



Luigi Ferrajoli
José Juan Moreso
Manuel Atienza

*La teoría del derecho en el
paradigma constitucional*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

*La teoría del derecho en el
paradigma constitucional*

2ª edición

Edición a cargo de:

Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique

Luigi Ferrajoli
José Juan Moreso
Manuel Atienza

*La teoría del derecho en el
paradigma constitucional*

2ª edición



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso y Manuel Atienza,

I.S.B.N.: 978-84-612-3659-6

Depósito Legal: M-43446-2009

1ª Edición 2008

2ª Edición 2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

I.- Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada (G. Pisarello y R. G ^a Manrique)	9
II.- La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos (L. Ferrajoli)	25
III.- Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías (L. Ferrajoli).....	71
IV.- Sobre “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli (J. J. Moreso) ...	117
V.- “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico (M. Atienza)	133
VI.- Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso (L. Ferrajoli)	167

I.

FERRAJOLI Y LAS TAREAS DEL GARANTISMO: CLAVES DE UNA PASIÓN RAZONADA

Gerardo Pisarello y Ricardo G^a Manrique

1.

Este libro recoge dos ponencias presentadas por Luigi Ferrajoli en el seminario “Garantismo y derecho”, celebrado en Madrid los días 23 y 24 de febrero de 2006 y organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo; incluye también sendos comentarios a cargo de José Juan Moreso y Manuel Atienza y una réplica final del propio Ferrajoli.

La reciente publicación en Italia de la magna obra de Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia* (Bari, Laterza, 2007) y la pronta aparición de su traducción española en la editorial Trotta de Madrid no pueden hacer este momento más apropiado para la edición de este volumen. De hecho, los textos aquí compilados bien pueden ser leídos como introducción a un libro

que promete ser uno de los frutos más importantes de la cultura jurídica europea actual. En este sentido, resulta un instrumento adecuado para dar a conocer algunos de los elementos centrales y más controvertidos de la obra del autor, expuestos y comentados de forma asequible para cualquier jurista.

Entre penalistas, filósofos del derecho y buena parte de los constitucionalistas, la figura y la obra de Ferrajoli son ya bien conocidas. Su libro *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, publicado en Italia en 1989 (y en España en 1995), tuvo una influencia que sobrepasó los márgenes de una disciplina jurídica concreta. La compilación de sus escritos publicada en 1999 bajo el título *Derechos y garantías. La ley del más débil*, se ha convertido en un pequeño clásico para profesores, estudiantes y operadores del derecho en general. En realidad, y sin temor a exagerar, se podría decir que Ferrajoli es uno de los teóricos del derecho más influyentes en el mundo de habla hispana (en España, pero sobre todo en América Latina) sin más parangón, acaso, que el de Robert Alexy.

2.

El trabajo con el que se abre el volumen lleva por título “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”. En él,

Ferrajoli explica el objeto y función de la teoría del derecho, esto es, a qué se refiere y para qué sirve esta particular disciplina jurídica. A su juicio, la teoría del derecho se refiere a las normas jurídicas y a ciertos hechos vinculados con ellas, desde los que consisten en la creación o aplicación de dichas normas hasta los que determinan su eficacia o ineficacia. Su función consiste en ofrecer un aparato conceptual claro, coherente, y común a los distintos saberes que se ocupan del derecho, proporcionando un lenguaje unificado que permita su comunicación e integración.

El formidable empeño de Ferrajoli consiste, pues, en formular un sistema formalizado de conceptos primitivos, definiciones y reglas sintácticas o de formación de enunciados, dirigido a reconstruir el vasto universo lingüístico en el que se expresa el derecho bajo el paradigma de la democracia constitucional. No se trata, obsérvese, de elaborar una teoría “verdadera”, sino una teoría útil, esto es, una teoría capaz de explicar de manera adecuada la realidad jurídica empírica y, en última instancia, de incidir propositivamente sobre ella con el fin de mejorarla.

Según Ferrajoli, uno de los objetivos principales de la teoría del derecho es constatar tres divergencias deónticas que afectan a tres

discursos distintos sobre el derecho. La primera es la que se da entre justicia y validez, de interés para la filosofía política; la segunda se da entre validez y vigencia, de interés para la dogmática jurídica; y la tercera se da entre vigencia y eficacia, de interés para la sociología del derecho. De estas tres divergencias, destaca la segunda, debido al papel central que desempeña en el paradigma del constitucionalismo rígido. En los ordenamientos actuales, constata Ferrajoli, muchas de las actuaciones y omisiones de los poderes públicos, incluidas las del legislador, contradicen los contenidos materiales de las constituciones, comenzando por los derechos fundamentales o el principio de igualdad. Esta contradicción genera constantes divergencias entre vigencia y validez, esto es, entre las normas existentes (o inexistentes) y los criterios materiales sobre la producción de dichas normas.

Asumir esta distinción, sostiene Ferrajoli, supone modificar el discurso tradicional de la dogmática, supuestamente sólo descriptivo, para convertirlo en un discurso también crítico o normativo. Porque, en el paradigma constitucional, la tarea de descripción del derecho ha de incluir también la constatación de estas discrepancias entre validez y vigencia, es decir, entre el derecho que es y el derecho que jurídicamente (constitucional-

mente) debe ser. De este modo, la dogmática ha de llevar a cabo la labor crítica que consiste en analizar los actos y omisiones del poder (también del legislativo) no ya como opciones políticas discrecionales sino como antinomias y lagunas jurídicas que deben ser respectivamente eliminadas y colmadas.

3.

En el segundo de sus trabajos, “Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías”, Ferrajoli retoma dos cuestiones que han ocupado un lugar principal en su pensamiento: el concepto de democracia constitucional y la relación entre derechos y garantías.

Las reflexiones de Ferrajoli sobre la democracia tienen como propósito principal mostrar la insuficiencia de las concepciones formales de la misma. Según dichas concepciones, como es sabido, la democracia sería ante todo un método, un procedimiento. Para identificarla, por tanto, habría que prestar atención a las formas, esto es, a quién decide (el pueblo o sus representantes) y a cómo lo hace (de acuerdo con la regla de la mayoría), más que a los contenidos, es decir, al qué se decide o se deja de decidir.

Ferrajoli sostiene que estas concepciones generan varias aporías. Para comenzar, son poco consecuentes, ya que desconocen que una democracia formal que no quiera “suicidarse” y que pretenda sobrevivir en el tiempo debe incorporar, necesariamente, límites y vínculos sustantivos. Ante todo, la prohibición de la eliminación del propio sistema de reglas en que consiste la democracia política: desde el pluralismo y el principio de representatividad hasta los derechos políticos básicos, pero también los de libertad y los sociales, sin los cuales no son posibles ni la participación en la vida pública, ni la formación consciente de la propia voluntad.

En realidad, mantiene Ferrajoli, las concepciones meramente formales de la democracia son poco explicativas, ya que no permiten entender la naturaleza de las democracias constitucionales, donde ni el poder de las mayorías es ilimitado, ni todo se puede decidir (o dejar de decidir). De lo que se trataría, por tanto, es de redefinir los conceptos de democracia política y de soberanía popular para hacerlos compatibles con el paradigma de la democracia constitucional. Para ello, se afirma, habría que reconocer que el principio de soberanía popular equivale, ante todo, a la prohibición de que cualquiera —sobre todo aquéllos que ejercen algún poder del estado— pueda usurparla. Y para que esto sea posible

es necesario, precisamente, que la noción de democracia incluya los derechos políticos, sociales, civiles y de libertad, que permiten que la soberanía popular se exprese de manera plena. De este modo, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales resultan también garantías de la democracia. O si se prefiere: los derechos sustantivos reconocidos como fundamentales en las constituciones aparecen no como restricciones a la democracia, sino como garantías de su supervivencia en el tiempo y de la preservación del poder de decisión de las generaciones y mayorías futuras.

La distinción entre derechos y garantías propuesta por Ferrajoli ha generado una amplia polémica que está lejos de cerrarse y que acaso sea la que mayor interés suscite entre los juristas, sobre todo por la exigencia de reconfiguración que dirige a la dogmática. Ferrajoli comienza por una defensa de la rigidez constitucional —que, más que una garantía, es concebida como rasgo estructural de las constituciones en tanto normas supremas—, confrontando algunos de los argumentos de inspiración democrática que se han propuesto en contra de la misma. A continuación, retoma su ya conocida clasificación de las garantías constitucionales, que no son sino el conjunto de mecanismos previstos para asegurar la supremacía de la norma funda-

mental y, en particular, la realización de los derechos que consagra.

Aquí, el blanco de la argumentación del profesor italiano es la opinión de quienes, en línea con la tesis kelseniana, sostienen que los derechos que carecen de garantías jurisdiccionales son derechos inexistentes o, con la expresión de Riccardo Guastini, derechos “de papel”. Para Ferrajoli, esta tesis no se toma en serio el carácter normativo de los preceptos constitucionales que establecen derechos. Su posición es que un derecho reconocido o “puesto” en la constitución no puede ser un derecho inexistente. Es un derecho normativamente vinculante que no puede ser calificado como *flatus vocis*, ni siquiera cuando carece de garantías. Lo que habría, en este caso, es una laguna generada por el incumplimiento de los mandatos constitucionales. Y la tarea de la dogmática sería denunciarla y proponer los medios para eliminarla.

4.

La segunda parte del libro la componen los comentarios de José Juan Moreso y Manuel Atienza. Se trata, en ambos casos, de intervenciones agudas que parten del acuerdo general con los principios que inspiran el programa garantista de Ferrajoli, pero al que plantean algunos interrogantes específicos.

Los comentarios de Moreso se centran, básicamente, en dos de las divergencias deónticas que, según Ferrajoli, caracterizan el paradigma del constitucionalismo rígido: las divergencias entre validez y vigencia y entre justicia y validez.

Respecto de la primera, Moreso observa que no se trata de una divergencia específica del estado constitucional. También en el estado de derecho legislativo los reglamentos o las sentencias contradecían en ocasiones lo establecido por las leyes, generando distinciones entre vigencia y validez. Más que ante un paradigma nuevo, por consiguiente, se estaría ante la prolongación y profundización de un paradigma ya existente. Además, Moreso impugna la especificidad que Ferrajoli atribuye a las antinomias entre normas de diferente rango jerárquico, típicamente entre la ley y la constitución. Según Moreso, estas antinomias no serían diferentes de las que existen entre la norma posterior y la anterior o entre la norma especial y la general.

Respecto de la divergencia entre justicia y validez, Moreso defiende la necesidad de acudir a la filosofía política para construir una dogmática jurídica constitucionalista. En particular, intenta mostrar que el recurso a la argumentación moral es indispensable a la hora de determinar el significado de las cláu-

sulas constitucionales sobre valores y derechos. Esta específica conexión entre moral y derecho, defendida de hecho por muchos constitucionalistas, sería una característica del llamado positivismo inclusivo, al que Moreso se adscribe, y según el cual la identificación del derecho puede requerir del recurso a la moral, si es que las normas jurídicas vigentes así lo establecen, como sería el caso de las cláusulas constitucionales en cuestión. Desde esas premisas, Moreso atribuye a Ferrajoli un escepticismo moral que en su opinión no ajusta bien con las demás piezas de su construcción teórica. Por eso considera que la teoría jurídica del garantismo formulada por el profesor de la Universidad de Roma debería dejar mayor espacio para la objetividad moral y política.

Las observaciones críticas de Atienza guardan cierto parentesco con las de Moreso. En esencia, discuten el tipo de positivismo que Ferrajoli sostiene y reclaman un mayor reconocimiento a la argumentación moral en materia constitucional. Atienza, en efecto, distingue dos constitucionalismos, uno positivista, bien representado por Ferrajoli, y otro no positivista, que encarnarían teóricos como Dworkin, Alexy o Nino. En su opinión, Ferrajoli habría escogido el camino equivocado al tratar de abordar el fenómeno constitu-

cional desde el positivismo, cuando el no positivismo parece dar mejor cuenta de él.

Un ejemplo de ello sería la propia definición formal de los derechos fundamentales que propone Ferrajoli. Según Atienza, una definición de este tipo es incompleta y poco explicativa, ya que no refleja el necesario contenido moral que los derechos fundamentales incorporan y que no puede precisarse, a su vez, sin una justificación moral sólida. La mezcla de historicismo, relativismo e intuicionismo a la que recurriría Ferrajoli en materia de fundamentación no estaría en condiciones de afrontar esta imbricación entre argumentación moral y argumentación jurídica.

Por otra parte, Ferrajoli estaría equivocando al creer que los derechos fundamentales constituyen reglas, cuando su estructura es más bien la de principios. Esta condición exigiría una mayor actividad argumentativa de cara a su aplicación y, en particular, el desarrollo de un aparato teórico para resolver los conflictos entre derechos, mucho más frecuentes y profundos de lo que Ferrajoli admite. Esta necesidad de argumentar y, sobre todo, de ponderar en materia de derechos, volvería a colocar en un primer plano la exigencia de introducir criterios morales en el derecho y, por tanto, de renunciar al positi-

vismo, una renuncia que Atienza viene aconsejando desde hace tiempo. La conclusión de Atienza, muy similar en este punto a la de Moreso, es que el garantismo ferrajoliano ganaría fuerza si renunciase al positivismo (por lo menos al positivismo estricto o, si se quiere, excluyente) y se apoyase en una teoría moral objetivista.

