esta injustificada extensión de la

⁴⁷ Ronald Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Giorgio Rebuffa (edición de), Bologna, Il Mulino, 1982, 90–121; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, cap. III; Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, cap. I; Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. VI, 205 – 236.

noción de “principios”, corre el riesgo de desembocar en una doble lesión del paradigma del estado de derecho: por un lado el vuelco de la jerarquía de las fuentes, dado que la ponderación implica la elección de los principios constitucionales considerados más “pesados”, y por otro lado la separación de los poderes para el papel creativo de derecho asignada a la función judicial.

La correlación lógica observada en el apartado anterior entre derechos fundamentales y garantías primarias permite, en mi opinión, rechazar esta tesis y sus graves implicaciones. La mayoría de las normas constitucionales, empezando por las que establecen derechos fundamentales consisten en efecto en reglas, tanto como son configurables violaciones. En efecto, son reglas deónticas, o si se quiere *principios regulativos*, las normas de las cuales son configurables tanto la observación, sobre todo la inobservancia, como esta última en ellas subsumible y a la cual ellas son por lo tanto aplicables no distintamente a como es aplicable a su violación cualquier otra regla⁴⁸. En cambio, son principios, o si se quiere *principios directivos*, las normas de las cuales no son configurables precisas violaciones, en ellas como tales subsumibles, y que son, por tanto, ellas sí, objeto de ponderación en lugar de aplicación. No niego por lo tanto, la existencia de los principios y la utilidad de la su noción teórica. Su campo de denotación es, sin embargo, mucho más restringido de lo que opinan muchos neoconstitucionalistas. En particular, casi todos los derechos fundamentales son reglas, dado que en ellos es configurable el incumplimiento por comisión, cuando consista en derechos negativos como son típicamente los derechos de libertad, o por omisión, cuando consista en derechos positivos como son típicamente los derechos sociales. En todos los casos,

⁴⁸ Véase los teoremas T4.66 y T8.35 sobre la equivalencia entre “reglas (o normas) deónticas” de un comportamiento (o de un acto) y su cumplimiento o incumplimiento en PI, I, cap. IV, § 4.7, 242 y cap. VIII, § 8.3, 424.

en efecto, ellos consisten en expectativas de no lesión o de prestación, que corresponden a los límites (o las prohibiciones) y los deberes (o las obligaciones) que he llamado garantías primarias, cuyo incumplimiento implica la obligación de su aplicación, es decir la intervención de las que he llamado garantías secundarias. Son principios, por ejemplo, normas importantes como “Italia es una república basada en el trabajo”, “Es tarea de la República eliminar los obstáculos de orden económico y social que... impiden el pleno desarrollo de la persona humana”, o “la República alienta y proteger el ahorro”, expresadas por los artículos 1, 3 cpv y 47 de la Constitución italiana. De estas normas, en efecto, no son configurables precisas violaciones. Esto no quita su carácter fundamental. En efecto, ellas definen la identidad de la República Italiana, que definen el estatuto democrático y son por tanto, en este sentido, normas o principios constitutivos y no reglas deónticas o principios regulativos⁴⁹.

Tanto las garantías primarias como las garantías secundarias garantizan la normatividad y conjunto de efectividad de las constituciones. En efecto, su violación genera antinomias y lagunas, las primeras por comisión y las segundas por omisión. En este sentido, tanto las antinomias como las lagunas de este tipo son estructuralmente distintas de las antinomias y de las lagunas identificables entre normas del mismo nivel. En efecto, uso “antinomia” y “laguna” en un significado más restringido respecto a los usos corrientes. Con estos términos, en mi opinión centrales

⁴⁹ Sobre la distinción entre normas deónticas y normas constitutivas – las primeras prescriptivas de situaciones jurídicas, es decir, en expectativas positivas o negativas (como son los derechos subjetivos) o en obligaciones o en prohibiciones o en facultad, las segundas de reglamentos – me remito a PI, I, cap. VIII, § 8.2, 419–424. Enlazando esta distinción con la de normas téticas y normas hipotéticas mencionadas en la nota 37, se obtiene una tipología de las normas distintas en cuatro clases (T8.36): las normas tético-deónticas, las normas hipotético-deónticas, las normas tético-constitutivas y las normas hipotético-constitutivas (allí, § 8.3, 425).

en la teoría de la democracia constitucional, designo sólo las antinomias y las lagunas generadas por la virtual divergencia deóntica entre normas sobre la producción y normas producidas, las primeras supraordenadas a las segundas. A diferencia de las antinomias y las lagunas entre normas del mismo nivel, estas aporías son por lo tanto configurables como “violaciones”: es decir, como “vicios”, no solubles por el intérprete, que implican la inaplicabilidad, si no resueltas por su remoción autoritativa, de la norma vulnerada, en el primer caso por la existencia y la aplicabilidad de una norma subordinada a ella en contraste y en el segundo por la inexistencia de sus normas de aplicación.

Normalmente, con “antinomia” se entiende por el contrario cualquier conflicto entre normas: no solo entre normas de grado distinto, sino también entre normas de época o de extensión diferente, y con “lagunas” se entiende cualquier ausencia de normas: no sólo la falta de las normas de aplicación de las normas a ellas supraordenadas, sino también la ausencia de normas que explícitamente prevean y cualifiquen deónticamente un determinado comportamiento⁵⁰. Por el contrario, se trata de dos órdenes de fenómenos profundamente diferentes. El conflicto entre normas de época o de extensión diferente comúnmente resuelto por el intérprete con la aplicación del criterio cronológico y el de especialidades; del mismo modo, la ausencia de normas que expresamente obliguen, o prohíban o permitan una determinada acción se supera por el intérprete – si éste no está expresamente excluido, como ocurre en materia penal – mediante el razonamiento analógico o el recurso a los principios

⁵⁰ Me limitaré a recordar a Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), rist. en Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, parte II, cap. III y IV, Norberto Bobbio, *Lacune del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1963, vol. IX, 417–424; Giacomo Gavazzi, *Delle antinomie* (1959), rist. en Norberto Bobbio, *Studi di teoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

generales del derecho. La misma cosa no puede decirse, en cambio, de las antinomias y las lagunas que son generados por los desniveles normativos, tales como los que existen entre normas constitucionales y normas de ley y que por tanto, podemos llamar “estructurales”. Solo ellas, y no las otras, son el fruto de violaciones jurídicas, de las cuales requieren por eso, cuando se trate de antinomias, una constatación jurisdiccional que anule como inválidas las normas indebidamente vigentes y, cuando se trate de lagunas, una intervención legislativa que introduzca la norma de aplicación indebidamente faltante. Solo ellas, y no las otras, contradicen la jerarquía de las fuentes volviendo inaplicables las normas constitucionales: las antinomias por la indebida presencia de normas en oposición a ellas, y las lagunas por la indebida ausencia de sus leyes de aplicación. Solo ellas y no las otras, por último, consisten en vicios: no hay pues ningún vicio en la norma precedente o en la norma general respectivamente derogada sobre la norma posterior y por la norma especial, y ni siquiera en la aparente incompletitud colmada por la analogía; mientras que son vicios, por violación de la Constitución, tanto la presencia de normas en oposición a ella, así como la ausencia de normas de aplicación⁵¹. Son estos vicios los que obstaculiza o protegen las *garantías constitucionales negativas*, primarias y secundarias, cuyo incumplimiento para comisión consiste

⁵¹ Me remito a PI I, § 10.19–10.20, 684–695; PI, II, 13.15, 77–82; PI, III, cap. X, 507 y 673–687. Pero véase también las aclaraciones suministradas, respondiendo a varias intervenciones críticas, en *Principia iuris. Una discusión teórica*, en *Doxa*, n. 31, 2008, § 2.2, 410 – 413; entorno a *Principia iuris*. Questioni epistemologiche e questioni teoriche, en P. Di Lucia (edición de), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie LED, 2011, §§ 14.1.3 – 14.1.4, 239 –250, § 14.2.1, 265 – 266 y § 14.2.5, 272–276; Dodici questioni intorno a *Principia iuris*, en Stefano Anastasia (edición de), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2011, §§ 2.5 – 2.6, 185 – 191 y 3.4, 202 – 206.

en *antinomias*, y por las mucho más problemáticas *garantías constitucionales positivas*, cuyo incumplimiento por omisión genera *lagunas*.

7. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES NEGATIVAS Y POSITIVAS, PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Las garantías constitucionales negativas son aquellas referidas a la inderogabilidad de la constitución por parte del legislador ordinario, al cual impiden la producción de normas en oposición a ella. Son garantías negativas primarias las prohibiciones impuestas a la legislación ordinaria de producir normas en derogación de normas constitucionales, ya sea incondicional o condicional a la adopción de un procedimiento legislativo agravado que es el previsto por las normas sobre la revisión. Son garantías negativas secundarias las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad, que consisten en la obligación para la jurisdicción de anular o abstenerse de aplicar los actos preceptivos en oposición, por razones de forma o de sustancia, con las normas constitucionales y que violan por ello sus garantías negativas primarias⁵².

Las *garantías constitucionales negativas primarias* pueden ser más o menos vinculantes, en función del grado de rigidez por ellas garantizada: una rigidez absoluta cuando la revisión no esté prevista o sea explícitamente excluida; una rigidez relativa, cuando se elaboren formas más o menos agravadas de revisión. En el primer caso tenemos límites absolutos, formulados en determinadas constituciones –como la Constitución francesa del 3 de septiembre 1791, el art. 79, inc. 3 de la Constitución alemana de 1949, el art. 288 de la Constitución portuguesa de

⁵² Sobre las garantías constitucionales y sobre su distinción en primarias y secundarias, me remito a PI, I, il § 12.14, 917–919 y las definiciones D12.28–D12.30.

1976, el art. 60 de la Constitución brasileña y los arts. 441 y 442 la constitución ecuatoriana⁵³— en términos relativamente precisos y taxativos. En el segundo caso tenemos límites *relativos*, que permitirán hablar de un grado más o menos elevado de rigidez relativa, dependiendo del grado de agravación del procedimiento de revisión previsto con respecto a los procedimientos legales ordinarios. Pero además de los límites *explícitos* a la revisión dictados por la misma Constitución, también existen límites *implícitos*, hoy ampliamente reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como los relativos al método democrático y a los derechos fundamentales. Por ejemplo, el art. 2 de la Constitución italiana declara “inviolables” los “derechos humanos, tanto en las formaciones sociales o si desarrolla su personalidad”; y una sentencia constitucional, la n. 1146 de 1988, ha establecido la sustracción al poder de revisión de los “principios supremos del ordenamiento”, no expresamente

⁵³ Una primera, antigua formulación de la rigidez absoluta es hallable en el título I de la Constitución francesa del 3 de septiembre 1791, titulado “Dispositions fondamentales garanties par la Constitution”: “Los Poderes legislativos no podrán hacer ninguna ley aquí que atente u obstaculice el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantías para la Constitución”. La previsión de límites absolutos taxativos en la revisión constitucional figura por otra parte, además que en el art. 139 de la Constitución italiana sobre la no modificabilidad de la forma republicana, en la Ley Fundamental alemana de 1949, cuyo art. 79, III inciso establece: “No es admisible una modificación de la presente Ley Fundamental que toque los artículos referidos del Bund en Länder, o la participación de los Länder a la legislación o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”. El art. 288 de la constitución portuguesa enumera catorce materias sustraídas al poder de revisión. El art. 60 de la Constitución brasileña establece la intangibilidad a) de la forma federal del Estado; b) del carácter secreto, universal y periódico del ejercicio del derecho de voto; c) de la separación entre los poderes; d) de los derechos y las garantías individuales. Los arts. 441 y 442 de la Constitución ecuatoriana excluyen reformas constitucionales que alteren la estructura fundamental del Estado o supongan restricciones de los derechos o de las garantías, o modificaciones de procedimientos de revisión de la Constitución.

enumerados pero ciertamente identificables en el plano teórico, con los implícitos en la noción misma de constitución democrática y de rigidez constitucional.

Esta diferenciación de las garantías constitucionales negativas primarias siempre se ha logrado, cuando se es realizada, en ausencia de cualquier diseño teórico. Una ciencia de la constitución debería en cambio teorizar y proponer diferentes grados de rigidez de las distintas normas constitucionales, justificadas por su distinta importancia democrática: por ejemplo, la rigidez absoluta de las normas que establecen el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, de los cuales deberían prever el posible refuerzo pero no la posible reducción, así como los principios de la representación política y de la separación de poderes; formas más o menos agravadas de rigidez relativa de las normas sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos; formas leves de rigidez relativa, por último, para las normas menos importantes.

También las *garantías constitucionales negativas secundarias*, consistentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden por otro lado ser más o menos incisivas. Históricamente, como es bien sabido, se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre legalidad de las leyes: A) el control difuso, introducido en Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos y consistente en la inaplicabilidad en el caso decidido, pero no en la anulación de la norma inconstitucional, que sigue estando en vigor aunque tras el reconocimiento de su ilegitimidad, salvo el valor de hecho vinculante del precedente, tanto más influyente si se produce por las Cortes supremas; B) el control centralizado, introducido en Italia y en muchos otros países europeos en el segundo período de posguerra, sobre el modelo kelseniano adoptado por la Constitución austriaca de 1920, y consistente con las normas inconstitucionales reservado a una

Corte Constitucional, investido de la relativa capacidad por un juez en el curso de un juicio, cuando sea por estos considerado pertinente y no manifiestamente infundada .