5.

En el último capítulo del libro, Ferrajoli contesta los argumentos de Moreso y Atienza y aprovecha para precisar algunos elementos clave de su propuesta. Su punto de partida es que el positivismo, tal como él lo entiende, no sólo no desconoce las conexiones entre derecho, moral y política, sino que las articula de la manera más adecuada. El derecho, en efecto, sería un producto histórico, un artificio cuyas evidentes aspiraciones morales no se explican correctamente al margen de las concretas relaciones de poder que lo generan. Por eso, la conexión entre moral y derecho es contingente, y siempre mediada por la política, de modo que no es sensato pretender que las constituciones agoten las exigencias ético-políticas de su época.

Esta confusión entre validez y justicia es, según Ferrajoli, el riesgo que conllevan muchas de las propuestas anti-positivistas con-

temporáneas, comenzando por el llamado constitucionalismo ético. Frente a esta conversión del constitucionalismo en ideología, Ferrajoli propone un constitucionalismo positivista que, reconociendo el valor normativo de la constitución, siga manteniendo la primacía del punto de vista externo sobre el punto de vista interno o, lo que es lo mismo, la primacía de la moral y de la política sobre el derecho, incluido el constitucional.

En cualquier caso, el paradigma garantista de Ferrajoli no sólo exige defender la crítica externa de la política y de la moral sobre el derecho. También requiere tomarse en serio la crítica interna del derecho sobre sí mismo, esto es, del derecho recogido en las constituciones sobre el derecho producido por los poderes constituidos. Esto es lo que marcaría la importante cesura entre el paradigma jurídico del estado constitucional y el del estado legislativo. En el estado legislativo, podía entenderse que la actuación de los poderes constituidos, comenzando por los del legislador, gozaban de una fuerte presunción de legitimidad jurídica. En el estado constitucional, en cambio, las actuaciones —y omisiones— de los poderes constituidos, incluido el legislador, se tornan tendencialmente ilegítimas en relación con los exigentes contenidos recogidos en las constituciones avanzadas.

Esto explica, según Ferrajoli, que en los ordenamientos actuales la divergencia entre vigencia y validez tienda a ser estructural, y de significado práctico muy diferente al que pudo tener en el pasado. O dicho en otros términos: que las leyes —o la ausencia de leyes— que contradicen los derechos fundamentales constitucionales o el principio de igualdad den lugar a frecuentes antinomias —y lagunas—, a normas viciadas y a normas vulneradas.

Este énfasis en la supeditación de la política ordinaria a los límites y vínculos establecidos en la constitución marca también las distancias de Ferrajoli respecto de quienes defienden un mayor peso de la argumentación moral en la argumentación jurídica. A su juicio, uno de los riesgos de esta propuesta es el de devaluar la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales sobre derechos. Así, la idea de que los derechos son principios cuya eficacia depende casi inevitablemente de su ponderación con otros derechos, a través de la argumentación moral, oculta que en muchos casos los derechos pueden actuar como reglas vinculantes que deben ser aplicadas mediante el clásico expediente de la subsunción.

A partir de estos debates, es posible entrever las paredes maestras entre las que opera el

programa garantista de Ferrajoli: la crítica externa al derecho y la crítica interna del derecho. Esto obliga a ver las constituciones actuales como productos históricos imperfectos y transformables, pero también como proyectos normativos exigentes. No como textos sagrados que colman las demandas morales de una época; pero sí como normas que imponen a los poderes públicos y privados obligaciones y prohibiciones jurídicas, además de políticas, con frecuencia vulneradas. En un contexto así, el jurista ferrajoliano se ve compelido a una doble tarea: mantener viva la crítica política, externa al derecho, frente al positivismo ideológico, incluido el de cariz constitucionalista; y mantener viva la crítica jurídica, interna, dentro del propio derecho, frente a todos los tipos de positivismo legalista que ignoran o reducen el valor normativo de la constitución.

El adversario es el mismo: el poder que se quiere “salvaje” y absoluto, sin límites ni vínculo alguno; y también los fines a los que así se sirve: la paz, la igualdad, la libertad de todos, comenzando por la de los más débiles. Esta apuesta por el más débil frente al más fuerte, por la igualdad frente al privilegio, por la libertad frente a toda forma de dominación, es el impulso que rige el programa ilustrado de Ferrajoli, el motor que mueve su rigurosa propuesta teórica. No se trata de un

ejercicio analítico estéril ni artificioso sino,
por el contrario, de una pasión razonada con
coherencia.

LA TEORÍA DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE LOS SABERES JURÍDICOS*

Luigi Ferrajoli

1. Introducción

Aprovecho con placer la oportunidad que me brinda este seminario para someter a discusión algunos aspectos metodológicos de un trabajo de teoría del derecho que acabo de concluir. Para ello, expondré una parte de la introducción de dicho trabajo, donde he analizado el objeto, la finalidad y el método de la teoría. Esta división se corresponde con lo que, siguiendo la clasificación tripartita realizada por Charles Morris, podríamos llamar la (meta-teoría) *semántica*, la (meta-teoría) *pragmática* y la (meta-teoría) *sintáctica* de la teoría.¹ La primera está dedicada al contenido

* Los tres textos de Luigi Ferrajoli contenidos en este volumen han sido traducidos por Isabel de la Iglesia, Gerardo Pisarello y Ricardo G^a Manrique.

¹ Son las tres dimensiones de la semiosis o teoría de los signos reconocidas por Ch. Morris, (*Foundations of the Theory of Signs*, (1938), trad. it. de F. Rossi Landi, *Lineamenti di una teoria dei segni*, Paravia, Turín, 1954, cap. II, § 3, pág. 18-20) [trad. cast. de R. Grasa, *Fundamentos de la teoría de los signos*, Paidós, Barcelo-

empírico e informativo de la teoría en relación con el derecho positivo que forma su universo de discurso. La segunda está dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al papel crítico y prospectivo que ésta plantea respecto del derecho, pero a partir del propio derecho. La tercera, finalmente, está dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría tal como resultan del método axiomático utilizado para la formación de sus conceptos y proposiciones.

En esta introducción, sin embargo, no me referiré al método axiomático, es decir, a la dimensión sintáctica de la teoría. Hablaré única y sumariamente de la semántica y de la pragmática: de aquello de lo que habla y de aquello para lo que sirve, en mi opinión, una teoría del derecho.

na, 1985], quien afirma que: “Se pueden estudiar las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables. Llamaremos a esta relación *dimensión semántica de la semiosis*; el estudio de esta dimensión se llamará *semántica*. El tema de estudio puede ser también la relación de los signos con los intérpretes. Llamaremos esta relación *dimensión pragmática de la semiosis*; el estudio de esta dimensión tendrá el nombre de *pragmática*”. Por último, existe otra “importante relación en la que los signos pueden encontrarse: la formal entre los mismos signos. Es la *dimensión sintáctica de la semiosis*; y su estudio tendrá el nombre de *sintaxis*”.

Es menester, en todo caso, realizar una referencia al método para entender el sentido epistemológico de la teoría. Según este método, no se admite en la teoría ningún concepto que no haya sido *definido* mediante otros términos teóricos sobre la base de reglas de formación previamente establecidas. Y no se acepta ninguna tesis que no haya sido *demonstrada* a partir de otras tesis de la teoría sobre la base de reglas de transformación también preestablecidas. Naturalmente, para evitar un regreso al infinito, algunos conceptos se asumen como indefinidos en forma de conceptos *primitivos* y algunas tesis se asumen como no demostradas en forma de *postulados* o de *definiciones*.

De aquí se deriva una reconstrucción de todo el lenguaje *teórico* de la ciencia jurídica, posible gracias al hecho de que éste (a diferencia del lenguaje de las disciplinas jurídicas particulares, que llamo *dogmático* porque está dogmáticamente vinculado al léxico del lenguaje legal) es un lenguaje “artificial” o “convencional”, elaborado por el teórico y que, por lo tanto, se puede formalizar sobre la base de reglas que éste establece.²

² En este sentido la expresión “dogmática” (y “dogmático”) difiere de su uso corriente. En su significado predominante, el término “dogmática” y más todavía “alta dogmática”, incluye conceptos y tesis teóricas. Éste

De todo esto resulta, asimismo, una teoría “formal”³ que no nos dice, sin una adecuada

fue introducido por Rudolf von Jhering, en el título y en el ensayo introductorio de la revista que fundó en 1857 *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, precisamente para designar la construcción sistemática del conjunto de conceptos jurídicos. Sobre los orígenes y sobre la historia de los términos “dogma” y “dogmática”, puede verse R. Orestano, *Introduzione allo Studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Turín, 1963, cap. II, §§ 8 y 9, págs. 229-250; véase también Piano Mortari, “Dogmatica giuridica. Premessa storica”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, vol. XIII, 1964, págs. 671-678 y, en el mismo lugar, E. Paresce, “Dogmatica giuridica”, págs. 678-712. Aquí, en cambio, la expresión se utiliza —en un sentido por un lado más amplio porque incluye todas las tesis sobre las normas del ordenamiento investigado y por otro más restringido porque no incluye los términos y las tesis teóricas— como sinónimo de la expresión “disciplinas jurídicas positivas” o “particulares”. La elección es preferible por dos razones: en primer lugar, porque también la teoría del derecho es una disciplina de derecho positivo y no se opone a la dogmática por la “generalidad” o “no particularidad” de su objeto sino, como se verá, por su carácter “formal”, es decir, por el específico nivel de abstracción de sus conceptos y afirmaciones y por el método a través del que éstos se elaboran. En segundo lugar, porque la expresión alude eficazmente al carácter de “dogmas” que tienen las normas legales respecto de los discursos empíricos de observación de los juristas vinculados a sus interpretaciones, por lo que expresa el reflejo epistemológico del principio de legalidad como postulado teórico y meta-teórico del positivismo jurídico.

³ Ésta es la caracterización de la teoría del derecho realizada por Norberto Bobbio, para quien “la teoría general del derecho es una teoría *formal* del derecho en

interpretación semántica, nada de la realidad. No nos dice nada sobre lo que establecen los ordenamientos jurídicos concretos, ni sobre lo que sería justo que establecieran, ni sobre su grado de eficacia o de ineficacia. Una teoría de este tipo —formal porque se encuentra formalizada y formalizable porque es formal—,⁴ se limita a asumir o a definir conceptos, a establecer relaciones entre ellos, a desarrollar sus implicaciones y, por lo tanto, a analizar la forma lógica y la estructura normativa de los actuales ordenamientos y, en particular, de su “paradigma constitucional”.

el sentido de que estudia el derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma, con independencia de los valores para los que esta estructura sirve y del contenido que encierra” (*Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1995, p. VI) “Es inútil decir que esta idea” —añade Bobbio— “fue elaborada, en su forma más conocida, por Kelsen” cuya “doctrina” o “teoría pura” es por eso “formal” en el sentido aquí asumido por Norberto Bobbio. La misma caracterización de la teoría del derecho como “teoría formal” la retoma Bobbio en los *Studi...*, cit., págs. 3-7, 34-40 y 145-147.

⁴ No es ocioso precisar que “formal” en el sentido que aquí se indica, es decir, como predicado meta-teórico de los conceptos y proposiciones de la teoría, no tiene nada que ver con el significado de “formal” como término teórico, que se refiere por el contrario a la “forma” de los actos jurídicos normativos (en oposición a su “sustancia” o al “significado” de las normas elaboradas). De esta forma, precisamente, depende la “validez formal” de dichos actos y la dimensión “formal” de la democracia, ambas vinculadas al cumplimiento de las normas a su vez “formales” sobre la producción normativa.

Sin una interpretación empírica, desarrollada en relación a la experiencia jurídica concreta, esta teoría comporta un conjunto de tesis coherentes, pero carentes de sentido. Esto, en todo caso, no sólo no excluye sino que supone, como intentaré demostrar, la complejidad tanto de su dimensión semántica como de su dimensión pragmática.

2. La semántica de la teoría del derecho

(I). Dos referencias empíricas: las normas y los hechos. La diferencia entre normativa y efectividad

Por lo que se refiere a la semántica, la hipótesis de trabajo que propongo es que la *teoría del derecho* puede configurarse como un sistema de conceptos y de proposiciones que, precisamente debido a su carácter formal, admite una triple interpretación semántica: a) la interpretación empírica que resulta del análisis de las normas jurídicas, tal como lo desarrolla la *dogmática jurídica*; b) la interpretación empírica que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas, tal como la desarrolla la *sociología del derecho*; c) la interpretación axiológica expresada por la valoración y la proyección del derecho, tal como propone la *filosofía política*.

Las dos interpretaciones empíricas admitidas por la teoría corresponden a los dos puntos de vista desde los cuales pueden ser valorados los fenómenos jurídicos. El primero observa e identifica dichos fenómenos con las *normas jurídicas* que regulan los comportamientos humanos y que se configuran, en su conjunto, como un complejo y articulado universo lingüístico dentro del cual se formula el discurso del legislador. El segundo observa los mismos fenómenos pero los identifica, en cambio, con los *comportamientos humanos* que las normas jurídicas regulan y respecto de las cuales pueden calificarse como observancias o violaciones.

Estas dos concepciones diferentes (de los fenómenos en los que está interesado el conocimiento) del derecho expresan —como escribió Hans Kelsen en 1915 en su célebre polémica con Eugen Ehrlich— la alternativa epistemológica fundamental, “en tanto concierne al objeto y al método”, que se propone a toda (meta-) teoría de la teoría y, en general, a toda teoría de la ciencia jurídica.⁵ La prime-

⁵ “El contraste fundamental” —escribió Kelsen en 1915 en polémica con Eugen Ehrlich— “que amenaza con dividir la ciencia jurídica, por lo que se refiere al objeto y al método, en dos tendencias diferentes desde la base, nace de un doble modo de considerar el fenómeno jurídico. Se puede considerar el derecho como *norma*, es decir,

ra concepción es la que caracteriza a la teoría del derecho como una teoría *normativista* y la ciencia jurídica como ciencia normativa, además de descriptiva (de las normas jurídicas). La segunda concepción es la que caracteriza a la teoría del derecho como teoría *realista* y a la ciencia del derecho como ciencia sociológica puramente descriptiva (de los comportamientos jurídicos).

Los universos discursivos correspondientes a estas dos diferentes aproximaciones son, como es obvio, profundamente diferentes y se configuran como dos modelos semánticos o de interpretación empírica de la teoría. El primer modelo es el que representa la *dogmática jurídica*. Su campo de investigación inmediato son las normas vigentes puestas por

como una determinada forma del *deber*, como específica *regla de deber* y, en consecuencia, concebir la ciencia jurídica como una *ciencia normativa y deductiva de valores*, como la ética y la lógica. Por el contrario, también se puede concebir el derecho como una parte de la *realidad* social, como un hecho o un proceso cuya *regularidad* se entiende de manera *inductiva y explicada* causalmente. Aquí, el derecho es una *regla del ser* de un determinado comportamiento humano, y la ciencia jurídica una ciencia de realidad que trabaja según el modelo de las ciencias naturales” (H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie* (1915), trad. it, “Una fondazione della sociologia del diritto”, en E. Ehrlich y H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cargo de A. Carrino, Esi, Nápoles, 1992, págs. 67-68).

el legislador. La dogmática constata su sentido y las condiciones jurídicas de su validez y, sólo de manera mediata, se refiere a los comportamientos humanos de los que las normas hablan. El segundo modelo es el que representa la *sociología del derecho*. Su campo de investigación inmediato son los comportamientos humanos. La sociología constata las condiciones sociales y el grado de efectividad de las normas que hablan de ellos. Utilizando la conocida distinción propuesta por Herbert L. A. Hart podemos decir que el primer modelo observa el derecho desde el “punto de vista interno” y el segundo desde el “punto de vista externo”.⁶ O de manera más simple, retomando la distinción realizada por Max Weber, que el primero considera el derecho como *norma* y el segundo como *hecho*; o que uno mira al derecho vigente (*law in the books*) y el otro al derecho vivo (*law in action*).

⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. it de M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Turín 1965, IV, § 1, págs. 62-74; V, § 2, pág. 105-108 y VI, § 1, págs. 120-124 [trad. cast. de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998]. Uberto Scarpelli ha propuesto basar en esta distinción entre “punto de vista externo” y “punto de vista interno”, la diferencia en la aproximación al estudio del derecho positivo entre la sociología del derecho y la ciencia jurídica de orientación iuspositivista que aquí se denomina “dogmática” (*Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965, VII, págs. 53-58).

Es evidente que estos dos diferentes modelos semánticos, con sus propios puntos de vista o universos discursivos, comportan formas de observación y métodos de investigación empírica también diferentes. El método de la dogmática es el *análisis del lenguaje jurídico positivo*, es decir, la interpretación de los enunciados normativos como datos empíricos. El método de la sociología jurídica es la *investigación sociológica*, es decir, la constatación y explicación de los hechos y de los comportamientos jurídicos. Son diferentes, por lo tanto, las referencias y condiciones de uso del término “verdadero” en el caso de las proposiciones jurídicas de la dogmática y en el caso de los hechos fácticos de la sociología del derecho. La llamada “verdad jurídica” de las primeras se basa en lo que dicen las normas; la llamada “verdad fáctica” de las segundas se basa en lo que de hecho sucede.

El significado del “*normativismo*” y del “*realismo*” reside, antes que en la centralidad teórica asignada respectivamente a las normas o a las prácticas jurídicas, en esta asunción meta-teórica de unas y otras como referencias empíricas de los dos tipos de discurso, dogmático y sociológico, sobre el derecho. La aproximación normativista se expresa con fórmulas metalingüísticas como “una norma *n* establece que” (o “con base en la norma *n*” puede decirse que) con independencia de lo

que de hecho sucede. Por el contrario, la realista se expresa con fórmulas igualmente metalingüísticas, del tipo “(en el lugar l y en el tiempo t) sucede que”, con independencia de lo que dicen las normas.

Ahora bien, a causa de la diferencia que potencialmente existe siempre entre las normas y los comportamientos regulados,⁷ las tesis dogmáticas y las sociológicas son siem-

⁷ “Una norma que prescribiese que debe suceder algo que a priori ya se sabe que debe suceder siempre por ley de la naturaleza, sería tan insensata como una norma que prescribiese que debe suceder algo que a priori se sabe, por ley de la naturaleza, que no puede suceder de ningún modo” (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966, § 4, c, pág. 20) [trad. cast. de R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986]. “Se produce una norma presuponiendo que sea posible un ser conforme a la norma, pero presuponiendo también que sea posible un ser no conforme a ella. En efecto, es inútil establecer como debido en una norma algo que necesariamente debe ser aunque ella no lo establezca o bien que no puede ser a pesar de la norma lo diga” (H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), trad. it. de M. G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Turín, 1985, cap. XVI, § 1, pág. 97) [trad. cast. de H. C. Delory Jacobs, *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994]. Si se excluye tanto la necesidad como la imposibilidad de que suceda lo que una regla dispone, la normatividad consiste, en definitiva, en la virtual divergencia deóntica entre deber ser y ser, entre normas y hechos.

pre virtualmente divergentes. Si en el plano dogmático puede afirmarse que “(de acuerdo con el artículo 624 del Código Penal italiano) todos los hurtos son castigados con reclusión de hasta tres años”, en el plano sociológico se debe por el contrario constatar que a causa de la inevitable cifra negra de la delincuencia “(lo que de hecho sucede en Italia es que) no todos los hurtos (sino sólo una parte de ellos) son castigados con la reclusión de hasta tres años”.

Ambas tesis, obviamente, no sólo son verdaderas, sino que no son contradictorias, puesto que hablan de cosas diferentes. Una del “deber ser” normativo del castigo del hurto, la otra de su “ser” o “no ser” efectivo. Además de ser compatibles, son independientes entre ellas. Las tesis jurídicas de la dogmática no son refutables en términos fácticos, ya que son independientes de lo que en realidad sucede, sino sólo en términos jurídicos, es decir, sobre la base de una interpretación diferente de las normas. Por el contrario, las tesis fácticas de la sociología no son refutables en términos jurídicos, ya que son independientes de lo que las normas dicen, sino sólo fácticamente, es decir sobre la base de ulteriores investigaciones sobre los hechos.

Está claro que en ordenamientos elementales dotados de un único nivel normativo,

como son los del viejo *estado legislativo de derecho*, la divergencia entre aproximación normativista y realista no crea ningún problema, dado que normas y hechos pertenecen inequívocamente a universos diferentes. La relación entre dogmática y sociología del derecho, entre interpretación jurídica y observación sociológica, se puede resolver en relación con ellos a través de la rígida *actio finium regundorum* planteada por Kelsen: ambas aproximaciones, así como sus discursos correspondientes, aparecen totalmente separados, como disciplinas diferentes e independientes, con universos y modelos semánticos también distintos y alternativos.

3. La semántica de la teoría del derecho (II). Dos niveles normativos en el paradigma constitucional. La diferencia entre validez y vigencia

Esta simple solución, idónea para ordenamientos simples, genera por el contrario aporías y corre el riesgo de amputar el contenido informativo de la ciencia jurídica si se aplica a ordenamientos complejos, articulados en varios niveles de legalidad. Esto es lo que ocurre, precisamente, en los actuales *estados constitucionales de derecho* dotados de constitución rígida. En estos ordenamientos, de hecho, todos los fenómenos normativos pueden ser considerados simultáneamente

como *hechos* (o *actos*) y como *normas*. Precisamente, las *normas* pertenecientes a los niveles normativos inferiores también se consideran actos (y como tales virtualmente divergentes) respecto de las normas de nivel superior que regulan su producción. Y a la inversa, los *actos* normativos pertenecientes a los niveles normativos superiores también se consideran normas (como tales, virtualmente divergentes) respecto de los actos normativos inferiores de los cuales regulan la producción.

Es posible, por tanto, que dentro del mismo discurso de la ciencia jurídica y sobre un mismo fenómeno se puedan afirmar dos tesis opuestas, ambas referidas al discurso del legislador, según se mire desde el punto de vista de las normas de nivel superior o desde el punto de vista de las normas de nivel inferior. Puede ocurrir, por ejemplo, que en un ordenamiento todas las manifestaciones de pensamiento estén permitidas por una norma constitucional y que, al mismo tiempo, algunas estén prohibidas como delitos de opinión por el código penal. También puede pasar que, con base en una norma constitucional, todos los derechos subjetivos resulten justiciables y que, al mismo tiempo, haya algunos, como el derecho a la salud, que no puedan serlo por no haberse aprobado las normas sobre su justiciabilidad procesal. En

el primer caso, el jurista constata la existencia de una *antinomia*, es decir, de una contradicción entre normas; en el segundo, constata la existencia de una *laguna*, es decir, de una incompletud o de una ausencia de normas.

En ambos casos, se trata de antinomias y lagunas que llamaré *estructurales*, puesto que, al contrario de aquellas que tienen lugar entre normas del mismo nivel (por ejemplo, entre normas promulgadas en momentos diferentes o entre normas generales y normas especiales) no pueden ser resueltas directamente por el intérprete sino sólo por la intervención de autoridades con competencia para anular la norma de rango inferior, en caso de antinomias, y para introducirla, en caso de lagunas. Sobre esta diferencia, que normalmente se ignora, he insistido varias veces. Contrariamente al criterio cronológico y al de especialidad, que son meta-normas constitutivas y, por lo tanto, inviolables e inmediatamente operativas, el criterio jerárquico es una meta-norma deóntica o regulativa, respecto de la cual antinomias y lagunas se configuran como “vicios jurídicos”, es decir, como violaciones de las normas de nivel superior por parte de los actos de nivel inferior. Nunca hablaremos de “vicios” o de “violaciones” a propósito de antinomias entre normas promulgadas en momentos diferentes o entre normas generales y normas especiales. Tampoco lo haremos en los casos

de las lagunas resueltas con el recurso de la analogía. Sin embargo, las antinomias y las lagunas estructurales predicables respecto de normas de grado superior son *vicios* —por comisión de normas inválidas o por omisión de normas de aplicación— que generan una obligación de reparación. Dicha obligación corresponde a las autoridades competentes, y se lleva a cabo a través de la eliminación de la norma inferior indebidamente existente o de la introducción de aquella indebidamente inexistente.⁸

⁸ Uso por tanto “antinomia” y “laguna” con un significado más restringido de lo habitual. Con estos términos, en mi opinión centrales en la teoría de la democracia constitucional, sólo designo las antinomias y las lagunas producidas en relación con normas de grado superior. Antinomias y lagunas que, a diferencia de las que tienen lugar entre normas del mismo nivel, pueden plantearse como “violaciones” de las normas de rango superior, es decir, como “vicios” del ordenamiento que el intérprete no puede solucionar. En ambos casos la norma de rango superior no se aplica: en el caso de las antinomias por la presencia y la aplicación de una norma de grado inferior que la contradice; y en el caso de las lagunas por la ausencia de sus normas de desarrollo. En rigor, no hay conflicto o contradicción entre normas, ni en la relación entre dos normas subsiguientes, ni en la relación entre dos normas de las cuales una es especial y la otra es general. “De dos proposiciones contradictorias”, escribe Eugenio Bulygin, “siempre una es verdadera y la otra es falsa. En los caso de derogación, las dos normas son, en principio, válidas, y ambas pierden, en un momento posterior, su validez. Justamente: la norma derogada pierde validez en el momento en que adquiere

En sede interpretativa, es posible, ciertamente, reducir en parte la existencia de este

validez la norma derogatoria; la norma derogatoria pierde validez en el momento en el que ha cumplido su función, es decir, la supresión de la otra norma. A diferencia de lo que sucede en una contradicción lógica, en la cual ninguna de las dos proposiciones pierde su verdad, puesto que una es (atemporalmente) verdadera y la otra es (atemporalmente) falsa, el tiempo desarrolla aquí un papel importante. En la derogación no se da ningún conflicto entre normas, y también es posible que ninguna de las dos sea válida; dos proposiciones contradictorias, en cambio, no pueden ser ambas falsas” (E. Bulygin, “Zur Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht”, en G. Kohlmann, ed., *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Peter Deubner, Colonia, 1983, vol. I., págs. 19-31; trad. it. en E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappicchelli, Turín, 1995, pág. 148) [trad. cast. de J. Betegón, “Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho” en H. Kelsen y U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 9-26]. Menos aún puede hablarse de contradicción entre norma general y norma especial. La norma especial, en efecto, no prevé la misma hipótesis que la general, sino una hipótesis diferente, más reducida en cuanto a su extensión. Por ejemplo, en el ordenamiento italiano, la norma penal que castiga como “ultraje” la acción de quien “ofende el honor de un magistrado en audiencia” (art. 343 del Código Penal) deroga la que castiga como “injuria” la acción de quien “ofende el honor de una persona presente” (art. 594 del Código Penal), castigando la primera más severamente que la segunda. Pero entre las dos normas no existe contradicción alguna o antinomia, aplicándose la segunda cuando no se dé el caso específico previsto y regulado por la primera. Del mismo modo que no existe contradicción en la calificación de dos hechos diferentes, uno como *ultraje* de un “magistrado en

tipo de antinomias y de lagunas, asociando a las normas de nivel inferior significados lo más compatibles posible con las de nivel superior y buscando en el ordenamiento, mediante el recurso a la analogía o a los principios generales, cualquier solución capaz de superar su falta de plenitud. Pero la interpretación encuentra límites insuperables, que normalmente no permiten al jurista hacer cuadrar todas sus tesis (las referidas a las leyes ordinarias y las referidas a las normas constitucionales) sino al precio de desconocer los principios de rango superior, como tienden a hacer las orientaciones realistas, o por el contrario, de desconocer sus violaciones en el nivel inferior, como tienden a hacer las posturas normativistas.