De los dos modelos, el más eficaz es, sin duda, el segundo: “Una Constitución en la que falte la garantía de la anulación de actos inconstitucionales”, escribió Kelsen, “no es, en sentido técnico, completamente obligatoria”⁵⁴. Pero también el segundo modelo, el del control centralizado de constitucionalidad experimentado en Europa, presenta límites múltiples: bajo el perfil objetivo dado que se refiere, por ejemplo en el derecho italiano, no ya a cualquier acto normativo en oposición con la constitución, sino solo las fuentes primarias, es decir, las leyes ordinarias y todos los actos a ellas asimilados; y bajo el punto de vista subjetivo, dado que legitimadas para plantear la cuestión de inconstitucionalidad son de costumbre, como de nuevo en Italia, no ya los sujetos perjudicados por las normas sospechosas de ilegalidad sino, por cierto, los jueces cuando la consideren fundada y pertinente en los casos sometidos a su juicio.

No menos importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente olvidadas por la doctrina aunque indispensables para la efectividad, en particular, de los derechos sociales constitucionalmente establecidos. Éstas consisten en la obligación, que es vincular al legislador al cumplimiento de derechos, de crear

⁵⁴ Hans Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, § 22, en Kelsen 1981 (n. 22), 199: “Aunque en general no se tenga conciencia”, prosigue Kelsen, “una constitución en que los actos constitucionales, y en particular las leyes, seguirán siendo válidos – en cuanto a su constitucionalidad no se deduce la anulación – equivale por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, un voto carente de fuerza obligatoria. Cualquier ley, reglamento o incluso acto jurídico general puesto en marcha por los particulares tienen una fuerza jurídica superior a la de una constitución, que está, sin embargo, subordinados y de la cual obtienen validez”.

una legislación de aplicación: en resumen en la obligación de introducir las garantías legislativas, primarias y secundarias, correlativas a los derechos fundamentales estipulados. Arriba así a la cuestión central del garantismo –la relación entre derechos fundamentales y garantías– sobre la cual se ha desarrollado, en debates recientes, una ya vieja polémica. Según una tesis muy extendida, en ausencia de garantías, es decir, de las obligaciones o de las prohibiciones correspondientes a los derechos aunque constitucionalmente establecidos, no habría, como yo sostengo, una laguna, sino ausencia de derechos establecidos⁵⁵. En la base de estas críticas existe la confusión entre derechos y garantías, respaldada por la autoridad de Kelsen. Según Kelsen el derecho subjetivo sería en cambio solo el “reflejo de un deber jurídico”⁵⁶, es decir, de lo que anteriormente he llamado “garantía primaria”. Es más: tener un derecho, añade Kelsen, equivale a tener “la posibilidad jurídica de obtener la aplicación de la norma jurídica adecuada que garantizará la sanción”⁵⁷: al poner en marcha, en

⁵⁵ Es la tesis sostenida por Ricardo Guastini, *Tre problemi di definizione*, en Vitale 2001 (n. 4), 43 – 48, y da Danilo Zolo, *Liberta, proprieta ed uguaglianza nella teoria dei ‘diritti fondamentali*, *ivi*, 49–55. Véase mi réplica *ivi*, 156–171. Una tesis análoga es sostenida por Ricardo Guastini, *Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica*, en Carbonell, Salazar 2005 (n. 4), 245–249, y de Pablo de Lora, Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo, *ivi* § 3, 255–259. Véase mi réplica en in Ferrajoli 2006 (n. 4), 56 y 4.3 – 4.4, 74 – 81.

⁵⁶ Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Mario G. Losano (trad. it. de), Torino, Einaudi, 1966, § 29, a, 150: “Si se define como “derecho” la relación entre un individuo (con respecto otro individuo está obligado a un cierto comportamiento) con este último individuo, el derecho en cuestión es sólo un reflejo de este deber”; Kelsen 1959 (n. 4), parte I, VI, A, 76: “No hay, pues ningún derecho para alguien sin un deber jurídico para alguien. El contenido de un derecho es en definitiva el cumplimiento del deber de algún otro”; *ivi*, C, a, 77: El derecho “no es otro que el correlativo de un deber”.

⁵⁷ Kelsen 1959 (n. 4), C, d, 82–83. “En este sentido”, prosigue Kelsen, “esta norma constituye ‘su’ ley. Sólo si la aplicación de la norma jurídica, la

otras palabras, lo que aquí he llamado “garantía secundaria”. Kelsen –quizá porque sus referencias, como demuestran todos los ejemplos por él propuestos, son solo a los derechos patrimoniales que en realidad son siempre productos por actos negociales junto con los deberes correspondientes– opera pues dos identificaciones: entre los derechos y las respectivas garantías primarias y entre los derechos y las respectivas garantías secundarias.

Este singular achatamiento de los derechos sobre las garantías es el precio pagado por Kelsen a su concepción imperativista del derecho, basada en la centralidad de la sanción. Pero se trata, sin embargo, de un precio demasiado alto, que contradice las premisas normativistas y iuspositivistas de su propia teoría. En efecto, se deduce que derechos formalmente puestos o producidos por buenos actos normativos pero exentos de garantías serían, simplemente, derechos inexistentes; como inexistentes –simples *flatus vocis*– serían también las normas que las expresan; como enteros catálogos de derechos –gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por Convenios internacionales –serían no– derecho, *non normas*, solo porque carecen de garantías, tanto primarias como secundarias.

Esta es una tesis que contradice dos postulados del normativismo, al mismo tiempo metateóricos y teóricos. Contradice

ejecución de la sanción, depende, de la expresión de la voluntad de un individuo directa a este fin, solo si la ley es al servicio de un individuo, esta puede ser considerada ‘su’ ley, su ley subjetiva, y esto significa un ‘derecho subjetivo’. Mejor aún: “el derecho subjetivo, por lo tanto, debe consistir no ya en el interés presunto, sino en la protección jurídica ... el derecho subjetivo no es, en resumen, más que el derecho objetivo” (ivi, C, C, 81); “la esencia del derecho subjetivo, que es más que el simple reflejo de un deber jurídico, consiste en que una norma jurídica concede a un individuo el poder jurídico de hacer valer el incumplimiento de un deber jurídico mediante la acción judicial”(Kelsen 1966 (n. 56), § 29, d, 159).

en primer lugar el postulado del iuspositivismo, en cuanto desconoce la positividad de las normas jurídicas, las cuales en el sistema nomodinámico existen si ponen o producen, y no si corresponden a un principio teórico, como la necesaria correlación entre derechos y deberes, casi como la teoría pueda desempeñar funciones legislativas. Contradice, en segundo lugar, el postulado del ius-constitucionalismo, en cuanto desconoce el grado supraordenado a cualquier otra fuente de las normas constitucionales y de los derechos en ellas establecidos, cuya existencia no podrá estar subordinada a la producción de sus leyes de aplicación, dado que una similar tesis equivaldría, como escribió acertadamente Michelangelo Bovero, a decretar el poder del legislador de frustrar o de derogar a la constitución y así a ocultar la violación⁵⁸.

Por el contrario, es la estructura nomodinámica del derecho positivo que impone la distinción entre los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sus garantías legislativas. Porque en un sistema nomodinámico, como precisamente Kelsen nos ha enseñado, la existencia de las normas está vinculada a un hecho empírico, es decir al acto de su producción, es muy posible que, dado un derecho fundamental expresado por una norma constitucional, no existe –y aunque debería existir –la obligación, o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preveerlas; así como es muy posible que, dada la facultad de un comportamiento, por ejemplo, un derecho de libertad, exista –aunque no debería existir– la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que lo prevé. Es posible, en resumen, que en ordenamientos complejos, articulados en varios niveles normativos, se produzcan *lagunas*

⁵⁸ Michelangelo Bovero, *Derechos, deberes, garantías*, en Carbonell, Salazar 2005 (n. 4), 237 – 238.

y *antinomias*. Esta posibilidad es un corolario del constitucionalismo rígido, cuyo rasgo característico es el espacio virtual que abre contra la existencia del *derecho ilegítimo*, a causa del posible incumplimiento por parte del legislador de la obligación de respetar y de aplicar las normas constitucionales.

Es precisamente esta obligación –la obligación de una legislación de aplicación, consistente en la introducción de garantías primarias y secundarias faltantes– que integra la *garantía constitucional positiva* de los derechos constitucionalmente establecidos. No es cierto que la falta de garantías legales primarias y secundarias equivalga a la falta de cualquier obligación al legislador: de modo que, como escribe por ejemplo Riccardo Guastini, deberíamos abandonar la definición de “derecho subjetivo” como expectativa a la cual corresponde un deber, o negar la existencia del derecho aunque constitucionalmente establecido⁵⁹. Una obligación, como anteriormente se ha dicho, existe, y es precisamente la de introducir las garantías correspondientes al derecho estipulado. Es en esta obligación de una legislación de aplicación que podemos identificar la garantía constitucional positiva primaria de derechos constitucionalmente establecidos. Se trata de una *garantía débil* bajo un doble aspecto: en primer lugar para la dificultad de garantizar la efectividad mediante una garantía constitucional positiva secundaria, como sería el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las lagunas; en segundo lugar, porque ésta es, por así decirlo, una metagarantía, consistente en la obligación de introducir legislativamente las *garantías fuertes* constituidas por las garantías *primarias* y *secundarias* correspondientes al derecho fundamental constitucionalmente establecido.

Todos los derechos fundamentales establecidos por las constituciones, exigen una legislación de aplicación que disponga

⁵⁹ Guastini 2001 (n. 55), 43 – 44.

las garantías, no siendo estas producidas, como ocurre en los derechos patrimoniales, contextualmente a los mismos derechos garantizados. Se toma la estipulación constitucional, por ejemplo, del derecho a la vida, o de un derecho de libertad como el *habeas corpus*, o de un derecho social como el derecho a la salud. En ausencia de la prohibición penal del homicidio o de las garantías procesales, la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias estos derechos están destinados a permanecer sobre la mesa. Pero, ciertamente, no diremos que ellos no existen porque no existe, como exige la definición de derecho subjetivo, la prohibición o la obligación a ellos correspondiente. Efectivamente, existe la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes, es decir, de colmar la laguna, el cual se concreta y cumple, como garantía constitucional positiva, la tesis teórica del vínculo de implicación entre derechos y garantías.

8. LA CRISIS ACTUAL DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

El paradigma constitucional hasta ahora expuesto es evidentemente un modelo regulador complejo, nunca plenamente realizado ni perfectamente realizable a causa de la virtual divergencia progresiva que siempre subsiste entre normatividad y efectividad. Las garantías podrán reducir esta divergencia progresiva, pero no eliminarla, trata también ellas de figuras deónticas. Por eso podemos hablar solo, para cualquier democracia constitucional, de un grado mayor o menor de derechos y por lo tanto de legitimidad democrática, es decir, de democracia, dependiendo del grado de efectividad de todas las garantías de los principios constitucionales. Pero esta virtual ilegitimidad es también el mayor mérito de democracias constitucionales,

dado que solo en los estados absolutos no existe divergencia progresiva, sino coincidencia, entre la existencia y la validez de las normas producidas por los supremos órganos normativos.

Esta divergencia deóntica entre normatividad y efectividad de la democracia constitucional puede ser fisiológica, existiendo siempre, dentro de ciertos límites, un cierto grado de ineffectividad de las garantías. Pero puede convertirse, más allá de tales límites, en patológica, cuando alcanza un punto de crisis, o peor de ruptura. La crisis puede ser provocada por dos fenómenos: el *desarrollo de la ilegalidad*, que se manifiesta en violaciones de las garantías, y lo todavía más grave el *defecto de legalidad*, tal como se manifiesta en la ausencia de las garantías. El desarrollo de la ilegalidad y el defecto de legalidad, cuando invierten los poderes públicos normativos, dan lugar el uno a *antinomias* y otro a *lagunas*. Es lo que está hoy ocurriendo, bajo ambos aspectos, tanto a nivel estatal, y aún más, a nivel internacional. Las razones de la crisis son múltiples: el hecho de que la política nunca ha realmente aceptado su sujeción al derecho; la ausencia de producción, sobre todo a nivel internacional, de las garantías tanto primarias como secundarias de los derechos establecidos en las tantas cartas y convenciones, así como las funciones e instituciones de garantía a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas globales; la pérdida de la memoria de las tragedias del pasado y de esos “nunca más” que inmediatamente después de la segunda guerra mundial fueron origen del nuevo constitucionalismo democrático.

La crisis se manifiesta, dentro de los ordenamientos estatales aunque dotados de constituciones rígidas, en una especie de proceso deconstituyentes, es decir en la obsolescencia, en la práctica y en la concepción misma de la democracia, del principio de la sujeción a la ley de los poderes de la mayoría y en la tendencia de todos los poderes, tanto políticos como

económicos, a acumularse y a erigirse ante formas absolutas. Sus factores específicos son múltiples. Son en primer lugar factores objetivos: se piensa en la crisis del principio de legalidad resultante de la remoción de cuotas crecientes de funciones normativas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de las fronteras nacionales y, por otro lado, a la inflación legislativa que ha provocado, en todos los países avanzados, un colapso de las capacidades reguladoras del derecho. Son en segundo lugar factores de carácter subjetivo y más propiamente político: la vocación creciente por el ilegalismo de todos los poderes, privados y públicos, alentada por el triunfo de las ideologías liberales en el terreno económico y plebiscitarias y populistas en lo político, las unas y otras intolerantes a los límites y a las restricciones garantistas impuestas por el constitucionalismo democrático; la consiguiente concepción de la libertad y la democracia –en una palabra, de la “liberaldemocracia”– como ausencia de reglas y controles, de límites y restricciones, por un lado hacia la autonomía privada, y por tanto a los poderes económicos del mercado, por otro lado las decisiones de la mayoría y por tanto a los poderes políticos del gobierno. Se ha impuesto una especie de neoabsolutismo de ambos poderes, en contraste con los principios del Estado constitucional de derecho que no admiten poderes absolutos, es decir, no sujetos a la ley y los consiguientes controles jurisdiccionales.

El resultado es una agresión a todo el sistema de los derechos fundamentales y de sus garantías: a los derechos sociales a la salud y la educación, a los derechos de los trabajadores, al pluralismo de la información, las múltiples separaciones e incompatibilidad directa para impedir concentraciones de poder y conflictos de interés. Bajo el noble nombre de “reformas” han sido realizados en Italia recortes en sectores como la educación, investigación y salud, con las consiguientes reducciones de las horas de

enseñanza, aumentos de los precios de los medicamentos y de las visitas, ineficiencias, restricciones y parálisis de gran parte de las instituciones públicas de garantía. En particular, el art. 64 inc. 2 y 6 de la Ley n. 133 del 6 de agosto 2008 ha previsto, para el trienio 2009–2011, una reducción del 17 % del personal escolar y para el cuatrienio 2009–2012 un recorte al presupuesto de la enseñanza pública de 7 mil millones y 732 millones, que traerían como consecuencia el cierre de escuelas y reducciones y fusión de clases. El art. 8 de la Ley n. 148 del 14 de septiembre 2011 ha luego asestado el golpe de gracia asociado a todo derecho del trabajo –ya golpeado por las múltiples formas de trabajo precario y la consiguiente reducción de derechos, a primera vista entre todos el derecho a la estabilidad de la relación de trabajo– preveyendo que la negociación empresarial o territorial puedan establecer excepciones a cualquier ley ordinaria o contrato colectivo en orden a casi todos los aspectos de la organización del trabajo: de las tareas de los trabajadores a las clasificaciones y al encuadramiento del personal; la disciplina del tiempo de trabajo hasta la introducción de instalaciones audiovisuales o de nuevas tecnologías; la disciplina de los contratos a plazo o a tiempo parcial, modulada o flexible, hasta la de las modalidades de la relación de trabajo, por las contrataciones a los despidos, excepto para los discriminatorios o por razones de embarazo. Por último ha sido agredido el pluralismo de la información televisiva mediante leyes abiertamente motivadas por intereses privados del Presidente del Consejo.

Más grave aún es la crisis de la legalidad internacional, es decir, de la segunda gran conquista del '900 que fue el pacto de convivencia pacífica y de protección de los derechos humanos celebrado con el establecimiento las Naciones Unidas. Ha sido puesta en práctica la doctrina de la “guerra justa”: cinco veces en el curso de veinte años se ha roto la prohibición de la guerra,

que en el orden internacional ha sido establecido por la Carta las Naciones Unidas que es la norma fundamental y constitutiva. Por carecer de idóneas instituciones supranacionales de garantía, la guerra, con su carga de víctimas inocentes, ha sido tan rehabilitada como instrumento de solución de controversias internacionales, haciendo retroceder el orden mundial a una sustancial anomia. Todo este fenómeno de la globalización de la economía, por otra parte, puede ser a su vez identificado, en el plano jurídico, con un *vacío de un derecho internacional público* adecuado para regular los grandes poderes económicos transnacionales: no un vacío de derecho, que nunca puede haber, sino un vacío de derecho público relleno, inevitablemente, por uno pleno de derecho privado, es decir, un derecho de producción contractual que se sustituye a las formas tradicionales de la ley⁶⁰ y que inevitablemente refleja la ley del más fuerte. Ello ha producido una regresión neoabsolutista de las grandes potencias como los grandes poderes económicos transnacionales: que es un neo-absolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la falta de normas abiertamente asumida, del actual capitalismo globalizado, como una especie de nueva *Grundnorm* del nuevo orden económico y político internacional.

El efecto de la globalización en ausencia de una esfera pública mundial ha sido un crecimiento exponencial de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que da por sentadas, en los países pobres, la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte

⁶⁰ Cfr. Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritti e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2000; Stefano Rodota, *Diritto, diritti, globalizzazione* en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, n. 4, 765 – 777; Uberto Allegretti, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, en *Democrazia e diritto*, 1995, 3-4, 47 y ss; Uberto Allegretti, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, en Gustavo Gozzi (edición de), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1997, 53 y ss; Uberto Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Citta Aperta, 2002.

de millones de seres humanos sin valor⁶¹. Pero la ausencia de normas frente a los poderes del mercado ha causado en estos años una crisis económica también en los países más ricos, desde los Estados Unidos a la Unión Europea, que está empeorando en una crisis de la democracia. La crisis se manifiesta en efecto en una total impotencia de la política, es decir, los Estados y de sus tradicionales instituciones democráticas nacionales – partidos, gobiernos y parlamentos – generada por su subordinación, en el capitalismo globalizado, a la economía y más concretamente a los poderes financieros. La política y sus instituciones democráticas tienen tan abdicado a su papel de gobierno y están sujetas a los llamados “mercados”, es decir a los poderes desregulados y salvajes de la hacienda especulativa los que, después de haber provocado la crisis económica, están imponiendo a los Estados la destrucción del *Welfare*, la reducción de la esfera pública, el desmantelamiento del derecho del trabajo, el crecimiento de las desigualdades y la pobreza y la devastación de bienes comunes.

⁶¹ Ha sido calculado que la diferencia de riqueza entre países pobres y países ricos, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, se ha convertido de 1 a 72 en 1992; y que menos de 300 multimillonarios son más ricos que mitad de la población mundial, es decir, de 3 mil millones de personas. Según el informe sobre el desarrollo humano y sobre la globalización, además, alrededor de mil millones de personas no tienen acceso al agua y a la alimentación básica, lo que provoca 15 millones de muertos cada año, se ha más que duplicado el número de enfermos de sida, 850 millones de personas son analfabetas, aproximadamente 3 millones mueren cada año a causa de la contaminación atmosférica y más de 5 millones a causa de la contaminación del agua (*UNDP. Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. La globalizzazione*, Torino, Rosenberg y Sellier, 1999, 55). Por último – y es el dato más aterrador, – 17 millones de personas mueren cada año, víctimas de enfermedades infecciosas y aún antes que el mercado, por no poder pagar los costosos medicamentos “esenciales” patentados o, peor aún, porque los medicamentos banales que podrían ayudarles no son más producidos, revistiendo enfermedades en gran parte erradicadas y desaparecidas en los países occidentales (Cfr. Giani Tognoni, I farmaci essenziali come indicatori di diritto, en *Giornale italiano di farmacia clinica*, 12, 2, apr.–giu. 1998, 116–122).

A la impotencia de la política respecto de los mercados hacen, en efecto, acuse de recibo su recobrada omnipotencia con respecto a los derechos de las personas. Realmente se ha invertido la relación entre lo público y lo privado: no tenemos más el Gobierno de los poderes privados por parte de los poderes públicos, sino el Gobierno de los poderes públicos por parte de los poderes privados. Y también se ha invertido la relación entre política y economía. No son más los gobiernos y los parlamentos elegidos democráticamente los que regulan los mercados y controlan el mundo de los negocios en función de los intereses públicos y generales, sino son las potencias incontroladas de mercados que gobiernan los Estados, imponiendo sus políticas antidemocráticas y antisociales, en beneficio de los intereses privados de la maximización de beneficios, de las especulaciones financieras y de la rapiña de bienes comunes y colectivos.

9. EL FUTURO DEL CONSTITUCIONALISMO

Si todo esto es cierto, el constitucionalismo no es solo una conquista del pasado y el más importante legado del siglo pasado. Será también un programa para el futuro, que exige, por un lado su mayor aplicación en los ordenamientos estatales, por otro lado, su desarrollo a nivel internacional y, juntos, frente a los poderes económicos privados. El paradigma del “Estado de derecho”, como dice esta misma expresión, fue concebido y se ha desarrollado en relación sólo al Estado, es decir, a los poderes estatales. No ha implicado a los poderes supranacionales, dado que fue el derecho positivo identificado por largo tiempo con el único derecho estatal, ni los poderes económicos privados, a su vez ideológicamente diseñados por la tradición liberal, como se ha visto en el § 4, antes que como poderes, como derechos de libertad. Frente a la crisis de la soberanía de los Estados y a los procesos de sometimiento de la política economía más

expuestas, la única alternativa al ocaso del conjunto del paradigma de la democracia constitucional es por ello su ampliación a los poderes económicos privados y su desarrollo a la altura de nuevos lugares, no más estatales sino extra- o supra-estatales, en los que se exponen los poderes y las decisiones: en resumen, hacia un *constitucionalismo de derecho privado* y, juntos, hacia un *constitucionalismo de derecho internacional o supranacional*.

Frente a la crisis, en resumen, o se va adelante o se va atrás: o se realiza una mayor expansión del constitucionalismo en una pluralidad de sentidos y direcciones, o se corre el riesgo del colapso del conjunto del paradigma y la regresión premoderna de las propias democracias nacionales. La expansión se requiere en dos sentidos. En primer lugar en sentido extensional, en dirección de las dos clases de poder –los poderes privados y los poderes extra –o supraestatales– permanecido extraños al viejo paradigma del estado de derecho. En segundo lugar, en sentido intencional, en dirección de las dos dimensiones –la formal de la separación de poderes y la sustancial de la garantía de los derechos y de los bienes fundamentales– del paradigma constitucional

9.1 Perspectiva de expansión en sentido extensivo

La primera expansión, es decir la extensión del paradigma constitucional a los poderes extra –o supra– estatales, requiere un recorrido inverso al realizado por los estados nacionales: no ya el constitucionalismo como complemento del paradigma del estado legislativo de derecho, sino al contrario, la construcción del estado legislativo de derecho como ejecución de las promesas constitucionales expresadas por los derechos fundamentales positivamente establecidos. El derecho supra-estatal, en efecto, dispone ya de innumerables cartas y declaraciones de los derechos, regionales e internacionales. El vacío de derecho

público supra-estatal del que he anteriormente hablado es sobre todo un vacío de garantías de estos derechos, que exigen normas de aplicación con capacidad de colmar sus lagunas. Su superación exige hoy, a la razón jurídica y política, un tercer cambio de paradigma del derecho y de las instituciones políticas, después de los dos cambios ocurridos con las dos revoluciones institucionales de la modernidad: la fundación *ius-positivista* del Estado moderno como esfera pública separada y heterónoma respecto de las esferas privadas, y luego la fundación *ius-constitucionalista* de la democracia a través de su garantía mediante los límites y las restricciones impuestas a los poderes políticos. Este tercer cambio debería consistir en la fundación *ius-cosmopolita* de una esfera pública supranacional, capaz de imponer límites y restricciones a los poderes económicos supraestatales contra las múltiples crisis— económicas, ecológicas, sociales y en último análisis de las propias democracias nacionales — provocadas por su actual carácter desregulado y salvaje.

Precisamente la crisis económica actual podría representar una oportunidad, a causa de la necesidad y la urgencia de medidas públicas supraestatales capaces de afrontarla, para hacer avanzar un paso adelante el proceso de integración, tanto europeo como internacional. Nunca como hoy, frente a la gravedad de la crisis, resultó ser la falta dramática de un gobierno político supranacional de la economía, capaz de imponer normas, límites y controles a las finanzas para impedir los ataques especulativos. Los remedios planteados por varias partes ante una similar escasez, determinados a nivel europeo, otros a nivel internacional, son múltiples y heterogéneos, tan necesarios y urgentes como, desgraciadamente, improbables: en primer lugar una fiscalidad europea y quizás internacional, empezando por un adecuado impuesto sobre las transacciones financieras —como la bien conocida *Tobin Tax*® directa no solo al retiro de recursos públicos, sino también, y sobre

todo, a reducir drásticamente, si no a impedir, las operaciones de pura especulación; en segundo lugar, un paso adelante en dirección de la construcción de una Europa federal y al mismo tiempo social, dotada de un presupuesto común y de comunes políticas económicas y sociales; en tercer lugar el otorgamiento de valoraciones sobre las finanzas de los Estados, hoy confiadas a agencias de *calificación* privadas, a la competencia de las autoridades internacionales públicas e independientes; en cuarto lugar, la sustracción al mercado y a la apropiación privada, sino también a la voluntad política, de bienes vitales o fundamentales y/o comunes como el aire, agua, los equilibrios climático y el patrimonio medioambiental a través de su previsión como bienes gestionados en las constituciones estatales y en los tratados internacionales; en quinto lugar la tendencial y gradual unificación del Derecho del trabajo y de sus garantías, primero a nivel europeo y luego a nivel mundial y, juntos, la introducción de ingresos mínimos *ex lege* como garantía en cualquier caso de supervivencia; por último, una reforma en sentido realmente representativo de las actuales instituciones económicas –el Fondo Monetario Internacional, El Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio– hoy controladas por los países más ricos, con el fin de devolver a la empresa las originarias funciones estatutarias tal como fueron diseñadas por John Maynard Keynes: la estabilidad financiera, la ayuda al desarrollo de los países pobres, la promoción del empleo y la reducción de los desequilibrios y las desigualdades, es decir, exactamente lo contrario de sus prestaciones actuales, consistentes, en cambio, en la imposición a los Estados de políticas fuertemente antisociales.