Ahora bien, esto significa que respecto de sistemas complejos como los de los actuales estados constitucionales de derecho, no basta una aproximación puramente normativista o una aproximación puramente realista. Si se quieren evitar contradicciones y aporías, ambas interpretaciones corren el riesgo de ofrecer una representación del derecho falsa por incompleta. La descripción sólo del derecho que (normativamente) debe ser, que realiza la aproximación normativista, ignora el derecho

audiencia”, y el otro como *injuria* de cualquier “persona presente”.

que es, es decir su práctica real. Por su parte, la descripción sólo del derecho que (efectivamente) es, como ocurre con las aproximaciones realistas, ignora el derecho que debe ser, es decir su modelo normativo, por ejemplo constitucional. En ambos casos —uno frecuente entre los juristas, el otro entre los sociólogos— tendremos dos imágenes opuestas del derecho, pero ambas parciales y distorsionadas, puesto que una descuida los márgenes de ineficacia de las normas de rango superior y la otra los de ilegitimidad de las normas de rango inferior.

Sólo con la integración de ambas aproximaciones es posible superar las visiones unilaterales. Para que la teoría del derecho pueda dar cuenta de manera consistente de las antinomias y de las lagunas que supone la siempre existente divergencia entre el “deber ser” constitucional del derecho y su “ser” legislativo, es necesario que la meta-teoría semántica del derecho haga explícita esta divergencia como objeto privilegiado de la teoría. Y que se reconozca, por tanto, en cualquier fenómeno normativo, la doble naturaleza de “norma” vigente, si se mira desde abajo, esto es, respecto de los fenómenos que regula, y de “acto” normativo válido o inválido, si se mira desde arriba, como un fenómeno a su vez regulado y por tanto conforme o no (en cuanto a la forma) y coherente o

incoherente (en cuanto a los significados expresos) respecto de las normas de rango superior.

En definitiva, la metateoría semántica impone a la teoría del derecho tematizar esta ambivalencia de los fenómenos normativos, y por tanto, leer como validez o invalidez de las normas de rango inferior la eficacia o ineficacia de las normas de rango superior. La constatación de esta divergencia entre deber ser y ser en el derecho, es decir, entre normatividad y facticidad, es la cuestión más interesante que el paradigma constitucional asigna a la ciencia jurídica. De este modo, se encomienda a esta última la tarea de identificar las antinomias y lagunas —el derecho, en otras palabras, *ilegítimo* en cuanto inválido o lagunoso— y de promover su superación como condición de consistencia tanto del derecho positivo como de los discursos sobre él.

4. La semántica de la teoría del derecho (III). El punto de vista de la filosofía política. La diferencia entre justicia y validez. La teoría del derecho como teoría formal

Hay, por último, un tercer punto de vista desde el que puede observarse el derecho positivo y que corresponde a una tercera

interpretación semántica, no empírica sino valorativa, de la teoría del derecho: el punto de vista axiológico, externo, desde el que todo el derecho positivo, incluido su deber ser constitucional, aparece no sólo como una norma o un conjunto de normas, sino también como un hecho o un conjunto de hechos. Es el punto de vista de la filosofía de la justicia, tanto política como moral, y de manera más general, el punto de vista de la política, que contempla al derecho positivo vigente y a las instituciones jurídicas de los diferentes ordenamientos como a un producto histórico, político y social, que debe ser construido (o demolido), defendido (o criticado) y conservado (o transformado).

Desde este punto de vista, la relación entre tesis y discursos filosófico-políticos y derecho positivo es de nuevo una relación de *deber ser* y *ser*: entre el “deber ser ético-político” o axiológico, formulado desde el punto de vista ético-político externo, y el “ser” del derecho en su conjunto, tal como lo describen la dogmática y la sociología jurídica.

He identificado así, como rasgos distintivos de ese complejo universo que constituye el objeto de la teoría del derecho, tres divergencias o separaciones entre “deber ser” y “ser” del derecho, puestas de manifiesto y estudiadas, respectivamente, por la filosofía

política, por la dogmática jurídica y por la sociología del derecho.⁹

La primera divergencia es la que existe entre “deber ser externo” o ético-político (o *del* derecho) y el “ser” de los sistemas jurídicos en su conjunto. Es la clásica separación entre derecho y moral, o bien entre *justicia* y *validez*, que comporta la afirmación del principio de legalidad como meta-norma de reconocimiento del derecho positivo. En virtud de esta separación, que es un corolario del positivismo jurídico, la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (o validez). Asimismo, su juridicidad (o validez) tampoco implica su moralidad (o justicia).¹⁰ De aquí la autonomía

⁹ Estas tesis de la divergencia o separación entre el “ser” y el “deber ser externo” o *del* derecho, y entre el “ser” y el “deber ser interno” o *en* el derecho, están adecuadamente identificadas como las tesis metodológicas y los rasgos característicos del garantismo por M. Gascón, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, págs. 22-26, que además las vincula al papel crítico de la ciencia jurídica en relación con el derecho positivo.

¹⁰ En este sentido, escribe Hart que “la separación de origen utilitarista entre derecho y moral está considerada un dato de hecho, que permite a los juristas tener las ideas más claras” (H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad. it *Il positivis-*

del punto de vista crítico externo, a veces cancelada por la confusión entre derecho y moral en sus dos versiones opuestas: las iusnaturalistas, que confunden el derecho con la moral e identifican la validez con la justicia, y las distintas modalidades del legalismo ético —incluido el constitucionalismo ético, ampliamente difundido en gran parte del *neoconstitucionalismo* actual— que confunden la moral con el derecho e identifican la justicia con la validez.

Hay una segunda divergencia, todavía más importante para la ciencia jurídica, derivada de un segundo cambio de la norma de reconocimiento de la validez jurídica: la estipulación en constituciones rígidas de límites y vínculos sustanciales para la producción legislativa, comenzando, típicamente, por los derechos

mo e la separazione tra diritto e morale, § 1 in Id, *Contributi all'analisi del diritto*, a cargo de V. Frosini, Giuffrè, Milán 1964, pág. 16) [trad. cast. de J. Sáinz de los Terreros, “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, en R. Dworkin, ed., *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, págs. 35-74]. Recuérdese también la definición de “positivismo jurídico” formulada por Hart: “Entenderemos por positivismo jurídico la simple tesis según la cual no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque en la realidad lo hayan hecho a menudo” (H. L. A Hart, *Il concetto di diritto*, cit., cap. IX, §1, pág. 217) [*El concepto de derecho*, cit.].

fundamentales. Si la primera divergencia producida por el iuspositivismo consiste en la disociación entre justicia y validez, esta segunda diferencia, producida por el iusconstitucionalismo, consiste en la disociación entre *validez* y *vigencia*, es decir, entre el “deber ser interior” (o *en* el derecho) y el “ser” de las normas con rango infra-constitucional. Con base en esto, una ley es válida no simplemente por estar en vigor, es decir, promulgada en la forma permitida en un ordenamiento determinado, sino que, además, debe ser coherente con los contenidos o significados recogidos en las normas constitucionales de rango superior.

La tercera divergencia —obvia y banal— es la que existe entre *vigencia* y *eficacia*, o si se quiere, entre derecho y realidad, entre normas y hechos, entre el “deber ser jurídico” (o *de* derecho) y la concreta experiencia jurídica. Es la diferencia ligada al carácter, no ya descriptivo, sino precisamente normativo del propio derecho en relación con las conductas que regula, incluido el funcionamiento de hecho de las instituciones y de sus aparatos de poder. También esta diferencia puede ser considerada como el fruto de un cambio de las normas de reconocimiento del derecho: el que resulta de la disociación entre positividad y efectividad de las normas producida por el paso del derecho puramente consuetudinario

al derecho escrito entendido como conjunto de normas dirigidas no ya a reflejar sino a orientar y modificar las prácticas sociales.

Llamaré diferencias deónticas a estas tres diferencias, ya que todas están ligadas al carácter deóntico o normativo de los discursos formulados en términos de “deber ser” —en sentido ético-político (o *del* derecho), constitucional (o *en* el derecho) y genéricamente jurídico (o *de* derecho)— respecto del “ser” de la concreta experiencia jurídica. De ahí derivan, como corolarios, las distinciones entre tres tipos de discursos, o de aproximaciones disciplinarias, o de interpretaciones semánticas, de la teoría del derecho, unidos por el mismo objeto y sin embargo diferentes en cuanto a sus contenidos informativos, al papel crítico que desempeñan en relación con la experiencia jurídica, y a los métodos de formación de sus contenidos y afirmaciones:

a) La aproximación de la filosofía política, crítica y propositiva en relación con el ser del derecho en su conjunto. Este punto de vista parte de los valores que diseñan y proyectan el *deber ser externo o ético-político* del derecho y que permiten formular respecto de éste juicios sobre su mayor o menor grado de justicia (o de injusticia);

b) La aproximación de las disciplinas jurídicas positivas, que analiza las divergencias entre el ser y el *deber ser interno o jurídico* del derecho derivadas de su mayor o menor coherencia (o incoherencia) con los preceptos constitucionales;

c) La aproximación de la sociología del derecho, que investiga las divergencias entre el ser de hecho y el deber ser de derecho, derivadas de la investigación acerca del mayor o menor grado de cumplimiento (o de incumplimiento) del derecho.

En otro nivel completamente diferente se sitúa la *teoría del derecho*, que es una *teoría formal* que se limita al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas. Sus tesis, como he dicho al principio, no nos dicen nada sobre realidad, si no es sobre la base de sus diferentes interpretaciones semánticas. Todos los conceptos elaborados por la teoría son, en efecto, formales: norma, obligación, prohibición, derechos fundamentales, validez o eficacia. Su definición teórica nos dice qué son las normas, las obligaciones, las prohibiciones, los derechos fundamentales, la validez o la eficacia, pero no *cuáles son* en los diferentes ordenamientos ni *cuáles deberían ser*, ni *cómo se aplican* (o no) realmente las obligaciones, los derechos

fundamentales, las condiciones de validez, las leyes y las constituciones.¹¹

Tales nociones son, por tanto, ideológicamente neutrales, es decir, independientes de cualquier sistema de valores internos o externos a los ordenamientos investigados. Pero es precisamente el carácter formal de la teoría el que, con aparente paradoja, permite, dependiendo del punto de vista adoptado, de las investigaciones empíricas y de las opciones políticas realizadas, diferentes interpretaciones semánticas. Interpretaciones que incumben no sólo a los estudios jurídicos relativos a los diferentes ordenamientos, sino también a la sociología del derecho y a la filosofía normativa de la justicia. La plausibilidad de la teoría en su conjunto (o de cada uno de sus conceptos y proposiciones) depende, precisamente, de su capacidad para explicar su objeto; es decir, de su idoneidad para ser justificada y adecuadamente interpretada por los diferentes discursos empíricos —jurídicos,

¹¹ Sobre el carácter “formal” de las tesis teóricas, me remito a las aclaraciones varias veces desarrolladas, a propósito de mi definición de “derechos fundamentales”, en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma, 2001, I, §1, págs. 5-9; II, §§ 1 y 5, págs. 123-145 y 150-151; III, §§ 1 y 4, págs. 279-288, 298-309 [ed. cast. de A. De Cabo y G. Pisarello, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001].

sociológicos y filosófico-políticos— que componen su universo.