9.2 Perspectiva de expansión en sentido intencional

Pero la expansión del paradigma constitucional se requiere también en sentido intencional. En esta perspectiva deben ser

reforzadas y en muchos casos inventados múltiples órdenes de garantías, en respaldo de todas las cuatro dimensiones – política, civil, liberal y social– de la democracia constitucional separadas en el § 3 y de las cuatro clases de derechos a ellas correspondientes. No me detendré sobre las garantías de los derechos políticos y de la representatividad de las instituciones electivas, si no para decir que el de la omnipotencia de las mayorías y de las derivas populistas se requiere hoy la rehabilitación del papel de los parlamentos, el anclaje de su confianza del poder ejecutivo y la prohibición del mandato imperativo, la una y los otros favorecidos por el sistema electoral proporcional y frustrados por el contrario por la tendencial transformación de las elecciones, provocada por los sistemas bipolares y mayoritarios, en la investidura popular de una mayoría y de su jefe. Hablaré, en lugar de ello, de las múltiples separaciones entre poderes que hoy se requieren, mucho más allá de la clásica tripartición y separación montesquiana, de la protección de los derechos políticos y civiles y de las dimensiones de la democracia y, por otro lado, de las garantías primarias y secundarias exigidas por los derechos de libertad y los derechos sociales contra sus posibles lagunas.

Es necesario, en primer lugar, restaurar la separación de la esfera pública por la esfera económica y la primacía de la primera sobre la segunda, que son los dos rasgos característicos de la modernidad hoy disueltos por las múltiples concentraciones de poderes y los consiguientes conflictos de intereses. Para tal fin se requiere la introducción de rígidas incompatibilidades entre poderes políticos y poderes privados: no sólo las garantías primarias, que además ya presentes en muchos países e incluso en Italia, de la inelegibilidad para cargos públicos de quienes son titulares de importantes intereses y poderes privados, sino también las garantías secundarias consistentes en la atribución

del control de estas incompatibilidades a órganos terceros e imparciales⁶².

La vieja receta montesquiana de separación de poderes debería en segundo lugar invertir, en las actuales democracias complejas, también la relación entre los poderes públicos y poderes sociales: no solo entre la esfera de la política y de la economía, sino también entre la esfera de las instituciones y los partidos, que deberían ser restituidos en su papel de órganos de la sociedad y de instrumentos de la participación de los ciudadanos en la vida política, como sujetos representados, en lugar de representantes, representante en la formulación de los programas, en la elección de los candidatos y en la responsabilización de los elegidos. Los partidos, en resumen, deberían estar separados del Estado: no solo por los aparatos administrativos de gestión directa de la cosa pública, sino también de las instituciones representativas. Por tres razones: en primer lugar para permitir la mediación representativa entre instituciones públicas electivas y electorado activo; en segundo lugar,

⁶² Recuérdese el artículo 10 de la ley electoral italiana n. 361 Del 30. 3. 1957, que dispone la inelegibilidad de “aquellos que en su calidad de representantes legales de sociedades o empresas privadas estén vinculados con el Estado... por concesiones o autorizaciones administrativas de considerable importancia económica”, como las exigidas a las empresas de televisión. Lo que falta en Italia contra tales conflictos de intereses son las garantías secundarias o jurisdiccionales, dado que los controles sobre la elegibilidad confiados, tales como *interna corporis*, en las mismas asambleas electivas, de este modo llamadas para juzgar en causa propia y por ello invertidas ellas mismas por un nuevo conflicto de intereses. Sobre las instituciones electorales de garantía independientes – como son, por ejemplo, en México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial y el Instituto Federal Electoral, creados en 1996, - véase Jose de Jesús Orozco Henríquez, El Contencioso electoral, en Dieter Nohlen, Sonia Picado y Daniel Zovatto (edición de), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Ciudad de Mexico, Ife, 1998, 708–807 y Ricardo Becerra, Pedro Salazar, Jose Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Mexico, Cal y Arena, 2000.

para evitar los conflictos de interés que se manifiestan en las auto-candidaturas de los dirigentes y en las distintas formas de cooptación de candidatos sobre la base de su fidelidad a quienes les han designados; en tercer lugar para impedir la confusión de poderes entre controladores y controlados y la responsabilidad de los segundos con respecto a los primeros. Convendría para tal fin prever la incompatible entre cargos de partido y cargos electivos institucionales, de manera tal que los dirigentes de partido tendría la carga de dimitir cuando juren en la asunción de funciones públicas. Se pondría así fin a la actual ocupación de las instituciones por parte de los partidos, los cuales deberían ser investidos de funciones sólo de dirección política, y no también directamente de los poderes públicos. Sólo la desaparición de los conflictos actuales de interés que se manifiestan en la autoelección y en la designación por parte de los jefes de los partidos del conjunto del personal representativo valdría para restaurar la relación de representación entre instituciones electivas y electorado, para arraigar a los partidos en la sociedad para reducir su descrédito actual y para devolver su autoridad, credibilidad y capacidad de atracción y agregación social y de control y responsabilidad de los elegidos⁶³.

Pero el paradigma constitucional hoy debería sugerir, en tercer lugar, un replanteamiento de toda la esfera pública y una refundación, tanto a nivel estatal como a nivel internacional, de la clásica tripartición montesquiana de los poderes públicos. Frente al desarrollo de las funciones públicas generadas por el desarrollo del Estado social y solicitado por la estipulación, en tantas cartas nacionales e internacionales, de los derechos fundamentales y en particular de los derechos sociales, esta

⁶³ Me remito, sobre esta propuesta a PI, II, § 14.8, 190–193 y a Luigi Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011, § 4.2, 68–69.

tripartición debería ser actualizada mucho más allá de la separación del siglo XVII entre el poder judicial, el poder legislativo y el ejecutivo. Propongo aquí la distinción, que en muchas ocasiones he apoyado, entre *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía*: las primeras investidas de las funciones políticas de elección y de *innovación* normativa en orden a la que he llamado la “esfera del decidible”, y por eso legitimadas por la representación popular; las segundas diputadas a la garantía de los derechos fundamentales, es decir, la conservación de la que he llamado la “esfera del no decidible”, y por ello legitimadas en la aplicación de la ley tanto ordinaria como constitucional. Entran entre las instituciones y las funciones de gobierno tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo, este último no más confiado al soberano, como en el *Antiguo Régimen*, sino expresión, en democracia, de la representación política al igual que el legislativo al cual está vinculado, en los sistemas parlamentarios, por la relación de confianza. En cambio, entran entre las instituciones y las funciones de garantía no sólo las funciones jurisdiccionales, sino también las funciones administrativas representadas por la garantía en vía primaria de los derechos sociales, como las instituciones escolares, las sanitarias, las pensiones y similares⁶⁴.

Esta reformulación de la separación entre los poderes públicos es en mi opinión esencial a los efectos de la refundación de la democracia constitucional. La estructura de la esfera pública del Estado, todavía modelada sobre el viejo esquema de la tripartición montesquiana de los poderes públicos, en

⁶⁴ Sobre la distinción entre las funciones y las instituciones de gobierno y funciones y las instituciones de garantía, y de estas últimas en funciones y las instituciones de garantía primaria y funciones y las instituciones de garantía secundaria, me remito a PI, I, §§ 10.16-10.18, 668-684 e 12.5-12.8, 862-879; PI, II, §§ 14.10-14.12, 200-218 y a Ferrajoli 2011 (n. 63), § 4.2, 70-72.

efecto, tiene encauzado todo este desarrollo del Estado social y de sus prestaciones dentro de los aparatos burocráticos del poder ejecutivo. Las funciones de garantía primaria de derechos sociales –como los derechos a la salud, a la educación, a la seguridad y a la subsistencia– no pudiendo ser organizadas dentro del poder legislativo o el poder judicial, son todas colocadas en ese gran e indiferenciado contenedor que es la administración pública, en las dependencias del poder ejecutivo o de gobierno. De aquí las prácticas del *spoils system*, de las lotizaciones partidarias y de los condicionamientos políticos de las funciones y de las instituciones de garantía –la salud pública, la escuela, los institutos de previsión y de asistencia– cuya legitimidad política, por el contrario, reside no en el consenso de las contingentes mayorías, sino en la aplicación de la ley en garantía de los derechos de todos. Es en virtud de esta otra fuente de legitimidad, no mayoritaria sino garantista, que en el modelo de democracia constitucional la separación e independencia de estas instituciones y funciones de garantía, que he llamado “primarias” porque representan la satisfacción en vías primaria de los correlativos derechos sociales, deberían ser aseguradas al igual que la separación e independencia de instituciones y de las funciones jurisdiccionales, que yo he llamado “secundarias” porque intervienen en caso de violación de las garantías primarias. Sólo de este modo, mediante la igualdad e imparcial aplicación por parte de instituciones independientes de las garantías correspondientes a los derechos fundamentales, es posible la transformación del estado social burocrático, con todas sus ineficiencias y perversiones clientelares, en un Estado social y constitucional de derecho. Por la misma razón, inversamente, no se debería permitir la confusión entre controladores y controlados generada por la práctica de la remoción de magistrados ordinarios o administrativos en las oficinas ministeriales de órganos de gobierno.

La misma separación entre las funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía es por otra parte especialmente fecunda para los efectos de una fundación constitucional de la esfera pública supraestatal; la cual requiere –mucho más que el desarrollo de las funciones de gobierno en vista de un improbable y ni siquiera deseable super-Estado, en el modelo de Estado representativo nacional– el fortalecimiento y la introducción de funciones y de instituciones de garantía de los derechos fundamentales celebrados en tantos convenios internacionales. En efecto, mientras las funciones de gobierno, siendo legitimadas por la representación política, es bueno que queden lo más posible dentro de la competencia de los Estados nacionales, las funciones de garantía, siendo legitimadas por sujeción a la ley y por la universalidad de los derechos fundamentales, no solo pueden, sino en muchos casos deberán –en materia de protección del medio ambiente y de bienes ecológicos comunes, de defensa de la criminalidad internacional, de protección de la salud y de reducción de las desigualdades y de la pobreza– ser creadas a escala internacional. Es la falta o ineficacia de estas instituciones y funciones de garantía de los derechos, aunque celebrados en tantos convenios y declaraciones, la laguna más vistosa, equivalente a una violación estructural, del actual derecho internacional: algunas de estas instituciones, como las económicas ya recordadas y, por otra parte, la FAO, la Organización Mundial de la Salud, la Corte Penal Internacional, existen desde hace tiempo, y sería necesario reforzarlas y dotarlas de medios y de los poderes necesarios para el ejercicio de sus funciones de garantía. Otras –en el tema de medio ambiente, de seguridad, de delincuencia organizada y de otras emergencias al mismo tiempo vital y global– serían, por el contrario, impuestas. Además, es evidente que su financiación requeriría una fiscalidad mundial: además de la ya mencionada *Tobin tax* sobre las transacciones financieras, la imposición del

uso, de la explotación y del daño de muchos bienes comunes –desde las órbitas satelitales hasta las bandas de éter y los espacios atmosféricos– hoy utilizados por los países más ricos como *res nullius*.

Además, es evidente que todas las separaciones enumeradas anteriormente –entre poderes económicos y poderes políticos, entre el poder social de los partidos y el poder político de las instituciones representativas de gobierno, entre las funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía– sirven para contrastar la omnipotencia de las mayorías que está hoy amenazando nuestras democracias. No olvidemos la advertencia de Montesquieu sobre la vocación que cualquiera tenga un poder “para abusar de ella, procediendo hasta cuando no encuentra los límites” y sobre la necesidad, “porque no se puede abusar del poder... que el poder frene el poder”⁶⁵: precisamente, que los poderes y las funciones de garantía frenen los poderes de gobierno, en aplicación de los límites y las restricciones a estos impuestos por los derechos constitucionalmente celebrados y que los poderes públicos estén separados no solo entre ellos, sino también por los poderes económicos, sociales y culturales.

Hay otra expansión que se exige al constitucionalismo y que afecta el desarrollo de las garantías primarias y secundarias. En esta perspectiva, el problema principal es el de las lagunas. En efecto, es precisamente la laguna de leyes de aplicación de los derechos constitucionalmente establecidos –en particular de los derechos sociales, como el derecho a la salud, la educación y a la subsistencia– que reside hoy el principal factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos. La falta de garantías es casi total en el derecho internacional. Salvo pocas excepciones, entre las cuales la Corte penal internacional para los crímenes contra la humanidad, por otra parte inoperante respecto de los

⁶⁵ Montesquieu 1952 (n. 25), II, lib. XI, cap. 4, 274.

países más fuertes, el ordenamiento internacional está casi del todo privado de *instituciones de garantía*: tanto que podemos identificar la globalización, en el plano jurídico, con el importante vacío que ya ha sido señalado de una esfera pública global, es decir, de garantías a la altura de tantos derechos fundamentales aunque solemnemente proclamados en tantas declaraciones y convenios internacionales.

Pero también a nivel estatal las actuales democracias están incompletas, debido a la falta de garantías adecuadas de tantos derechos establecidos en sus constituciones rígidas. Incluso los derechos de libertad, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones a ellos correspondientes y las secundarias de condena penal por sus lesiones y anulación de las normas en oposición a ellos están resultando ampliamente defectuosas al ponerlos al abrigo de las viejas y nuevas trampas y agresiones por parte no sólo de los poderes políticos sino también de los grandes poderes económicos privados. De aquí la necesidad de un nuevo constitucionalismo liberal de derecho privado, además de público, capaz de imponer límites al mercado de la información y las comunicaciones. Lo mismo se dice de los derechos políticos, que pueden ser anulados, cuando el ordenamiento no disponga de garantías efectivas, por los métodos electorales adoptados, por la concentración de medios de comunicación y por las lesiones causada por la representación de las derivaciones plebiscitarias y por los conflictos de intereses.

Pero el problema más grave es hoy la falta, en muchos ordenamientos, de las garantías primarias de muchos derechos sociales y de las técnicas jurídicas adecuadas para obligar a los poderes públicos a introducirlas. Faltan incluso, en muchos casos, las técnicas de garantía adecuadas para impedir o reparar el desmantelamiento –desarrollado, por ejemplo, en Italia, como anteriormente se ha visto, sino también en muchos otros países–

de muchas de las garantías sociales existentes. El argumento desarrollado es normalmente la falta o la ineffectividad de tales garantías es su coste económico. Se trata de un argumento falaz, que como he observado muchas veces debe ser invertido⁶⁶. Los gastos sociales en materia de salud, de educación y de empleo son también los gastos económicamente más productivos, dado que de ellas dependen la protección y el desarrollo de la productividad, tanto individual como colectiva. Prueba de ello es la mayor riqueza de los países en los que, como en Europa, se ha desarrollado el Estado social, con respecto a los países pobres y desprovistos de protecciones y respeto a su propio pasado. Pero prueba de ello es la misma recesión económica actual en nuestros países, provocada por los recortes del gasto público y la reducción del empleo puestas en práctica, en contradicción con las enseñanzas de John Maynard Keynes, para hacer frente a la crisis económica. Por otra parte, en las sociedades actuales sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho social, dependiente de la integración del individuo en el tejido de las relaciones económicas y sociales. A diferencia de las sociedades primitivas, en las cuales la supervivencia estaba garantizada por un vínculo directo con la naturaleza, en la sociedad capitalista, y más que nunca en la actual economía globalizada, se ha roto irreversiblemente la relación entre supervivencia y empleo teorizada por Locke en el origen de la edad moderna⁶⁷.

⁶⁶ Me remito a PI, II, § 13.13, 67–71.

⁶⁷ Recordemos la larga argumentación desarrollada por John Locke, *Due trattati sul governo. Secondo trattato* (1690), Luigi Pareyson (tr. it. di), Torino, Utet, 1968, cap. V, En respaldo del vínculo entre supervivencia, trabajo y propiedad: “La razón natural”, también escribe, “nos dice que los hombres una vez nacidos, tienen derecho a su conservación, y por consiguiente a comer y beber” (ivi, § 25, 258). Este derecho está satisfecho por la propiedad, que a su vez es fruto del trabajo: “cuanta tierra un hombre trabaje, siembre, abone y cultive, utilizando el producto, tanta

Hoy, como muestran los flujos migratorios y el crecimiento del desempleo juvenil, no basta más la voluntad de trabajar para obtener empleo. De aquí la estipulación, en las actuales constituciones, de los derechos sociales a la supervivencia y por ello a prestaciones vitales, en adición al derecho negativo a la vida de las lesiones de otros, como cláusulas fundamentales del pacto de convivencia.

Es en esta perspectiva que hoy se requiere, en adición a la garantía de los derechos sociales a la salud y la educación, la garantía de un ingreso mínimo social *ex lege*, necesario no solo para la supervivencia en caso de desempleo, sino también al reforzar la autonomía contractual de los trabajadores. No solo eso. Ante la dificultad, si no la imposibilidad, de desarrollar garantías jurisdiccionales contra las lagunas de garantías sociales, indicaciones de gran interés proceden del constitucionalismo de tercera generación que está desarrollándose en muchos países de América Latina. Me limito a recordar la obligación de los jefes de gobiernos, introducido por la Constitución brasileña, de respetar precisas limitaciones presupuestarias impuestas por la previsión de cuotas mínimas del gasto público a reservar para la satisfacción de los derechos sociales y, en particular, del

es propiedad suya. Él, con su trabajo, la cultiva, por así decirlo, substituyendo a la propiedad común... ni esta apropiación de una porción de tierra en base al cultivo de ella produce perjuicio a otros, pues de ello sigue siendo siempre lo suficientemente buena, y más de cuánta pueda servir a quien carece" (ivi, §§ 32–33, 263–264). En efecto, "la medida de la propiedad fue por la naturaleza bien establecida en base al volumen normal del trabajo humano y de las penas de la vida: no hay trabajo humano que pueda someter o apropiarse de todo, ni frecuentación que pueda consumir más que una pequeña parte, así es imposible que un hombre por esta vía invada el derecho de otro", es, por esto siempre posible emigrar "a alguna parte interna y desierta de América... porque hay tierra suficiente en el mundo por satisfacer al doble de los habitantes" (ivi, § 36, 266–267).

derecho a la salud y del derecho a la educación⁶⁸. Gracias a esta innovación, la *garantía débil* de la genérica obligación del legislador de introducir, sin ninguna restricción cuantitativa, leyes de aplicación de los derechos sociales se han transformado en la *garantía fuerte* de la obligación de destinar a la satisfacción de estos derechos al menos determinadas cuotas del presupuesto público⁶⁹; con el resultado que tanto la laguna de similares leyes

⁶⁸ El art. 212 en materia de instrucción, establece que “la Unión aplicará anualmente no menos del 18% y los Estados, el distrito federal y los ayuntamientos nunca menos del 25 % de lo obtenido en los impuestos... al mantenimiento y desarrollo de la enseñanza”. El art. 198, §§ 2 y 3, en materia de salud, establece que “la Unión, los Estados, el distrito federal y los ayuntamientos utilizarán anualmente, para las acciones y los servicios sanitarios públicos, recursos mínimos derivadas de la aplicación de porcentajes calculados, en el caso de la Unión en forma definida por los efectos de la ley complementaria prevista en el § 3”, es decir, de una ley “que será revisada al menos cada cinco años” y que “establecerá”, además de los porcentajes citados, “los criterios de prorrateo de los recursos de la Unión vinculadas a la salud y destinadas a los Estados, al distrito federal y a los municipios”. En ausencia de dicha ley el art. 77, § 4 de las disposiciones transitorias, preveyendo su eventual laguna, establece que “se aplicará a la Unión, al distrito federal y a los municipios lo dispuesto” en los apartados anteriores, es decir, su destino de los recursos mínimos utilizadas durante el ejercicio del año anterior “aumentado como mínimo del 5%” en lo relativo a la Unión, “del 12% en cuanto a los Estados y el distrito federal” y “del 15 % para los Ayuntamientos”. Por último, por otra parte, la laguna se ha evitado por la reciente ley complementaria n. 141 del 13 de enero 2012, que en materia de salud ha confirmado el porcentaje del 12% para los Estados y del 15 % para los ayuntamientos y para la Unión, estableciendo que ellas deben crecer, el mínimo, con el crecimiento del PIB. Por último el art. 34, VII, inc. e) establece que la Unión no intervendrá en las políticas de gasto de los Estados o del Distrito Federal” si no para “garantizar la observación” del principio de “aplicación del mínimo requerido de los ingresos resultados por los impuestos establecidos...por la conservación y el desarrollo de la enseñanza y por las prestaciones y los servicios públicos sanitarios”. Sobre las restricciones del presupuesto, cfr., también PI, II, § 13.19, 98 y § 15.18, 402–403.

⁶⁹ He llamado “garantía débil” la obligación de garantizar, correlativa a la expectativa expresada por un derecho fundamental establecido, y

como su inadecuación, de por sí mismo incuestionable en sede judicial, se han transformado en antinomias, identificables y reparables en esta sede, a iniciativa de las oficinas del Ministerio Público, tales como violaciones de la Constitución.

Un último orden de expansión se relaciona a las garantías secundarias de tipo judicial contra las antinomias y las lagunas. En cuanto a las antinomias, el control bien podría ser ampliado a los actos no legislativos: como, por ejemplo, la participación en la guerra, cuyo solemne repudio, enunciado en el art.11 de la Constitución italiana no ha sido asistido por ninguna garantía jurisdiccional. Por otra parte, se necesitaría ampliar a otros sujetos, además de los jueces *a quo*, la legitimación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Piénsese en la legitimación activa para recurrir a la jurisdicción de constitucionalidad prevista en muchos ordenamientos a cargo de las minorías parlamentarias o a los órganos de gobierno⁷⁰. Pero se piensa, sobre todo, en la propuesta presentada por Hans Kelsen y ejecutada, por ejemplo, por la Constitución brasileña, de la institución, ante el Tribunal Constitucional, de un procurador general, por él llamado “defensor de la constitución”, con la tarea de objetar la ilegitimidad de cualquier acto del Parlamento considerado por él inconstitucional⁷¹. Más difícil y problemático

“garantía fuerte” de la obligación de la prestación, por ejemplo, escolar o sanitaria, introducido por la aplicación obligatoria de la garantía débil: la primera obligación es impuesta al legislador, puede ocurrir que estos no lo aplique dando así lugar a una laguna; la segunda obligación corresponde a los mecanismos institucionales y a sus funcionarios, creados en aplicación de la primera (PI, I, §§ 9.14, 10.20, 10.21, 11.17 y 12.14, 556, 694, 701, 815, 917 y 918; PI, II, §§ 13.15 y 13.19, 80 y 96).

⁷⁰ Es lo que prevén el art. 93, 1 párrafo de la Ley Fundamental Alemana, el art. 162 de la Constitución española, el art. 281 de la Constitución portuguesa y el art. 103 de la Constitución brasileña.

⁷¹ “Un instituto del todo nuevo pero que merecería la más seria consideración sería el de un defensor de la constitución, ante el tribunal constitucional

es la extensión del control de constitucionalidad de las lagunas, es decir, las violaciones de la Constitución no para su comisión (como son las antinomias generadas por normas inválidas), sino por omisión: un control previsto por la constitución portuguesa y por la brasileña, que, sin embargo, encuentra un límite insuperable en la naturaleza de juicio de anulación y prescripción del acto inválido comprobado que es propio de la jurisdicción de legitimidad⁷²: un límite, por otra parte, en parte soslayada por las ya recordadas restricciones presupuestarias, cuya imposición es transformar las posibles lagunas en antinomias censurables en sede judicial. Además, es evidente que todas estas ampliaciones del rol de la jurisdicción requeridas por el paradigma constitucional sugieren, en apoyo de la misma legitimación del poder judicial, su más rígida sujeción a las normas constitucionales que proviene, como se verá en el próximo capítulo, del modelo garantizador de aplicación, bastante más que el modelo principalista de ponderación.

Por supuesto, la crisis actual del paradigma constitucional no permite ningún optimismo. Pero debemos ser conscientes de que en esta crisis no hay nada de natural; y que la democracia, en

que, a semejanza del ministerio público en el proceso penal, debería introducir de oficio el procedimiento del control de constitucionalidad para los actos que considerara irregulares. El titular de una similar función debería tener evidentemente las más amplias posibilidades de garantías de independencia, tanto respecto del gobierno como del Parlamento. Por lo que respecta a los recursos interpuestos contra las leyes, sería de extrema importancia atribuir el derecho de proponerlo también a una minoría cualificada del Parlamento”. (Hans Kelsen, *op. ult. cit.*, § 19, 196). El instituto ha sido introducido en la Constitución brasileña...

⁷² El art. 283 de la Constitución portuguesa del 2.4.1976 y el art. 103 de la Constitución brasileña de 1988, dedicados a la “inconstitucionalidad por omisión” se limitan a prever la señalización de la laguna por parte del Tribunal Constitucional al órgano legislativo y, en el caso de la constitución brasileña, la invitación a cruzar ese obstáculo “dentro de los treinta días”.

sus distintas y complejas formas, dimensiones y niveles, es una construcción artificial, que depende de la política, por las luchas sociales en su respaldo y también en el rol crítico y proyectivo de la ciencia jurídica y política. Las degeneraciones actuales, pero también las atrasadas y las lagunas responsables de la ineficacia del paradigma constitucional deben ser leídas como otros tantos factores de ilegitimidad. En efecto, podemos identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional con el grado de efectividad de las garantías de los derechos en ella constitucionalmente establecidos; e identificar la ilegitimidad de sus violaciones o peor con sus lagunas. Esta es precisamente la identificación de estos perfiles de ilegitimidad la más importante tarea científica, y a la vez política, que el constitucionalismo confiere hoy a la ciencia jurídica: no más imaginable ni practicable como mera contemplación y descripción del derecho vigente, según el antiguo método técnico-jurídico, sino cultivada, por la misma estructura de grados de su objeto, de un papel crítico de las antinomias y de las lagunas generados por los desniveles normativos y de un papel proyectivo de técnicas de garantía adecuadas para superarlas o por lo menos para reducirlas.