5. La pragmática de la teoría del derecho. “Principia iuris et in iure” y “Principia iuris tantum”

Estas diferencias deónticas son las que confieren a la teoría del derecho su principal dimensión pragmática. De hecho, haría falta una reflexión más profunda en torno a nuestra tradición filosófica y epistemológica. Según esta tradición, teoría del derecho y ciencia jurídica son (o deberían ser) discursos puramente descriptivos y carentes de juicios de valor. Se trata de una concepción que recoge varios legados con fuerte arraigo aún en la cultura filosófica-jurídica, sobre todo en la de orientación analítica. Entre sus expresiones principales se encuentra el principio weberiano del carácter avalorativo de las ciencias sociales, la idea kelseniana (en mi opinión malentendida) de la pureza de la teoría, la epistemología paleo-neopositivista y su descalificación de los juicios de valor como carentes de sentido; en suma, el método técnico-jurídico y el modelo apolítico del jurista transmitido por la pandectística alemana y afirmado en todas las disciplinas jurídicas entre el final del siglo XIX y principios del siglo XX.¹² Lo que resulta de todo esto es una meta-jurisprudencia normativa tan lejana de

las características y del papel efectivo de la ciencia jurídica (siempre, de hecho, crítica, prescriptiva y valorativa) como lo estaría una meta-jurisprudencia descriptiva.¹³

No hablaré aquí de la dimensión pragmática de la dogmática, cuya actividad interpretativa, como ha enseñado el mismo Kelsen, implica siempre, a causa de los márgenes de vaguedad e imprecisión del lenguaje legal, espacios de discrecionalidad que deben colmarse con elecciones y juicios de valor. El tema de este seminario es la teoría del derecho. Señalaré, por tanto, dos aspectos de su dimensión pragmática, ambos intrínsecos a su estatuto epistemológico, a pesar de haber sido eliminados por la ortodoxia analítica.

¹² Sobre la cuestión remito a mi libro *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

¹³ Sobre la distinción entre “metajurisprudencia descriptiva” y “metajurisprudencia prescriptiva”, véase M. Jori, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giuffrè, Milán 1985. Para una crítica de la dicotomía “descriptivo/prescriptivo” y de la contraposición entre “juicios de hecho/juicios de valor”, presentes no sólo en las ciencias sociales sino también en las naturales, se pueden ver los numerosos e importantes trabajos de V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milán, 1984; Id., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Turín, 1993; Id., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Turín, 1999.

La primera dimensión pragmática de la teoría está vinculada al método de formación de sus conceptos y proposiciones. A diferencia de lo que ocurre con los conceptos de la dogmática —como “mutuo”, “arriendo”, “robo”, “homicidio”, vinculados al lenguaje legal y definidos, por tanto, a través de redefiniciones léxicas— los conceptos teóricos como “norma”, “obligación”, “prohibición”, “validez” y similares, son el fruto de definiciones estipulativas o de asunciones, es decir, de decisiones justificadas, no por los usos del legislador, sino por estrategias explicativas escogidas por el propio teórico. El método axiomático hace explícita y transparente esta naturaleza artificial y convencional de las asunciones primitivas. La teoría, así, es el fruto de elecciones en lo que respecta a la formulación de sus premisas, y analítica y sin juicios de valor en la derivación de sus teoremas.¹⁴

¹⁴ Estas elecciones son normalmente de carácter teórico, y se justifican por la mayor capacidad explicativa que exhiben, en el uso mismo de la teoría, respecto de posibles elecciones alternativas. A veces, sin embargo, se trata de elecciones no ajenas a opciones de carácter ético-político, dictadas por las específicas finalidades reconstructivas que el teórico persigue, y por las implicaciones prácticas que éstas sugieren. Tómese como ejemplo el concepto de “ilícito”. La definición que he propuesto en mi trabajo como “acto (informal) prohibido” no es seguramente más “verdadera” que la definición

La segunda y aún más importante dimensión pragmática de la teoría está ligada, como ya he dicho, a las tres divergencias deónticas derivadas de sus diferentes interpretaciones semánticas. Estas divergencias exigen a su

kelseniana de “ilícito” como cualquier acto al que el ordenamiento liga una sanción (H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., § 6, a, págs. 43-44; Id. *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. de S. Cotta y G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milán, 1959, parte I, cap. III, págs. 51-56) [trad. cast. *Teoría pura del derecho*, cit.; trad. cast. de E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988]. Pero son muy diferentes las implicaciones teóricas de ambas definiciones y los efectos prácticos que éstas comportan. Sobre la base de la definición kelseniana, un comportamiento prohibido para el cual no se hayan previsto sanciones no es un acto ilícito: la guerra no defensiva, por ejemplo, aunque está prohibida por el derecho internacional y por muchas constituciones estatales, no se podría configurar como ilícita, al no estar sancionada ni en un caso ni en el otro, y en algunos casos podría concebirse ella misma como sanción, como ocurre con el propio Kelsen (H. Kelsen, *Teoria generale*, cit., parte II, cap VI, págs. 332-337, 349 y ss., 360-361; Id. *Law and Peace in International Relations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1952, págs. 36-55; Id., *La dottrina pura*, cit., § 42, a, págs. 352-354) [trad. cast. *Teoría general del derecho y del estado*, cit.; trad. cast. de F. Acosta, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986; trad. cast. *Teoría pura de derecho*, cit.]. Por el contrario, partiendo de la definición de “ilícito” como acto prohibido, también la guerra puede calificarse como ilícita, mientras que la ausencia de sanción sería una laguna de garantías que exige ser colmada.

vez diversos juicios normativos y de valoración crítica acerca del derecho y de la práctica jurídica. Los que desarrolla la filosofía política, desde el punto de vista axiológico externo de la justicia, en relación con todo el derecho positivo; los que desarrollan las disciplinas jurídicas positivas, desde el punto de vista interno de la validez, en relación con las leyes vigentes; los que desarrolla la sociología del derecho, desde el punto de vista externo de la eficacia, en relación con las prácticas jurídicas¹⁵.

¹⁵ Recuérdese la distinción análoga entre “justicia”, “validez” y “eficacia” como criterios de valoración independientes entre sí, que N. Bobbio formula en *Teoria della norma giuridica* (1958), cap II, ahora en Id, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1993, págs. 23-44 [trad. cast. de E. Rozo Acuña, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991]. Bobbio vincula estos tres criterios a tres problemas —el “deontológico”, el “ontológico” y el “fenomenológico”— relativos, respectivamente, a la “teoría de la justicia”, a la “teoría general del derecho” y a la “sociología jurídica”. En mi opinión, el segundo de estos problemas no compete a la teoría sino a las disciplinas jurídicas positivas de los concretos ordenamientos, si bien a partir de un concepto de “validez” definido, de manera no distinta al de “eficacia”, por la teoría del derecho. La teoría del derecho, como ha afirmado repetidamente el propio Bobbio en los párrafos citados en la nota 3, es efectivamente una “teoría formal”, “dirigida al estudio de la estructura normativa” del derecho y no “de los contenidos normativos” (incluidas las condiciones de validez de los diferentes tipos de actos normativos) estudiados por el contrario por la jurisprudencia.

De estas tres diferencias, la más importante para la ciencia jurídica es obviamente la segunda, entre validez y vigencia, relacionada con la ya señalada doble dimensión de “norma” (reguladora de los comportamientos) y de “hecho” (a su vez regulado por normas) que la legalidad asume en el estado constitucional de derecho. En esta diferencia entre los niveles normativos de rango más alto y los de rango más bajo, que se configuran como fácticos respectos de aquéllos, reside el rasgo distintivo del paradigma constitucional. Un paradigma que se caracteriza precisamente por el sometimiento de la ley a la propia ley, no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en relación con los contenidos normativos producidos por ella. Este sometimiento se realiza a través de la incorporación, en las constituciones rígidas, de principios ético-políticos (como la representación política, la separación de poderes, el principio de igualdad y los diferentes derechos fundamentales) que se transforman así de fuentes de legitimación política o externa en fuentes de legitimación (y, si se violan, de deslegitimación) también jurídica o interna.

La principal implicación metateórica de esta diferencia se refiere a la relación entre la

dencia y por la dogmática jurídica (N. Bobbio, *Studi*, cit., págs. 96-98).

lógica y sus usos en la teoría del derecho, por un lado, y el derecho mismo, por el otro. En un sistema nomodinámico de derecho positivo, en el que la existencia de cada norma no se deduce de otras normas sino que es un hecho empírico independiente de su significado, el derecho no siempre satisface los principios lógicos. Como se ha dicho ya, las antinomias y lagunas estructurales no sólo existen sino que no pueden no existir entre normas de diferente rango a causa de la divergencia potencial entre deber ser normativo y ser efectivo. Por consiguiente, no es verdad, por ejemplo, que no suceda, en contraste con el principio de no contradicción, que un mismo comportamiento (por ejemplo, la manifestación del pensamiento) esté en un determinado ordenamiento al mismo tiempo permitido y no permitido; así como no es verdad que siempre suceda, como querría la correlación entre derecho y deberes equivalentes, que para cada derecho exista siempre la obligación o la prohibición que complete su garantía (como por ejemplo ocurre en Italia en materia de derecho a la salud).

La lógica exige a la teoría la coherencia y la plenitud como condiciones de consistencia de cualquier discurso sobre el derecho que enuncie implicaciones entre figuras deónticas. Pero en el paradigma constitucional, éstas no son, ni pueden ser, caracteres intrínsecos del

derecho que la teoría tiene por objeto. Y esto es así porque este derecho es un sistema nomodinámico, con varios niveles, cada uno de los cuales es normativo en relación con el inferior y por lo tanto siempre puede ser potencialmente violado y contradicho por éste. La lógica, en suma, es propia de los discursos *sobre* el derecho, pero no rige, aunque debería, el discurso *del* derecho positivo en relación con el cual tiene un papel no ya descriptivo sino prescriptivo.

Esto quiere decir que los principios de la lógica y los de la teoría que hacen uso de conceptos de lógica deóntica (como la contradicción entre permitido y prohibido o la implicación entre expectativa positiva y obligación equivalente) son principios *del* derecho pero no principios que estén *en el* derecho. En otras palabras, no consisten en principios internos al derecho positivo, es decir, lo que podríamos llamar *principia iuris et in iure*, ya que las normas jurídicas no se refieren a ellos ni expresa ni implícitamente. Son más bien *principia iuris tantum* que imponen al derecho positivo, en calidad de principios externos al mismo, la lógica que éste, de hecho, no tiene, pero que de derecho, debería tener.¹⁶ Dicho

¹⁶ Merece la pena recordar este lúcido párrafo de N. Bobbio, *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), en Id., *Studi*, cit., cap VII, pág. 153: “Un sistema

en otros términos, expresan, en un ordenamiento positivo o nomodinámico, el deber ser del derecho reconocido por el derecho mismo, es decir, la normatividad de los *principia iuris et in iure* establecidos por las normas de rango superior.¹⁷

jurídico, puesto que está basado en el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto ha sido especialmente ilustrado por Kelsen y por García Máynez. Pero esto significa que el principio de no contradicción es una verdadera regla jurídica, incluida implícitamente en cualquier ordenamiento. Y si antes he mostrado que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción en un sistema teorético, ahora me doy cuenta de que el principio de no contradicción actúa en el mismo sistema normativo como regla jurídica. Se podría decir también, de manera sintética, que en una concepción legalista de la justicia están presentes, al mismo tiempo, una tendencia a la logificación del derecho y una tendencia a la juridificación de la lógica. O, en otras palabras, un reconocimiento del valor lógico del derecho así como del valor jurídico de la lógica” [trad. cast. de A. Ruiz Miguel, “Formalismo jurídico y formalismo ético”, en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990, págs. 105-116]. “El principio de no contradicción —había escrito a su vez Kelsen en el pasaje mencionado por Bobbio— es de hecho tan válido para el conocimiento en el ámbito de la validez normativa como en el de la realidad empírica” (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., Apéndice, III, A, pág. 415) [este apéndice, “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico” no figura en la citada trad. cast. *Teoría general del derecho y del estado*; está recogido en H. Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, México, Fontamara, 1999].

Precisamente por esto, su papel es esencial en el paradigma de la democracia constitucional, estructurado en varios rangos o niveles normativos. Porque en dicho paradigma las normas constitucionales, al establecer principios y derechos fundamentales como *principia iuris et in iure*, son normativas respecto de las fuentes de grado inferior. Les imponen prohibiciones u obligaciones de legislación, y su lesión genera, en el primer caso, antinomias, y en el segundo, lagunas. Así las cosas, los *principia iuris tantum* desempeñan un papel normativo en el sentido de que explican el carácter normativo de los *principia iuris et in iure* en relación con la producción jurídica. En cuanto principios de la lógica deóntica, son analíticos, descriptivos del modelo teórico. Pero al mismo tiempo son normativos en el mismo sentido en el que lo son los principios de la lógica o de la matemática respecto de los discursos que los utilizan, o las reglas ortográficas, gramaticales o lexicográficas de

¹⁷ En este sentido, por ejemplo, son *principia in iuris et in iure* del modelo teórico del garantismo penal, explícita o implícitamente incorporados al derecho positivo de los ordenamientos avanzados, los diez axiomas o principios penales y procesales que componen el sistema SG que he elaborado en *Diritto e ragione*, Laterza, Roma, 1989, cap. II, § 2, pág. 69 y *passim* [trad. cast. de P. Andrés y otros, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995].

un idioma respecto del lenguaje en el que se utilizan.