10. EL DERECHO ILEGÍTIMO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL ROL DE LA CIENCIA JURÍDICA

Aeeibo así al último tramo distintivo del constitucionalismo garantista: el cambio del papel que será asignado a la ciencia jurídica. Se ha dicho que la innovación estructural introducida por la democracia constitucional ha sido la estipulación, en constituciones rígidas supraordenadas de todas las otras fuentes, de la que he llamado la *esfera de lo indecible*: de lo que no puede ser decidido, es decir, la violación de los derechos de libertad, y de

lo que no puede no ser decidido, es decir, la satisfacción de los derechos sociales. Ahora bien, esto “indecidible (que o que no)” es claramente un indecible carácter deóntico o normativo. Lo que es “no decidible que” puede ser, de hecho, decidido; y lo que es “no decidible que no” puede ser, de hecho, no decidido. Pueden recurrir en resumen, ya lo he dicho, a violaciones de la constitución por parte del legislador: violaciones por comisión, es decir *antinomias* consistentes en la indebida producción de normas inválidas; violaciones por omisión, es decir *lagunas* consistentes en la omisión e igualmente indebida producción de leyes de aplicación. De ello se desprende una virtual divergencia entre el deber ser constitucional y ser legislativo del derecho, en la cual reside el principal defecto sino también, repito, el mayor mérito del estado constitucional de derecho: la aparición, gracias a la rigidez de las nuevas constituciones, del “derecho jurídicamente ilegítimo”, es decir, de un fenómeno impensable y de una contradicción a semejanza del paradigma paleoiuspositivista del estado legislativo de Derecho, en el cual validez y vigor de las leyes coinciden por carecer de normas rígidamente supraordenado a las leyes. Y también se deduce un papel crítico y proyectivo de la ciencia jurídica: crítica respecto a las antinomias, las cuales tienen la tarea de solicitar la supresión, proyectual respecto de las lagunas de las cuales tiene la tarea de solicitar la complementación.

Lo extraño es que la idea del “derecho ilegítimo” –por la indebida presencia de normas inválidas o por la indebida ausencia de normas debidas– es una idea inadmisible e impensable también por Hans Kelsen, que también, como he recordado, por la estructura en grados de ordenamiento y del control constitucional de legitimidad de las leyes, ha sido el máximo teórico. En consecuencia, para Kelsen como para Bobbio y para gran parte de la escuela kelseniana, todavía concentrada en la

defensa del método técnico-jurídico, es inadmisibles un rol no puramente descriptivo y avalorativo, sino crítico y normativo de la ciencia jurídica⁷³. Las dos tesis – la teórica de la equivalencia entre validez y vigor de las normas y la metateórica del carácter descriptivo y avalorativo de la ciencia jurídica – están evidentemente conectadas. Y están conectadas, a su vez, por la concepción únicamente formal de la democracia. El vínculo, a mí me parece, consiste en la incompreensión de las dos grandes novedades introducidas por el paradigma del constitucionalismo rígido: la virtual presencia del derecho ilegítimo y por ello el papel también normativo y no simplemente descriptivo de la ciencia jurídica.

Yo creo que esta incompreensión ha sido también el reflejo de un malentendido epistemológico, que ha gravemente y largamente pesado, gracias precisamente al aval de Kelsen, sobre los estudios de teoría del Derecho, impidiendo captar la dimensión

⁷³ Norberto Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico* (1961), en Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, (1965), rist., Roma-Bari, Laterza, 2011, cap. V, § 3, 88–89. Véanse también las críticas dirigidas, respecto de las tesis aquí realizados, por Alfonso Ruiz Miguel, *Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista*, en Carbonell, Salazar 2005 (n. 4), 211–232, y por Ricardo Guastini, *Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica*, *ivi*, 245–249, a los cuales he respondido en el libro Carbonell, Salazar 2005 (n. 4), cap. IV, 63–81; Paolo Comanducci, *Problemi di compatibilita tra diritti fondamentali*, en *Analisi e diritto. 2002–2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, 317–329, a quien he respondido en *La pragmatica della teoria del diritto*, *ivi*, en particular en el § 7, 372–375. Críticas en parte diferentes me han sido dirigidas por Ricardo Guastini, *Algunos aspectos de la metateoría de Principia Iuris*, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 31, 2008, 253–260, a quien he respondido en Ferrajoli 2008 (n. 51), *ivi*, § 1.2, 398–402. Para una crítica iuspositivista de la tesis de la avaloratividad de la ciencia jurídica con referencia al actual paradigma constitucional, me remito, además a los escritos arriba citados, a *PiI*, *Introduzione*, § 6, 26–32.

pragmática. El malentendido consiste en la identificación entre (teoría) “formal” o “pura” y (teoría) “avalorativa” y/o “descriptiva”. “Formal” en cambio, como término metateórico, no equivale en absoluto a “avaloratividad”, ni mucho menos en “descriptiva”. Sin duda, la teoría del Derecho es una teoría formal -como sostiene Bobbio⁷⁴, o “pura”, como dice Kelsen - al punto que en *Principia juris* he proporcionado una formalización y una axiomatización. Lo es en el sentido que, de por sí, ésta es solo una sintaxis –la sintaxis del universo lingüístico, que es el derecho positivo, la cual no nos dice nada sobre los contenidos de los concretos ordenamientos, es decir, sobre lo que el derecho dispone, o sobre lo que es justo que disponga, o sobre como de hecho funciona, sino se limita a estipular conceptos y tesis capaces de explicar y analizar la estructura de cualquier fenómeno jurídico. Pero, precisamente, por eso –y no,

⁷⁴ Según Norberto Bobbio, “la teoría general del derecho es una teoría formal del derecho en el sentido que estudia el derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma independientemente de los valores a los que esta estructura sirve y por el contenido que aprisiona” (Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria Generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, VI). “Es inútil decir que esta idea”, añade aquí, “se ha elaborado, en la forma en que es más conocida, por el Kelsen”, cuya “doctrina” o “teoría pura” es por tanto “formal” en el sentido citado. La misma caracterización de la teoría del derecho como “teoría formal” es retomada por Bobbio en los Bobbio 1955 (n. 74), 3 – 7, 34 – 40 y 145 – 147. Sobre el carácter “formal” de las tesis teóricas, remitidas a las clarificaciones realizadas repetidamente, a propósito de mi definición de “derechos fundamentales”, en Vitale 2001 (n. 4), I, § 1, 5 – 9; II, §§ 1 y 5, 123 – 145 y 150 – 151; III, §§ 1 y 4, 279 – 288, 298 – 309 y sobretodo en la introducción a *Principia iuris*. Después, es especialmente evidente que “formal” en el sentido aquí indicado, es decir cual predicado metateórico de los conceptos y de las aserciones de la teoría, no tiene nada que ver con el significado de “formal” como término teórico, referido a la “forma” de los “actos formales” (en oposición a la “sustancia” o al “significado” de las decisiones producidas), las que dependen su “validez formal” y la dimensión “formal” de la democracia, relacionadas ambos al cumplimiento de normas a su vez “formales” sobre la producción.

simplemente, a pesar de este— ésta no puede ser ni puramente avalorativa ni exclusivamente descriptiva.

No puede ser puramente avalorativa y descriptiva, en primer lugar, a causa de las opciones que inevitablemente presiden a la estipulaciones de los postulados y de las definiciones teóricas. Estas afirmaciones suponen siempre opciones, que no son ni verdaderas ni falsas. Las opciones son generalmente opciones de carácter puramente teórico, es decir, justificadas por la mayor capacidad explicativa por ellas revelada, en el curso mismo de la teoría, frente a posibles opciones alternativas. A veces, sin embargo, se trata de opciones a las cuales no son ajenas opciones valorativas de carácter éticopolítico, dadas por las específicas finalidades reconstructivas perseguidas por el teórico en vista de las implicaciones prácticas por ellas sugeridas. Piénsese en las diversas implicaciones teóricas y prácticas de las definiciones de “ilícito” y de “derecho subjetivo” propuestas por Kelsen, una como condición previa de una sanción y otra como reflejo de un deber a su vez concebido como una condición previa del ilícito y la consiguiente sanción⁷⁵, respecto a la definición de ilícito por mí propuesta como “acto (informal) *prohibido*” y de derecho subjetivo como “esperanza de prestaciones o de no lesiones”. Para Kelsen la guerra, aunque prohibida por el Derecho internacional, no es un ilícito no habiendo sido introducida la relativa sanción⁷⁶; ni son derechos, sino simples *flatus vocis* los derechos fundamentales cuando no se introducen las obligaciones y las sanciones correspondientes a sus violaciones. Sobre la base de mis definiciones, por el contrario, la guerra es

⁷⁵ Kelsen 1966 (n. 56), § 6, lett. a), 43–44; Kelsen 1959 (n. 4), parte I, cap. III, 51–56.

⁷⁶ Kelsen 1959 (n. 4), parte II, cap. VI, 332 – 337, 349 ss, 360 – 361; Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1952, 36 – 55; Kelsen 1966 (n. 56), § 42, lett. a), 352–354.

un ilícito simplemente porque está prohibida y los derechos aunque carentes de sanciones son derechos vinculantes simplemente porque son positivamente establecidos y la falta de leyes de aplicación destinadas a introducir las garantías, es decir, los deberes correspondientes y la sanción, es configurable como una indebida laguna que requiere de ser llenada.

En segundo lugar, y sobre todo, la teoría no podrá ser puramente descriptiva dado que impone la coherencia del Derecho positivo consigo mismo: una coherencia que de hecho también puede faltar, a causa de la divergencia progresiva ya ilustrada que prácticamente existe entre ser (legislativo) y el deber ser (constitucional) del derecho. Es en esta divergencia interna al derecho entre niveles normativos, conectada a la doble dimensión de “norma” y de “hecho” a su vez regido por normas que la legalidad ordinaria ha asumido en el Estado constitucional de derecho, que reside el rasgo distintivo del paradigma constitucional, caracterizado precisamente por la sujeción a la ley de la misma ley, no solo en cuanto a las formas de actos que la producen sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos. Esta sujeción se produjo mediante la incorporación, en constituciones rígidas, de principios éticopolíticos –como la separación de poderes, el principio de igualdad y los distintos derechos fundamentales– transformados así por fuentes de legitimidad *política o externa* en fuentes de legitimación (y, si violados, de deslegitimación) también *jurídica o interna*.

La principal implicación metateórica de esta divergencia concierne a la relación entre la lógica y sus usos en la teoría del derecho por un lado y el derecho mismo por otro. En un sistema de derecho positivo – en el cual las normas son producidas por las autoridades competentes, y no deducidas por otras normas – no siempre los principios lógicos son satisfechos por los actos de producción jurídica. En él, antinomias y lagunas

estructurales de hecho existen entre normas de distinto nivel a causa de la diferencia que siempre existe entre normatividad y efectividad. En consecuencia, coherencia y completitud, exigidas por la lógica a la teoría del derecho y por las disciplinas jurídicas positivas, tales como condiciones de consistencia de cualquier discurso sobre el derecho que enuncia implicaciones entre figuras deónticas, no son ni pueden ser, en el paradigma constitucional, caracteres intrínsecos del derecho que es objeto de la teoría; ya que este derecho es un sistema nomodinámico, articulado en torno a varios niveles, cada uno de los cuales es normativo respecto de la parte inferior y es por ello, desde este, prácticamente violado y contradicho. La lógica, en resumen, es propia de los discursos *sobre* el derecho, mientras que no es, ni debería ser, del discurso *del* derecho positivo, en los cuales desempeña un rol no ya descriptivo sino prescriptivo.

Esto quiere decir que los principios de la lógica deóntica y todos los de la teoría que hacen uso de figuras deónticas –como la contradicción entre permitido y prohibido, o implicación entre expectativa positiva y obligación correspondiente expresadas respectivamente por los dos cuadrados de las oposiciones de las que he hablado desde los dos primeros capítulos de *Principia Iuris*⁷⁷ - son en sí principios *del* derecho pero no principios *en el* derecho. No consisten, en otras palabras, en principios *internos* al derecho positivo, es decir, en los que podemos llamar *principia iuris et in uire*, no siendo expresados ni explícita ni implícitamente por normas jurídicas. Ellos son más bien *principia iuris tantum*, que imponen al Derecho positivo, como principios a él *externos*, la lógica que él, *de hecho*, no tiene pero que, *por derecho*, debe tener. Expresamos, en un ordenamiento positivo o nomodinámico, el “deber ser” del derecho establecido por el derecho mismo, es decir, la normatividad, respecto de sus

⁷⁷ PI, I, § 1.4, 120 – 124 y § 2.3, 151 – 157.

fuentes, los *principia iuris et in iure* establecidos por las normas de grado a ellas supraordenado.

De aquí, el rol normativo que el paradigma teórico y formal de la democracia constitucional, estructurado sobre más grados o niveles normativos, desempeña –o mejor impone desempeñar a las disciplinas jurídicas de los distintos ordenamientos– respecto del derecho positivo: porque dentro de este paradigma los principios teóricos que ella misma teoriza como *principia iuris tantum* son, por un lado, principios analíticos lógicamente verdaderos, descriptivos precisamente del modelo teórico; pero, por otro lado, son principios normativos que imponen al derecho, no a diferencia de los principios de la lógica o de la matemática con respecto a los discursos que hacen uso, coherencia y exhaustividad respecto a los *principia iuris et in iure* cuáles son los derechos y los principios de justicia estipulados por las normas constitucionales. En definitiva, los principios de este segundo tipo –*iuris et in iure*– son en sí principios axiológicos, pero son también los principios internos de derecho positivo; mientras que los principios del primer tipo –*iuris tantum*– son en sí principios externos al derecho positivo, pero no son en absoluto principios axiológicos, sino principios lógicos, cuya normatividad no es distinta a las reglas de la gramática o de la ortografía. El paradigma constitucional, marcado por los desniveles normativos, propugna en definitiva, si es tomado en serio, una teoría del derecho normativa y una ciencia jurídica no puramente cognoscitiva sino también crítica y conceptual con respecto a la virtual presencia de antinomias y de lagunas: es decir, una teoría del derecho y una dogmática jurídica que no pueden limitarse más a decir, según una clásica tesis bobbiana, “lo que el derecho es”⁷⁸, no pudiendo no decir también “lo que el

⁷⁸ Bobbio 2011 (n. 73), *Aspetti del positivismo giuridico*, cap. V, § 3, 88. “Como forma de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico

derecho debe ser” y que también forma parte, a un nivel normativamente superior, del “derecho que es” aunque a los niveles normativos inferiores “ilegítimamente no es”.

se caracteriza por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal, o, con otras expresiones equivalentes, entre el derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho como es y el derecho como debe ser; y la convicción de que el derecho del que debe ocuparse el jurista sea el primer y no el segundo”.

DEONTOLOGÍA JURÍDICA

La magistratura italiana es desde hace veinte años al centro del debate y del enfrentamiento político. El conflicto entre justicia y política ha nacido cuando los jueces han comenzado a investigar las distintas formas de deshonestidad –corrupción, concusión, peculados, bancarrotas, fraudes fiscales, falsos balances, colusión con la mafia– cometidas por los máximos exponentes políticos del gobierno. Y se ha manifestado en una cotidiana agresión de políticos sospechosos y de sus partidos con respecto a los magistrados titulares de los procesos. El argumento privilegiado en apoyo de las agresiones fue la politización de dichos magistrados y la consiguiente lesión de la separación de poderes. Cuando sucede exactamente lo contrario: los jueces y fiscales han dejado de hacer política cuando empezaron a aplicar la ley igualmente para todos. No sólo eso. Los históricos de este desolador veintenio– marcado por la corrupción de la vida pública, por los conflictos de interés en la cúspide del Estado, por las pretensiones de omnipotencia de fuerzas de mayoría y por las agresiones por parte de estas mismas fuerzas a la Constitución republicana, al trabajo y a los derechos sociales– reconocerán seguramente el papel desempeñado por la jurisdicción en detener el desarrollo de la ilegalidad pública y el colapso de la credibilidad de nuestras instituciones, y por ello salvaguardar nuestro Estado de derecho y nuestra democracia. Sin embargo, en la disputa que inevitablemente ha seguido entre poderes políticos y poder judicial, la defensa incondicional de la jurisdicción ha acabado en generar en una parte de la opinión pública y también, lamentablemente,

entre muchos jueces, la concepción del poder judicial como poder bueno y salvador. Y, sobre todo, la defensa *a priori* ha terminado en hacer pasar por alto, o peor aún, avalar prácticas judiciales reaccionarias y antigarantistas, en contraste con la misma legalidad que ellas pretenden defender. Y se corre el riesgo, si se realiza por magistrados, de caer en defensa corporativa, opuesta al papel de la Magistratura Democrática que, no olvidemos, nació sobre la ruptura del viejo corporativismo de clases y la crítica pública de las medidas judiciales ilegales. Es por ello necesaria, una reflexión crítica y autocrítica que hoy se exige a la magistratura: respecto no solo y no tanto a decisiones judiciales individuales, sino sobre todo de actitudes, culturas y subculturas antigarantistas, que van aumentando en el mundo de la justicia y también en una parte de la izquierda.

La tesis de que debemos plantear es el reconocimiento de la creciente expansión, que tuvo lugar en estos años, del papel de la jurisdicción, mucho más allá de las clásicas funciones de la justicia civil y penal destinadas, en el antiguo Estado liberal, principalmente a los ciudadanos. Esta expansión es debida a múltiples factores, el primero de los cuales es la dimensión constitucional de nuestra democracia: por un lado las crecientes demandas de justicia dirigidas a la jurisdicción, solicitada a intervenir, en ausencia de política, por las violaciones de los derechos constitucionalmente establecidos en tema de trabajo, de medio ambiente, de protección de los consumidores, de tecnologías electrónicas, de cuestiones bioéticas; por otro, los controles de constitucionalidad sobre leyes inválidas y, sobre todo, los controles de legalidad penal sobre los titulares de los poderes públicos, es decir, en corrupción, deshonestidad y sobre las colusión con los poderes ilegales.

Pues bien, es claro que por esta justa expansión de la jurisdicción se logrará un crecimiento enorme e inevitable del poder

judicial y de la incidencia política de su ejercicio, que requeriría un fortalecimiento de sus condiciones de legitimidad: de su rígida sujeción a la ley y del estricto cumplimiento de las garantías, equivalentes a otros tantos límites contra decisiones arbitrarias. Me temo que estamos asistiendo a un debilitamiento de todos estos límites y por eso de las mismas fuentes de legitimidad de la jurisdicción.

Yo no quiero entrar en el fondo de problemas judiciales concretos, que solo conozco superficialmente. Diré, sin embargo, haber estado fuertemente impresionado por el protagonismo, por el desdén y el sectarismo de algunos magistrados –pienso naturalmente en el caso Ingroia, y más antes en el de Magistris– puestas en escena por los medios de comunicación primero en el desempeño de su papel de ministerios públicos, y luego en la campaña política en la que se son promovidos en estos meses.

Puede ser que estos magistrados y quienes simpatizan con ellos lo hagan con total buena fe. Pero esto hace aún más necesaria y urgente, para efectos de la legitimación de los jueces como garantes de los derechos fundamentales, la redefinición de una deontología judicial diametralmente opuesta a la concepción y a la práctica de la jurisdicción por ellos expresada. En efecto, pienso que cuanto más reconozcamos la intrínseca politicidad de la jurisdicción y defendamos el compromiso civil y político de los magistrados, tanto más rigurosa, para la credibilidad del papel de garantía de los derechos que asignamos a la magistratura, debe ser la deontología profesional de los magistrados. Mi contribución a este congreso, como antiguo exponente de la Magistratura Democrática, será por ello la indicación de nueve máximas deontológicas sobre todo en materia de justicia penal, inspirada precisamente por esa práctica y por esa concepción. Las primeras tres de estas máximas consisten en otras tantas formas de conciencia; las tres siguientes se refieren al ejercicio

profesional del rol judicial; las últimas tres se refieren a los comportamientos del magistrado en la sociedad.

1. LA CONCIENCIA DEL CARÁCTER “TERRIBLE” Y “ODIOSO” DEL PODER JUDICIAL

La primera regla de una deontología judicial democrática y garantista es quizá la más desagradable. Consiste en la conciencia, que siempre debería asistir a cualquier juez o ministerio público, de que el poder judicial es un “poder terrible”, como lo llamó Montesquieu (*De l'esprit des lois* [1748], en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París 1951, II, XI, 6, p.398). No, por tanto, un poder bueno, sino un poder “odioso”, como escribió Condorcet (*Idées sur le despotisme*, [1789], en *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París 1847, t. IX, p. 155): odioso porque, a diferencia de cualquier otro poder público –legislativo, político o administrativo– es un poder de humanos sobre humanos, que decidirá sobre la libertad y está por ello, en capacidad de arruinar la vida de las personas sobre las cuales es ejercido. Por lo tanto, un poder terrible y odioso –sobre todo el penal– que solo las garantías sustanciales y procesales podrán limitar, pero no anular, y que es por ello más legítimo, cuanto está limitado.

2. LA CONCIENCIA DEL CARÁCTER RELATIVO E INCIERTO DE LA VERDAD PROCESAL Y POR LO TANTO DE UN MARGEN IRREDUCTIBLE DE ILEGITIMIDAD DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

La segunda regla movida también por una conciencia de que siempre debería asistir al ejercicio de la jurisdicción: la de un margen irreductible de ilegitimidad del poder judicial, el cual puede ser reducido, pero no eliminado, por el estricto

cumplimiento de las garantías, primero ante todo, como lo señala Condorcet en el párrafo ya citado, la “estrecha sujeción del juez a la ley”. Si es verdad que la legitimidad de la jurisdicción se basa en la verdad procesal comprobada mediante la aplicación de la ley y que la verdad procesal es siempre una verdad relativa y aproximativa, *discutible en derecho y probabilística en hecho*, entonces también la legitimación del poder judicial –como del resto la legitimación de cualquier otro poder público, empezando por la representatividad de los poderes políticos– es siempre, a su vez, relativa y aproximativa.

Esta es entonces, una específica regla deontológica que, sobretodo en materia penal, se refiere a la comprobación de la verdad. En primer lugar la comprobación de la *verdad jurídica*, es decir, la interpretación de las leyes. Esta norma consiste en la estricta prohibición, en homenaje al principio de estricta legalidad y taxatividad como rígido criterio de cualificación como delitos de hechos imputados, de la analogía *in malam partem*. En materia penal el juez no puede, no digamos inventar figuras delictivas, sino que ni siquiera puede ampliar a fenómenos vagamente similares o relacionados los supuestos de hechos previstos en la ley. Por ejemplo, en el famoso proceso de negociación Estado/mafia promovido en Palermo, no existe en nuestro ordenamiento el delito de negociación, me es difícil entender cómo se puede, sin atentar contra el principio de estricta legalidad y la prohibición de analogía, amalgamar en el delito de “amenaza al cuerpo político” tanto a los mafiosos autores de la amenaza, como a los destinatarios, o las actividades o incluso las víctimas designadas. La cuestión, observándola detenidamente, no es de hecho, sino de derecho: basta leer la imputación. Obviamente, podemos bien considerar esa negociación un hecho gravísimo de desviación política. Pero de responsabilidad política precisamente se trata. Y la separación de poderes debe defenderse no

solo por la indebida interferencia de la política actividad judicial, sino también por la indebida interferencia de la jurisdicción en la esfera de competencia de la política.

3. EL VALOR DE LA DUDA Y LA CONCIENCIA DE LA PERMANENTE POSIBILIDAD DE ERRORES FÁCTICOS

La tercera regla de la deontología judicial, a nivel de verdad factual relacionada a la comprobación de la *verdad factual*, consiste en la costumbre y en la práctica de la duda derivada de una tercera conciencia: que la verdad procesal fáctica nunca es una verdad absoluta u objetiva, sino es siempre, como decía, una verdad *probabilística* y siempre es posible el error. Quiero decir que las únicas verdades absolutas son aquellas tautológicas de la lógica y la matemática, mientras que en materia empírica –en ciencias naturales, en la historiografía y por tanto también en cualquier investigación o verificación procesal– la verdad absoluta y la certeza objetiva son inalcanzables y es posible solo su débil subrogado, que es la certeza subjetiva del juez; que la verdad factual no es objeto de demostraciones, sino solo de confirmaciones y que por lo tanto, a pesar de las pruebas y el convencimiento, cualquier sentencia puede ser equivocada porque las cosas podrían haberse realizadas al contrario de lo considerado. Es en este tramo epistemológico del juicio que se basa esta tercera regla de la deontología judicial: el valor de la duda, el rechazo de toda arrogancia cognitiva, la prudencia del juicio –de la cual deriva el bonito nombre de “juris-prudencia” –como estilo moral e intelectual de la práctica judicial y en general de las disciplinas jurídicas, la conciencia, en resumen, que siempre es posible el error, tanto de hecho como de derecho. Por eso es inadmisibles que un magistrado del Ministerio Público escriba un libro titulado “Yo sé” a propósito de un proceso en curso por él mismo instruido.

4. LA DISPONIBILIDAD DE ESCUCHAR LAS RAZONES OPUESTAS Y LA INDEFERENTE BÚSQUEDA DE LA INVESTIGACIÓN DE LA VERDAD

Hay una cuarta regla deontológica: la disponibilidad de los jueces, pero también de los fiscales, de escuchar todas las diferentes y opuestas razones y la exposición a la refutación y a la falsificación, jurídica más allá que factual, de las hipótesis acusatoria. Es el clásico principio, formulado por Karl Popper de la falsabilidad como banco de prueba de la consistencia y la plausibilidad de cualquier tesis empírica. Es en esta disponibilidad tanto del juicio como de la acusación fiscalía a exponerse y a someterse a la refutación por parte de quien acusa debe soportar las penosas consecuencias que reside en el valor ético, además de epistemológico, de la contradicción pública en la formación de la prueba. Esta disponibilidad expresa una actitud de honestidad intelectual y de responsabilidad moral, basado en la conciencia epistemológica de la naturaleza no más que probabilidades de la verdad factual. Ella expresa el espíritu mismo del proceso acusatorio, en oposición al enfoque inquisitorial, cuyo tramo concluyente y falaz es en cambio la resistencia del perjuicio de culpabilidad a cualquier desmentido o contrapueba es decir, la petición de principio, en virtud de la cual la hipótesis acusatoria, que debería ser respaldada por pruebas y no desmentida por contrapruebas, es apodícticamente adoptada como verdadera y funciona como criterio de orientación de las indagaciones, es decir, de filtro selectivo de las pruebas –creíbles si la confirman, no creíbles si la contradicen– y por eso infalsificable.

Depende principalmente de esta disponibilidad a escuchar todas las razones opuestas, la imparcialidad y objetividad del juicio, y también de las indagaciones instructivas. El juicio, como escribiría Cesare Beccaria y aún antes Ludovico Muratori, debe consistir en la “indiferente búsqueda de la verdad”. Es sobre esta

indiferencia, que es propia de toda actividad cognitiva e implica la constante disponibilidad a renunciar a sus propias hipótesis frente a sus desmentidos, que se basa el proceso que Beccaria llamó “informativo”, en oposición a lo que llamó en cambio “proceso ofensivo”, en el cual, escribió, “el juez pasará a ser enemigo del reo” y “no busca la verdad del hecho, sino busca en el prisionero el delito, y lo insidia, y cree que pierde si no lo consigue, y llega más lejos de la infalibilidad que el hombre se arroga a todas las cosas” (*Dei delitti e delle pene* (1766), edición de F. Venturi, Einaudi, Torino 1981, § XVII, pp. 45-46; L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Rizzoli, Milano 1953, cap. XII, pp. 130-141). Está claro que esta cuarta regla deontológica excluye la idea del imputado como enemigo sino también, más en general, todo espíritu partisano o sectario. Pero ésta excluye también la idea, frecuente en los ministerios públicos, que el proceso sea un terreno en el que se gana o se pierde. El Ministerio Público no es un abogado. Y el proceso no es una partida en la que, para retomar las palabras de Beccaria, el acusador pierde si no logra hacer prevalecer sus tesis.