El paradigma constitucional, caracterizado por la existencia de varios niveles normativos, y por tanto, por la virtual presencia de antinomias y lagunas, postula en definitiva una ciencia jurídica no puramente cognitiva sino también normativa, asentada en los dos tipos de principios antes diferenciados: los *principia iuris tantum* expresados mediante la lógica y los *principia iuris et in iure* reelaborados por la teoría y reformulados por la dogmática. Por eso la dogmática y la teoría del derecho no pueden limitarse, como quería una clásica tesis bobbiana, a decir “lo que el derecho es”¹⁸. Y es que no pueden no decir

¹⁸ N. Bobbio, “Aspetti del positivismo giuridico” (1961), en Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965, § 3, págs. 105-106: “Como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se caracteriza por la clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho como es y el derecho como debe ser; y por la convicción de que el derecho del que debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Para usar una palabra que designe esta forma de aproximación, se la podría llamar “científica”. Por lo tanto, en esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es aquel que, frente al derecho, asume una posición avalorativa” [trad. cast. de E. Garzón Valdés, “Positivis-

también, por un lado, “lo que el derecho debería ser”, ya que esto forma igualmente parte, en un nivel normativo superior, del “derecho que es”; y por otro lado, “lo que el derecho no debería ser” y sin embargo “es”, aunque de manera ilegítima.

6. Un modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática, filosofía política y sociología del derecho

Una ulterior dimensión pragmática de la teoría del derecho proviene, como se ha dicho, más allá de la divergencia interna que existe en el derecho entre su deber ser constitucional y su ser infra-constitucional, por sus divergencias externas: la divergencia empírica entre deber ser jurídico y ser de hecho, y la axiológica entre deber ser ético-político y ser de derecho.

La divergencia empírica o fáctica, que la teoría del derecho expresa en la distinción entre *normatividad* y *eficacia*, se manifiesta en la ineficacia del derecho, que en el estado de derecho afecta no sólo a los individuos sino también, y diría sobre todo, a los poderes públicos, y se resuelve en el funcionamiento

mo jurídico”, en N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991].

ilegal o extra-legal de las instituciones. Esta divergencia se explica principalmente por la carencia o la debilidad de las garantías jurídicas, que no son sino las técnicas elaboradas para reducirlas lo máximo posible. Aunque más allá de cierta medida esta divergencia resulta inevitable y hasta fisiológica, lo cierto es que ha asumido formas y dimensiones cada vez más amplias. Éstas minan de raíz nuestras democracias y se manifiestan, sobre todo, en la ilegalidad que caracteriza sistemáticamente las relaciones internacionales (piénsese en las guerras, en los crímenes contra la humanidad impunes, en el crecimiento de las desigualdades, en las violaciones en masa de los derechos humanos). Se trata de una divergencia que corre el riesgo de desacreditar todo el paradigma de la democracia constitucional. Por eso, no sólo exige la crítica de las ilegalidades institucionales sino también la creación de garantías y de instituciones de garantías que permitan, si no eliminarlas, al menos reducirlas.

La divergencia axiológica o filosófico-política entre *derecho positivo* y *justicia*, que constituye, como se ha dicho, un corolario de las asunciones teóricas iuspositivistas, exige en cambio reflexionar sobre el sentido de la producción positiva y, por tanto, sobre los fundamentos axiológicos del paradigma del constitucionalismo democrático elaborado por

la teoría del derecho. Gran parte de los principios constitucionales positivizados en las constituciones rígidas, como la representación política, la separación de poderes, el principio de igualdad, los derechos fundamentales y las garantías del proceso justo, junto con los conceptos a través de los cuales se expresan (libertad, igualdad, persona, derechos humanos, representación, separación de poderes, esfera pública y similares) son exactamente los mismos que elaboró el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada. Sólo que éstos, una vez constitucionalizados, dejan de ser sólo principios axiológicos externos, de filosofía política, y se convierten también en principios jurídicos internos —*principia iuris et in iure*— al universo de discurso de una teoría jurídica de la democracia como la que he desarrollado en la última parte de mi libro *Principia Juris*. De aquí la necesidad de constatar su adecuación funcional, su capacidad regulativa, su coherencia interna o los conflictos que plantea y, sobre todo, el papel normativo que desempeñan respecto de los ordenamientos vigentes, en razón de los *principia iuris tantum*. La filosofía política conserva, obviamente, un espacio especulativo autónomo, externo al derecho y a la ciencia jurídica, y un punto de vista autónomo, crítico y propositivo, en relación con el derecho mismo. Pero ya no es sostenible defender, como hacía por ejemplo

Santi Romano en un célebre ensayo de hace un siglo, la irrelevancia de sus principios y de sus conceptos para la teoría constitucionalista de la democracia.¹⁹

De esta manera, la teoría del derecho, y en especial del estado constitucional de derecho, con las divergencias que comporta entre principios ético-políticos, principios de derecho y práctica jurídica, puede postularse como el lugar en el que es posible recomponer las diferentes fracturas disciplinarias (entre ciencia del derecho, sociología y filosofía) que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna. Y puede convertirse, asimismo, en terreno de encuentro de las diferentes aproxi-

¹⁹ S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ahora en *Scritti minori*, Giuffrè, Milán 1950, vol I, pág. 108: Si “nuestro estudio quiere ser sobre el derecho, entendida esta palabra en sentido estricto”, afirma Santi Romano, deben permanecer ajenos a él “los viejos problemas que complacieron a los constitucionalistas del periodo doctrinario”, como “la teoría del llamado estado o gobierno legítimo; la controversia sobre si el pueblo tiene o no el derecho a darse el ordenamiento que cree mejor para él; la admisibilidad del llamado derecho a la resistencia colectiva o a la revolución; los problemas del origen y, especialmente, de la justificación de la soberanía; y, siguiendo por este camino, el examen de las doctrinas que fundan el estado en la fuerza, en elementos contractuales, etc.”, hasta los temas y los problemas de los “derechos naturales” y del “poder constituyente”.

maciones al estudio del derecho, a las que ofrece un aparato conceptual en gran parte común e indispensable para su realizar su función crítica, además de explicativa: del doble punto de vista jurídico interno, propio de las disciplinas dogmáticas positivas, del punto de vista empírico externo, propio de la sociología del derecho, y del punto de vista axiológico externo, propio de la filosofía política, cada uno de ellos ligados a diferentes interpretaciones semánticas de la teoría.

Obviamente, la dogmática jurídica, la sociología jurídica y la filosofía política parten de aproximaciones distintas, con rigurosas diferencias tanto respecto de los métodos de formación de sus conceptos y proposiciones como de los puntos de vista con que observan el mismo objeto. Pero es la teoría formal del derecho, precisamente, la que permite a estas diferentes aproximaciones, unidas por el mismo universo discursivo, utilizar cada una las aportaciones de la otra. En efecto, al dar cuenta de las mencionadas divergencias deónticas (entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y eficacia) la teoría permite distinguir y al mismo tiempo relacionar los correspondientes niveles de discurso, uno normativo y crítico respecto del otro, escapando así de las diferentes y frecuentes falacias ideológicas (iusnaturalistas, ético-legalistas, paleo-iuspositivistas, norma-

tivistas y realistas) que plantean tanto su confusión como su recíproca ignorancia.

El carácter formal de la teoría del derecho, en definitiva, permite un modelo integrado de ciencia jurídica. Este modelo recoge, por un lado, la pluralidad de interpretaciones semánticas que ofrecen las distintas aproximaciones disciplinarias, e introduce, por otro, las dimensiones pragmáticas que comportan los correspondientes puntos de vista críticos y normativos. Precisamente, la teoría jurídica de la divergencia entre normatividad y eficacia y de las técnicas de garantías capaces de reducirla ofrece un punto de partida que puede desarrollarse a través de las investigaciones sociológicas sobre el grado de eficacia (y de ineficacia) del derecho vigente respecto a lo que de hecho sucede, así como del grado de legitimidad (y de ilegitimidad) de lo que de hecho sucede respecto al derecho vigente. La teoría jurídica de la divergencia entre validez y vigencia permite identificar el grado de eficacia (y de ineficacia) de los niveles normativos de rango superior, comenzando por los constitucionales, respecto a los niveles subordinados, así como el grado de validez (e invalidez) de éstos respecto a aquéllos. Por último, la teoría jurídica de la democracia constitucional ofrece una interpretación semántica, anclada en el análisis empírico de las actuales constituciones democráticas, del pa-

radigma formal del constitucionalismo elaborado por la teoría del derecho. No puede, por lo tanto, no utilizar las mismas tesis y categorías elaboradas por la filosofía política, que ofrece a su vez las formas y los fundamentos institucionales de su aplicación práctica.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITU- CIÓN Y SUS GARANTÍAS

Luigi Ferrajoli

1. Las concepciones puramente formales de la democracia

Antes de afrontar el problema de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales me parece oportuna una reflexión sobre la noción de *democracia*. Según la concepción predominante, la democracia sería un método de formación de las decisiones públicas. Más exactamente, consistiría en el conjunto de “reglas del juego” que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o a través de representantes, de asumir dichas decisiones. Ésta no es sólo la acepción etimológica. También es la concepción de la “democracia” compartida, de manera casi unánime, por la mayor parte de sus teóricos: de Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl, de Popper a Waldron.¹ Y también es la concepción predo-

¹ Recuérdese H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), trad. it en Id., *La democrazia*, Il

minante en la actual filosofía jurídica, como se desprende de las muchas críticas que me han hecho en dos discusiones recientes en torno a mis tesis: una sobre los derechos fundamentales, aparecida en las páginas de la revista *Teoria Politica* entre el año 1998 y 2000, y otra más reciente, publicada en el volumen *Garantismo*, a cargo de Miguel Carbonell y de Pedro Salazar.²

mulino, Bolonia, 1981 [trad. cast. de R. Luego Tapia y L. Legaz Lacambra, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977]; K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici* (1945), trad. it., Armando, Roma, 1973 [trad. cast. de E. Loedel, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1994]; J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), trad. it., Edizioni di Comunità, Milán 1955 [trad. cast. de J. Díaz García, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid, 1971]; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Turín 1984 [trad. cast. de J. F. Fernández Santillán, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996]; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bolonia, 1957; R. Dahl, *La democrazia e i suoi critici* (1989) trad. it., Editori Reuniti, Roma, 1990 [trad. cast. *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1993]; M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000 [trad. cast. de L. Córdova, *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002].

² Véase, en particular, A. Pintore, “Diritti insaziabili”, en *Teoria politica*, n° 2, 2000, págs. 3-20, ahora en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., págs. 179-200 [trad. cast. “Derechos insa-

Con base en esta concepción, la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos es únicamente la *autonomía*, esto es, la libertad positiva que consiste en “gobernarse por sí mismo” y “en que la regulación de la propia conducta no dependa de otros, sino de uno”.³ O el hecho, en otras palabras, de que

ciables”, en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., págs. 243-265]. Véanse también los ensayos de Pedro Salazar Ugarte, de Pablo de Lora y de Andrea Greppi y, aunque en términos problemáticos, de Alfonso Ruiz Miguel en M. Carbonell, P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid 2005.

³ N. Bobbio, “Della libertà del moderni comparata a quella dei posteri” (1954), ahora en *Teoria generale della politica*, a cargo de M. Bovero, Einaudi, Turín, 1999, pág. 230 [trad. cast. de A. De Cabo y G. Pisarello, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003], donde la autonomía se define además como el “poder de darse normas a sí mismo y de no obedecer otras normas más que las dadas a sí mismo” (pág. 228). Es la noción rousseaniana de libertad como “l’obéissance à la loi qu’on s’est prescrite” (J. J. Rousseau, *Du contract social* (1762), Garnier- Flammarion, París 1966, libro I, cap. 8, p. 56) [trad. cast. de M. J. Villaverde, *El contrato social*, Tecnos, Madrid, 1988], retomada por Kant: “Es mejor definir mi *libertad* externa (es decir jurídica) como la facultad de no obedecer a más leyes externas que a aquellas a las que he podido dar mi consentimiento” (*Per la pace perpetua* (1795), secc. II, en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Turín, 1965, pág. 292, nota) [trad. cast. de J. Abellán, *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1994]; “la libertad legal (es) la facultad de no obedecer a ninguna otra ley que no sea aquella a la que éstos (los ciudadanos) han dado su consentimiento” (*Principi metafisici della dottrina del*

las decisiones sean tomadas, directa o indirectamente, por sus destinatarios, o de manera más exacta, por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la “voluntad” y de la “soberanía popular”. Esta noción de democracia podría llamarse *formal o procedimental*,⁴ puesto que la identifica con las *formas* y *procedimientos* adecuados, precisamente, para garantizar que las decisiones alcanzadas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La democracia, en otras palabras, tendría que ver con el *quién* (el

dirito [1797], en *Scritti politici...*, cit., 46, pág. 500) [trad. cast. de F. Ayala, *Principios metafísicos del derecho*, Espuela de Plata, Sevilla, 2004].

⁴ Para evitar equívocos, es necesario precisar que “formal” se usa aquí con referencia a la “forma” de los actos normativos, en oposición a su “sustancia” o “contenido” o “significado prescriptivo”. La expresión, por tanto, tiene que ver con la dimensión formal de la validez y de la democracia, ligada, precisamente, al respeto de las formas de producción de las normas. Se trata de un sentido, como puede verse, completamente diferente al que yo mismo atribuyo al término como predicado meta-teórico de los conceptos teóricos, esto es, para designar los rasgos estructurales, independientes de los contenidos normativos, que esos revisten en los ordenamientos concretos. De manera análoga, el término “sustancial”, asociado a la validez o la democracia, designa su “sustancia”, su “contenido” o su “significado prescriptivo”, ligado a su *coherencia* con las normas sustanciales sobre la producción de los actos normativos. En todo caso, la definición, incluso de estos conceptos, continúa siendo, como ocurre con todos los conceptos de la teoría, formal.

pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, pero sería independiente de *qué* se decide, es decir, de los contenidos, aunque éstos fueran antiliberales, antisociales e incluso antidemocráticos.

En esta intervención, intentaré rebatir esta concepción simplificada de la democracia. Y comenzaré diciendo que es indudable que la dimensión formal de la democracia como poder basado en la voluntad popular expresa un rasgo absolutamente necesario, una *conditio sine qua non*, en ausencia de la cual no se podría hablar de “democracia”. Ahora bien, ¿es ésta la única condición necesaria? La definición de un término debe indicar las condiciones no sólo necesarias sino también suficientes para predicarlo de un cierto caso. ¿Es suficiente una connotación puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es calificable como “democrático” y, en particular, como una “democracia constitucional”? Yo pienso que no. Y enumeraré cuatro razones, ligadas a otras tantas aporías, que requieren que la definición de democracia comprenda la idea de límites y vínculos *sustanciales* o de *contenido* como son, típicamente, los derechos fundamentales.

2. Cuatro aporías en la concepción puramente procedimental de la democracia

2.1. La primera razón es la falta de alcance empírico, y por consiguiente, de capacidad explicativa, de una definición de democracia limitada a sus connotaciones formales, esto es, a las condiciones en las que las decisiones políticas expresan, directa o indirectamente, la voluntad popular. Una definición de este tipo, en efecto, no permite dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, que resultarían, bajo esta óptica, no democráticas. Al limitarse a exigir que el pueblo ejerza como sea los poderes públicos, ignora, o peor, reniega del paradigma del estado de derecho, que no admite la existencia de poderes no sometidos a la ley,⁵ y más aún del

⁵ Un sistema “democrático” donde la soberanía popular no estuviese sujeta a la ley correspondería a la noción de estado absoluto definida por Hobbes: “El soberano de un estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles. Al tener, en efecto, el poder de hacer y de derogar las leyes, bien puede liberarse de dicha sujeción derogando las leyes que le molestan y promulgando otras nuevas” (*Leviatano* (1651), trad. it., Bompiani, Milán, 2001, parte II, cap. XXVI, 6, pág. 433) [trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1979]. También afirma: “Una cuarta opinión incompatible con la naturaleza del estado es la siguiente: *que quien detenta el poder soberano está sujeto a las leyes civiles* (...) Un soberano no está sujeto a las leyes que él mismo, es decir el estado, promulga, porque estar sujeto a las

estado constitucional de derecho, en el que el poder del pueblo no es en absoluto ilimitado.

En efecto, la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales. Si se atiende a la definición formal de democracia únicamente como “poder del pueblo”, ¿habría que concluir que estos sistemas no son democráticos? ¿Que los derechos fundamentales recogidos en constituciones rígidas, al ser un límite heterónomo a la dimensión política de la democracia, son un límite a la democracia *tout court*, y que incluso corren el riesgo, en cuanto límites tendencialmente “insaciables”,

leyes es estar sujeto al estado, esto es, a su representante soberano, que precisamente es él. Lo suyo no es sujeción sino libertad de las leyes. Este error, al colocar las leyes por encima del soberano, pone sobre él también un juez y un poder que puede castigarlo. Y esto significa crear un nuevo soberano y después, por el mismo motivo, un tercero que castigue al segundo, y así continuamente hasta el infinito, con la consiguiente confusión y disolución del estado” (ibid., 9, pág. 529).

de convertirse en su negación?⁶ ¿O no habría que reconocer, más bien, que en ausencia, precisamente, de estos límites, aunque pudiera hablarse de “democracia” en sentido puramente político o formal, no podría seguramente hablarse de “democracia constitucional”, que es la forma compleja y generalizada que la democracia asume hoy en los países avanzados?

2.2. La segunda razón consiste en la escasa consistencia teórica de un concepto de democracia solamente formal que pretenda ser consecuente consigo mismo. Algún límite sustancial, en efecto, es necesario para la supervivencia de cualquier democracia. Sin límites relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* (o al menos *puede no*) sobrevivir. En teoría, siempre es posible que con métodos democráticos se supriman, por mayoría, los propios métodos democráticos: no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los derechos políticos, el pluralismo político, la división de los poderes, la representación, en otras palabras, todo el sistema de reglas que constituye la democracia política. Obviamente, no hablo de hipótesis de laboratorio: piénsese en las terribles expe-

⁶ Es la tesis de A. Pintore, “Diritti insaziabili”, cit. [“Derechos insaciables”, cit.].

riencias totalitarias del fascismo y del nazismo del siglo pasado, que conquistaron el poder de forma democrática y luego lo entregaron, “democráticamente”, a un jefe que eliminó la democracia. Con frecuencia esta objeción se elude con la tesis de que los límites de la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales son “condiciones” o “precondiciones”, o “presupuestos”, o “límites” de la democracia.⁷ Pero una con-

⁷ Véase, por ejemplo, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., pág. 6 [*El futuro de la democracia*, cit.], para quien “incluso (...) una definición mínima de democracia, como es la que sostengo” requiere, además del sufragio universal y del principio de mayoría, de una “tercera condición”: la posibilidad de elección entre “alternativas reales” para cuya realización “es necesario que a los llamados a decidir les estén garantizados los llamados derechos de libertad, de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas previas que permiten el desarrollo del juego”. En el mismo sentido, véase: M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., cap. II, 6, págs. 38-41; Id., “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía*, nº 16, 2002, págs. 21-38, donde se critica el uso que he hecho de la palabra “democracia” para designar los rasgos sustanciales que los derechos fundamentales agregan a la “democracia constitucional”. Bovero me había realizado una crítica diferente (al uso, esta vez, del predicado “sustancial” asociado a “democracia” para designar esos mismos rasgos) en “La filosofía política di Ferrajoli”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Turín, 1993, págs. 399-406; véase mi respuesta en el mismo volumen, págs. 505-508.

dición, cuando se considera necesaria, se convierte en un requisito esencial y debe, necesariamente, incluirse como condición *sine qua non* en la definición del término en cuestión.

2.3. La tercera razón consiste en el nexo indisoluble, que las concepciones puramente formales de la democracia ignoran, entre soberanía popular, democracia política y todos los derechos fundamentales que he llamado “sustanciales”⁸ y que operan como límites o vínculos a la voluntad de otro modo absoluta de la mayoría. En primer lugar, los derechos de libertad. En efecto, la voluntad popular se expresa auténticamente sólo si puede expresarse libremente. Y puede expresarse libremente sólo a través del ejercicio, además del derecho de voto, de las libertades fundamentales por parte de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión y de asociación. Por eso, no existe soberanía popular sin derechos de libertad individual. La omnipotencia de la mayoría no sólo amenaza la democracia política y la propia soberanía popular (incluso la de las generaciones futuras, como diré más adelante) sino que una y otra se realizan y

⁸ En *Diritti fondamentali*, cit. I, § 4, pág. 19; III, § 2, pág. 284 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.].

alimentan sólo a través del ejercicio constante de los derechos de libertad. Por otro lado, los derechos de libertad son efectivos siempre si se sustentan en la garantía de derechos sociales a prestaciones positivas: en el derecho a la subsistencia y a la salud y, aún más, obviamente, en el derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, tanto los derechos políticos como los derechos de libertad están destinados a permanecer en el papel. No existe participación en la vida pública sin la garantía de mínimos vitales, es decir, de derechos a la supervivencia, ni existe formación de voluntad consciente, sin educación e información.

2.4. La cuarta razón de la insuficiencia de una noción de democracia puramente formal está vinculada a una aporía de carácter filosófico-político. La concepción formal o procedimental se asienta, como se ha dicho, en la connotación de la democracia como “autonomía” o “autogobierno” o “autodeterminación” popular, es decir, como libertad positiva del pueblo a no someterse a otras decisiones, y por tanto, a otros límites o vínculos, que no sean los acordados por él mismo. Pero el pueblo es un sujeto colectivo, que sólo puede acordar por mayoría y, en la democracia representativa, a través de la elección de representantes. La ecuación entre autonomía y método de decisión basado en los

principios de mayoría y representación encierra, por tanto, una concepción comunitarista, organicista y holista de la representación y de la democracia. Esta concepción se basa en la idea —exageradamente ideológica, populista, y en último término, fascista— de que el pueblo es un “cuerpo político”,⁹ una suerte de organismo, un macro-sujeto dotado de una voluntad homogénea, y de que los principios de representación y de mayoría, antes que simples convenciones aptas para determinar los sujetos más representativos, serían en realidad las formas a través de las que se expresa la voluntad general y unitaria del pueblo como sujeto unitario y orgánico.¹⁰ Si

⁹ Recuérdense los célebres párrafos de Rousseau: “Al instante, este acto de asociación produce, en el lugar de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral o colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública, que se constituye así por la unión de todas las demás, solía recibir hace tiempo el nombre de *ciudad*, y ahora, el de *república* o *cuerpo político*... En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *pueblo*” (*Du contrat social*, cit., libro I, cap. VI, pág. 52) [*El contrato social*, cit.]; “con el pacto social, hemos dado existencia y vida al cuerpo político; ahora se trata de darle, con la legislación, movimiento y voluntad” (ibid., libro II, cap. VI, pág. 73).

¹⁰ “¿Pero qué es el pueblo? —se pregunta Kelsen—: una pluralidad de individuos, sin duda. Y parece ser un presupuesto de la democracia que esta pluralidad se reduzca mediante ella a una unidad. Para la democracia

abandonamos estas insidiosas metáforas, deberíamos en cambio reconocer, como escribió Hans Kelsen en polémica con Carl Schmitt, que no existe semejante voluntad unitaria, y que su asunción ideológica sólo sirve para legitimar el poder absoluto de la mayoría, y tal vez de su jefe, y para ocultar la pluralidad de intereses y opiniones y el conflicto de clases que existe en el llamado “pueblo”.¹¹

3. Una redefinición de la soberanía popular compatible con el paradigma de la democracia constitucional

El reconocimiento de estas aporías, y por tanto, de la inadecuación de una definición solamente formal del concepto de democra-

el pueblo, como unidad, es tanto más importante cuanto que actúa, antes que como objeto, como sujeto del poder, o por lo menos, así ocurre en la teoría. Sin embargo, para una investigación atenta a la realidad de los hechos, no hay precisamente nada más problemático que esa unidad designada con el nombre de ‘pueblo’. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas el pueblo aparece, a los ojos del sociólogo, más como una multiplicidad de grupos diferentes que como una masa compacta de naturaleza homogénea” (*Essenza e valore della democrazia*, cit., cap. II, págs. 50-51) [*Esencia y valor de la democracia*, cit.].

¹¹ H. Kelsen, “¿Quién debe ser el defensor de la constitución?” (1931), trad. it. en Id., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 275-276 [trad. cast. de R. J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Tecnos, Madrid, 1999].

cia, impone a mi juicio replantear de manera radical la relación entre pueblo y democracia a partir de una redefinición de la noción de “soberanía popular” compatible con el actual paradigma constitucional de la democracia.

Esto obliga a reconocer, ante todo, que cualquier concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* está en contradicción no sólo con la idea de democracia constitucional sino con la idea misma de democracia, que se ha revelado histórica y lógicamente incompatible con la existencia de poderes soberanos o absolutos, incluida la omnipotencia de la mayoría del pueblo o de sus representantes.¹²

¹² Escribe B. Constant, “Principes de politique”, en *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), trad. it., *Principi di politica*, Editori Reuniti, Roma, 1970, cap I, pág. 54: “Cuando se establece que la soberanía del pueblo es ilimitada —añade Constant— se crea y se introduce en la sociedad humana un grado de poder tan grande que es un mal con independencia de a quien se entrega. Entregadlo a uno solo, a muchos, a todos, y será un mal. Culparéis a los depositarios de dicho poder y sucesivamente, dependiendo de las circunstancias, acusaréis a la monarquía, a la aristocracia, a la democracia, a los gobiernos mixtos, al sistema representativo. Os habéis equivocado; es necesario acusar no a los depositarios de la fuerza sino al grado de la misma. No es necesario actuar contra el brazo sino contra el arma. Hay pesos demasiado grandes para la mano de los hombres”; *ibid.*, pág. 60: “La soberanía del pueblo no es ilimitada; esta circunscrita a los límites que establecen la justicia y los derechos de los individuos. La voluntad de todo un

Precisamente para salvar esta contradicción y para garantizar la democracia, se desarrolló el constitucionalismo del siglo veinte tras las experiencias de los fascismos que, mediante formas políticamente democráticas, habían conquistado el poder primero, y destruido la democracia después. De aquí el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Y ello a través de límites y vínculos que establezcan lo que en varias ocasiones he denominado la “esfera de lo no decidible (qué y qué no)” —lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado el “coto vedado”— sustraída a la potestad de cualquier mayoría. Pero está claro que estos límites y vínculos, impuestos a los poderes de la mayoría a través de la estipulación constitucional de los derechos fundamentales y de sus garantías, son normas no ya formales, sino sustanciales. Estas normas tienen que ver con los contenidos de las decisiones, condicionan su validez sustancial y no simplemente formal y, por lo tanto, contradicen la tesis según la cual

pueblo no puede convertir en justo lo que es injusto” [trad. cast. de M. L. Sánchez Mejía, “Principios de política”, en B. Constant, *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 3-205].

la democracia consistiría únicamente en un método, es decir, en reglas procedimentales que aseguran la representatividad popular a través del sufragio universal y del principio de la mayoría.