5. LA COMPRESIÓN Y LA EVALUACIÓN EQUITATIVA DE LA SINGULARIDAD DE CADA CASO

La quinta regla de la deontología judicial es la equidad, que es una dimensión cognitiva del juicio, normalmente ignorada, que no tiene nada que ver con las otras dos tradicionales dimensiones cognoscitivas del razonamiento judicial, es decir, con la correcta interpretación de la ley en la comprobación de la verdad jurídica y con la argumentada valoración de las pruebas en la comprobación de la verdad factual. Esta dimensión se relaciona con la comprensión y la evaluación de las circunstancias singulares e irrepetibles que hacen de cada hecho, de cada caso, de cada asunto sometido a juicio un hecho y un caso irreduciblemente

distinto de cualquier otro, aunque subsumible –por ejemplo, el robo de una manzana respecto al robo de un diamante– en el mismo supuesto de hecho. Dado que cada hecho es distinto de cualquier otro, y el juez, más aún antes que el Ministerio Público no puede sustraerse a la comprensión equitativa de sus específicos y irrepetibles rasgos. Y es evidente que la comprensión del contexto, las concretas circunstancias, las razones singulares del hecho implica siempre una actitud de indulgencia, sobre todo en favor de los más débiles. Añado que esta indulgencia equitativa no puede no intervenir en la decisión de la medición de la pena de prisión, que no puede ignorar el carácter inhumano, reconocido por la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las condiciones de vida de los detenidos en nuestras prisiones, en contraste con el principio constitucional de que “las penas no podrán consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad”. La conciencia de estas condiciones siempre deberían sugerir la máxima prudencia en la adopción de medidas de limitación cautelar de la libertad personal y la aplicación de la pena de prisión sólo cuando es inevitable y en la medida del mínimo previsto por la ley.

6. EL RESPETO DE TODAS LAS PARTES IMPLICADAS

La sexta regla deontológica es el respeto por las partes en conflicto, incluido el inculpado, quienquiera que sea, sujeto débil o fuerte, incluido el mafioso o el terrorista o el político corrupto. El derecho penal en su modelo garantista equivale a la ley del más débil. Y no olvidemos que si en el momento del delito el sujeto débil es la parte agraviada, en el momento del proceso el sujeto débil es siempre imputado, y sus derechos y sus garantías son otras tantas leyes del más débil. Esta regla del respeto de las partes en conflicto, y en particular del imputado, es un corolario del *principio de igualdad*, dado que equivale

al postulado de “igual dignidad social” de todas las personas, incluidos los reyes, enunciado en nuestra Constitución. Pero ésto es también un corolario *del principio de legalidad*, en virtud del cual se es castigado por lo que se ha hecho y no por lo que se es, se considera el hecho y no la persona, el delito y no su autor, cuya identidad e interioridad son sustraídos del juicio penal. Añado que en el proceso penal este respeto por el imputado fundamenta la asimetría que siempre debe existir entre la civilidad del derecho y la barbarie del delito y que es la principal fuerza como factor de deslegitimidad moral y de aislamiento social de la segunda.

7. LA CAPACIDAD DE SUSCITAR LA CONFIANZA DE LAS PARTES, TAMBIÉN DE LOS IMPUTADOS

La séptima regla deontológica guarda relación con la opinión pública y con las partes en cuestión. El magistrado, se ha dicho varias veces, no debe buscar el consenso de la opinión pública: un juez debe ser capaz, en base del correcto conocimiento de los actos del proceso, de absolver cuando todos piden la condena y de condenar cuando todos piden la absolución. Las únicas personas en que los magistrados deben ser capaces de tener no ya el consenso, sino la confianza, son las partes en conflicto y principalmente los imputados: confianza en su imparcialidad, en su honestidad intelectual, en su rigor moral, en su competencia técnica y en su capacidad de juicio. Lo que en efecto deslegitima la jurisdicción no es tanto el desacuerdo y la crítica, que no sólo son legítimos sino que actúan como factores de responsabilización, sino la desconfianza en los jueces y peor aún el miedo generado por las violaciones de las garantías establecidas por la ley precisamente por parte de quien la ley está llamado a aplicar y que la sujeción a la ley obtiene su legitimidad. Por eso la confianza de las partes en conflicto en sus jueces es el

principal parámetro y banco de prueba del tipo de legitimidad de la jurisdicción. No olvidemos nunca que los ciudadanos y en particular a todos aquellos que sufren un juicio serán también los jueces estrictos de sus jueces, de los cuales recordarán y juzgarán la imparcialidad o la parcialización, el equilibrio o arrogancia, la sensibilidad o torpeza burocrática; de que, sobre todo, recordarán si han puesto su miedo, o si han garantizado sus derechos. Solo en este segundo caso defenderán la jurisdicción y su independencia como una garantía.

8. EL VALOR DE LA CONFIDENCIALIDAD DEL MAGISTRADO RESPECTO A LOS PROCESOS DEL QUE ES TITULAR

La octava regla, vinculada a la séptima, es una regla de sobriedad y confidencialidad. Lo que los magistrados deben evitar con todo cuidado, en la actual sociedad del espectáculo, es cualquier forma de protagonismo judicial y de exhibicionismo. Se entiende la tentación, para quienes son titulares de un tan terrible poder, de la notoriedad, del aplauso y de la autocelebración como poder bueno, depositario de lo verdadero, del bien y de lo justo. Pero esta tentación vanagloriosa debe ser firmemente rechazada. La figura del “juez estrella”, como se denomina en España, es la negación del modelo garantista de jurisdicción. Sobre todo, es inadmisibles – y debería ser causa de exclusión y recusación– que los magistrados hablen en público, y mucho menos en televisión, los procesos que les confían. Hemos asistido en estos meses a transmisiones televisivas lamentables, en las cuales los fiscales hablaban de procesos por ellos mismos instruidos, apoyaban sus acusaciones, lamentaban los obstáculos o la falta de apoyo político a sus investigaciones, incluso discutían y polemizaban con su imputado y, peor aún, dirigían terribles insinuaciones sin contradictorio. Aquí estamos no solo, frente a la lesión de las

costumbres de la duda y del respeto por las partes encausadas de las que he mencionado antes, sino también a una instrumentalización del propio papel institucional, a veces con matices de pura demagogia. Sabemos muy bien, por haberlo experimentado en estos años, que el populismo político es una amenaza para la democracia representativa. Pero aún más amenazadora es la mezcla de populismo político y de populismo judicial. Por lo menos el populismo político apunta al fortalecimiento, aunque sea demagógico, del consenso, es decir, la fuente de legitimidad que es propia de los poderes políticos. Mucho más grave es el populismo judicial, que pasa a ser intolerable cuando sirve de trampolín para carreras políticas.

9. EL RECHAZO DE LA SOSPECHA DE UNA INSTRUMENTALIZACIÓN POLÍTICA DE LA JURISDICCIÓN

Arribo a la novena y última regla deontológica. Ella consiste no solo, como es obvio, en no someter el juicio penal a fines políticos, sino también en no dar lugar siquiera a la más lejana sospecha de una instrumentalización política de la jurisdicción. Hoy la imagen de la magistratura ante el gran público corre el riesgo de identificarse con la de tres fiscales conocidos por sus investigaciones –Ingroia, de Magistris y Di Pietro– los cuales han dado vida a una lista electoral encabezada por el primero, promovida por el segundo, con la contribución del partido personal del tercero. Es una imagen perjudicial, que socava la credibilidad de la magistratura, además de las mismas investigaciones que han dado a conocer esos magistrados.

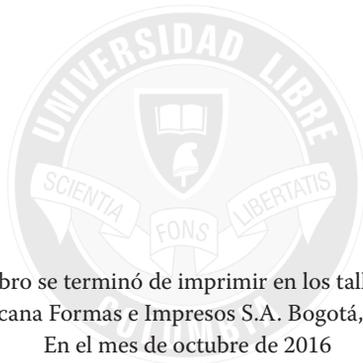
Pues bien, la imagen plantea en el orden del día la cuestión de la participación de los magistrados en los procesos electorales. Por supuesto, no se puede prohibir a los magistrados presentarse a las elecciones: sería una violación del art. 51 de la Constitución.

Añado que nunca pensé, hasta hace algunos años, una cuestión similar: magistrados que han sido elegidos para el Parlamento – pienso en Salvatore Siena, Luigi Saraceni, Elena Paciotti, Pierluigi Onorato, Domenico Gallo y a tantos otros magistrados – que fueron modelos ejemplares de rigor, tanto como jueces como parlamentarios. Pero en tiempos como estos, cuando es tan frecuente aunque normalmente injustificada la acusación de uso político e instrumental de la jurisdicción, es suficiente la simple sospecha de que la actividad judicial o también solo la notoriedad adquirida mediante los procesos sean instrumentalizados para fines políticos y electorales para justificar una más rigurosa disciplina de la participación de los magistrados, en los procesos electorales. Para esto encuentro convincente, en este sentido, al menos las indicaciones sugeridas por Giuseppe Cascini en un reciente artículo sobre la no elegibilidad del magistrado en el lugar en que ha ejercido las funciones y luego en la exclusión de su regreso en este lugar después del fin del mandato electoral. Quizás serían oportunas las dimisiones de quién es candidato a cargos públicos electivos: una carga que, aunque no establecida por la ley, hoy debería ser advertido por cualquier magistrado como un deber elemental de deontología profesional.

Así he completado mi sumaria lista de máximas deontológicas: máximas quizás descontadas, así lo espero, para la mayor parte de los magistrados, pero lamentablemente no para todos. Por eso me ha parecido útil explicitarlas: porque son esenciales, a mí me parece, para dibujar la identidad de los magistrados democráticos. Creo en efecto que la Magistratura Democrática –precisamente porque ha sido justamente teorizado y practicado desde sus orígenes el compromiso político de los jueces en la sociedad y su elección de campo en favor de los sujetos débiles, cuyos derechos constitucionales son de hecho los más violados– no puede hoy eludirse la responsabilidad de redefinir con rigor los límites y las formas de ese compromiso y de esa

elección: porque unos y otros no resulten trastornados, hasta una desnaturalización y una equivocación hecha, o peor una reversión, de su significado democrático y garantista.

No es superfluo añadir que los problemas deontológicos en temas de justicia no se limitan en absoluto al protagonismo y al exhibicionismo de algunos magistrados. Asistimos hoy a una general caída de las garantías, de que son víctimas sobre todo los más débiles, que son los únicos –basta mirar la composición social de la población penitenciaria– en sufrir una justicia penal por los rasgos cada vez más claramente clasistas. Uno de los tantos daños del berlusconismo ha sido el desarrollo, a la izquierda, de un reflejo de defensa de la magistratura en su conjunto contra las agresiones de la derecha y de su jefe, y la desaparición, en la cultura jurídica y política progresista de una actitud crítica frente a las cotidianas arbitrariedades policíacas y judiciales. El garantismo ha terminado así, en el debate público, por convertirse en una bandera de la derecha y por identificarse con la pretensión de impunidad de los poderosos. Esta es una grave regresión cultural, que exige hoy una firme batalla, dirigida a devolver las garantías de los derechos a su papel de leyes de los más débiles y, simultáneamente, de límites y restricciones respecto de todos los poderes, tanto políticos como judiciales, y en defensa de todos los derechos, y no solo en materia penal. Lo que está en discusión no es solo la identidad de la Magistratura Democrática y el papel global de la jurisdicción, sino la capacidad de las garantías de los derechos y por ello la credibilidad de todo el edificio de la democracia constitucional.



Este libro se terminó de imprimir en los talleres de
Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, Colombia.
En el mes de octubre de 2016

Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel bond
de 70 grs y la carátula y contracarátula en pasta dura.
Las fuentes tipográficas empleadas son Warnock pro en 11 puntos
en texto corrido y 13 puntos en títulos.

Toda teoría del Derecho incluye, inevitablemente, tesis asertivas así como tesis normativas. Sin duda, la mayor parte de las tesis de una teoría jurídica –en parte los postulados y las definiciones de los conceptos teóricos, que como Comanducci reconoce tienen carácter convencional y, al menos en este sentido, prescriptivo– son tesis asertivas. Piénsese en la teoría de los sujetos, de las personas y de los status, en el análisis de la estructura de los distintos tipos de normas o en la teoría y la tipología de los actos y de las situaciones jurídicas. Algunas tesis, sin embargo, son inevitablemente prescriptivas. Y lo son no ya en el sentido banal, que reproducen normas o principios jurídicos internos del Derecho positivo –lo que es una tarea mucho más que de la teoría del derecho, de la dogmática jurídica, es decir, de las disciplinas jurídicas particulares basadas sobre la interpretación de la ley; sino en el sentido que enuncian principios normativos externos al Derecho positivo objeto de investigación y, sin embargo, en relación con este marco normativo: *principia iuris*, pero no *in iure*.

ISBN 978-958-8981-22-2



9 789588 981222