Hay sin embargo dos significados de “soberanía popular” que tienen que ver, uno con la noción general de democracia, y el otro con la más específica de democracia constitucional. El primer significado de “soberanía popular” compatible con la democracia es el literal, referido al pueblo entero, tal como aparece, por ejemplo, en el art. 1 de la Constitución italiana (“La soberanía pertenece al pueblo”) y en el art. 2 de la Constitución española (“La soberanía nacional reside en el pueblo español”).¹³ En este significado literal, el principio de la “soberanía popular” no es más que un principio de legitimación en negativo de la democracia política. Quiere

¹³ “La souveraineté réside dans le peuple”, afirmó el art. 25 de la Declaración de los derechos que precedió a la Constitución de 1793; y el art. 7 añadió: “Le peuple souverain est l’universalité des citoyens français”. Afirmaciones análogas se encuentran en casi todas las principales constituciones actuales: en el art. 1 de la Constitución japonesa de 1946; en el art. 20 de la Constitución alemana de 1949; en el art. 3 de la Constitución francesa de 1958; en el art. 1 de la Constitución griega de 1975; en los art. 1 y 3 de la Constitución china de 1975; y en los art. 1, 2 y 3.1 de la Constitución portuguesa de 1976.

decir, simplemente, que la “soberanía popular pertenece al pueblo” y *sólo* al pueblo; que reside en el pueblo y *sólo* en el pueblo. Fue el mismo Rousseau quien afirmó que “la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser alienada. Esencialmente, consiste en la voluntad general y la voluntad no se representa. O es ella misma, o bien es otra; no hay solución intermedia”.¹⁴ Esto quiere decir que el principio de la soberanía popular equivale a una *garantía negativa*, esto es, a la prohibición de usurparla. Significa que la soberanía, al pertenecer a todo el pueblo, no pertenece a nadie más y ninguna persona individual o grupo de personas —monarca o parlamento, presidente elegido por el pueblo o asamblea representativa— puede apropiarse de ella.¹⁵ En este sen-

¹⁴ J. J. Rousseau, *Du contrat social*, cit. libro III, cap. XV, pág. 134.

¹⁵ B. Constant, “La sovranità del popolo e i suoi limiti”, en los *Principes de politique* (1818), con posteriores añadidos y cambios, en *Antologia degli scritti di Benjamín Constant*, ed. de A. Zanfarino, Il Mulino, Bolonia, 1962, p. 59, nota 1: “El axioma de la soberanía del pueblo ha sido considerado un principio de libertad. Sin embargo es un principio de garantías. Está destinado a impedir que un individuo se apropie de la autoridad que pertenece a toda la sociedad; pero no decide nada sobre la naturaleza y los límites de esta autoridad” [“Principios de política”, cit.]. Recuérdese también el art. 3 de la Constitución francesa de 1958, que después de haber establecido en el primer punto que “la soberanía pertene-

tido, el principio de la soberanía popular o nacional no contradice, con aparente paradoja, el principio del estado de derecho según el cual ningún hombre o grupo de hombres diferentes del pueblo entero disponen de poderes soberanos o *legibus soluti*. Por el contrario, representa su principal garantía.

El segundo significado que puede asociarse a la expresión “soberanía popular”, de acuerdo con el paradigma de la democracia constitucional, se refiere a su nexo con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Ya he dicho que todos los derechos fundamentales dan forma y contenido a la “soberanía popular” y a la “voluntad popular”, la cual no puede manifestarse de manera auténtica si no puede expresarse libremente, y no puede expresarse libremente si no dispone de garantías no sólo para los derechos políticos sino también para los derechos de libertad y para los derechos sociales. En este segundo sentido, la fórmula “la soberanía popular pertenece al pueblo” quiere decir, por tanto, que pertenece al conjunto de sus ciudadanos, es decir, a todas y cada una de las personas que componen el pueblo. Esto significa, en concreto, que la soberanía popular no

ce al pueblo” afirma en el segundo que “ninguna fracción del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio”.

es otra cosa que la suma de poderes y contrapoderes de todos —los derechos políticos, civiles, sociales y de libertad— que la constitución estipula como derechos fundamentales. Estos derechos, por consiguiente, no son solamente límites a la democracia política. Son, además, la sustancia democrática, puesto que se refieren al pueblo en un sentido más concreto y vinculante que la propia representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros en carne y hueso. Por eso, estos derechos son, para cada persona, fragmentos de la soberanía de todo el pueblo. Por eso, cualquier violación de estos derechos no es sólo una lesión a las personas titulares de los mismos, sino una violación de la propia soberanía popular. Recordemos el famoso artículo 34 de la Declaración que precedió a la Constitución francesa de 24 de junio de 1793: “Existe opresión contra el cuerpo social cuando uno sólo de sus miembros está oprimido. Existe opresión contra todos los miembros cuando el cuerpo social está oprimido”¹⁶.

¹⁶ Recuérdesse también el nexo entre “garantía social” de los derechos, que consiste en “la acción de todos” en su defensa, y “soberanía nacional”, instituido por el art. 23 de esa misma Declaración.

4. La rigidez de la constitución y las garantías constitucionales

Llego así al tema de mi ponencia. Si lo dicho hasta aquí es verdad, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia. Varias veces he articulado la noción de democracia constitucional a partir de su relación con las cuatro clases de derechos en las cuales, a su vez, he dividido la categoría de derechos fundamentales: la *democracia política*, asegurada por la garantía de los *derechos políticos*; la *democracia civil*, asegurada por la garantía de los *derechos civiles*; la *democracia liberal* (o liberal-democracia) asegurada por la garantía de los *derechos de libertad*; la *democracia social* (o social-democracia), asegurada por la garantía de los *derechos sociales*.

De aquí se desprende una noción cuatridimensional de la democracia como modelo normativo. Las dos primeras dimensiones son “formales”, puesto que tienen que ver con la forma democrática (el “quien” y el “cómo”) de las decisiones, y con los derechos-poder de autonomía política y civil que la aseguran. Las otras dos son “sustanciales”, y tienen que ver con la sustancia de las decisiones (el “qué” no está permitido decidir o dejar de decidir) y con los derechos sustanciales de

libertad y sociales que la garantizan.¹⁷ En este sentido, el garantismo, explicado en sus cuatro dimensiones (*política, civil, liberal y social*, dependiendo de la clase de los derechos garantizados) es la otra cara del constitucionalismo y constituye el presupuesto jurídico de la democracia.

¿En que consisten las “garantías constitucionales”? Normalmente, esta expresión alude a la “rigidez” de la Constitución, es decir, al hecho de que los principios, derechos e instituciones que ésta prevé sólo pueden modificarse a través de procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que la contradigan. En realidad, se trata de una noción compleja que aquí descompondré en varias nociones diferentes. Por un lado, la rigidez, que es uno de los rasgos distintivos de las normas constitucionales; por otro, el conjunto complejo y articulado de sus garantías, que a su vez requieren ser diferenciadas y analizadas.

La rigidez constitucional no es, propiamente, una garantía, sino más bien un rasgo estructural de la constitución, vinculado con

¹⁷ Remito a mi *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., III, 6, págs. 318-320 y 2, págs. 282-288 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.].

su posición en la cúspide de la jerarquía normativa. Las constituciones, por consiguiente, son rígidas por definición, en el sentido de que una constitución no rígida no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria.¹⁸ La rigidez, en suma, tiene que ver con el rango superior de las normas constitucionales respecto de todas las otras fuentes del ordenamiento, es decir, con la normatividad de las primeras respecto de las segundas. En el caso de las normas constitucionales que establecen expectativas universales bajo la forma de derechos fundamentales, la rigidez les confiere una doble normatividad: como expectativas negativas de su no derogación o vulneración y, al mismo tiempo, como expectativas positivas de su desarrollo.¹⁹

Como puede verse, la cuestión de la rigidez constitucional —o mejor, del grado de rigidez

¹⁸ Sobre el carácter estructural o, si se quiere, “natural” de la rigidez de las constituciones en cuanto tales, véase A. Pace, “La ‘naturale’ rigidità delle costituzioni scritte”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pág. 4085 y ss, e Id., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Cedam, Padua 1996.

¹⁹ Sobre la noción de “derecho subjetivo” como expectativa positiva (a prestaciones) o negativa (a no lesiones), me remito a mi *Diritti fondamentali*, cit., I, pág. 5 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.].

que deba atribuirse a una constitución y, en particular, a los diferentes tipos de normas constitucionales— ocupa un papel central en la teoría de la democracia, y plantea problemas similares a los que suscita la relación entre democracia política y derechos fundamentales. A ella se contraponen, desde siempre, dos tesis, una garantista y otra “democrática”. Ambas están condicionadas por el diferente sentido y valor que otorgan al poder y al acto constituyente. La primera, sostenida por Benjamín Constant, defiende la no modificabilidad de al menos algunos principios que el poder constituyente ha establecido como fundamentales.²⁰ El argumento que justifica esta afirmación es que no existe ningún poder constituido superior al poder constituyente y que éste se agota, en realidad, con su ejercicio. La segunda tesis se remonta a Sièyes y mantiene que el poder constituyente puede modificar, en cualquier momento, cualquier principio constitucional. Esto es así porque el poder constituyente es un poder constantemente activo, la expresión permanente de la

²⁰ Es la tesis, sostenida por B. Constant, *Réflexions sur les constitutions* (1814), en Id. *Cours de politique constitutionnelle*, Slatkine, Genève-Paris, 1982, pág. 265 y ss, según la cual por vía legislativa no se pueden modificar las normas sobre la forma de gobierno y aquellas sobre los derechos constitucionalmente establecidos.

soberanía popular y de la democracia política.²¹

El argumento principal que sostiene esta segunda tesis es que una excesiva rigidez de las constituciones supondría limitar los poderes constituyentes de las generaciones futuras y, en general, los principios de la democracia política. “Atar las manos”, como se ha dicho de manera eficaz. Este argumento de la primacía de la voluntad popular se encuentra

²¹ La tesis se remonta a Sieyès: “Una nación no puede alienar ni prohibirse el derecho de querer; e, independientemente de cual sea su voluntad, no puede perder el derecho de cambiarla cuando su interés lo exija” (*¿Che cosa è il terzo stato?* (1788), trad. it. Editori Riuniti, Roma, 1992, cap. V, pág. 59 [trad. cast. de J. Rico Godoy, *¿Qué es el estado llano?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990]. El principio está además enunciado en el artículo 1 del título VII de la Constitución francesa de 1791: “L’Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution” (y a tal fin prevé, en los artículos 2-8, un procedimiento especial de revisión) y después en el art. 28 de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793: “Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”. La misma tesis la expresó T. Paine, *Rights of Man* (1791-1792), trad. it, *I diritti dell’uomo e altri scritti politici*, a cargo de T. Magri, Editori Riuniti, Roma, 1978, pág. 122: “Cualquier generación es y debe ser capaz de afrontar todas las decisiones requeridas por las circunstancias de su tiempo” [ed. bilingüe de A. Lena, *Los derechos del hombre*, Universidad de León, León, 1999].

recogido en el artículo 28 de la Constitución francesa del 1793, que establece que “todo pueblo tiene derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución” y que “una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Mi opinión es que, si se toma en serio el constitucionalismo, a este argumento se le puede dar la vuelta. Ya he hablado del valor sustancialmente democrático de los derechos fundamentales y de su nexo con la soberanía popular como poderes y contrapoderes otorgados a todos y cada uno, y por tanto al pueblo entero, sobre todo en el momento constituyente, caracterizado por la existencia de un velo de ignorancia respecto de los intereses contingentes de parte. El principio del derecho permanente de todas las generaciones a decidir su futuro se puede utilizar, con aparente paradoja, para apoyar la tesis exactamente opuesta a la de la existencia de un poder constituyente permanente y radical, expresión de la soberanía popular. Puede esgrimirse en apoyo de la tesis según la cual la rigidez de la constitución es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de las futuras mayorías. Con esa base debe impedirse la revisión, al menos, de los principios constitucionales supremos, puestos en defensa permanente de la soberanía popular y

de los poderes de la mayoría. Por ejemplo, el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los derechos de libertad y quizás los derechos sociales, que forman el presupuesto elemental de los derechos políticos. La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas *amputen* las manos de las generaciones futuras. Esto quiere decir que un pueblo puede decidir, “democrática” y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías y de las generaciones futuras.

Aclarado el sentido de la rigidez de las constituciones, es fácil aclarar también la naturaleza de sus garantías constitucionales. Otorgo aquí a “garantías” el significado que le he atribuido en otras ocasiones:²² las obligaciones y prohibiciones que corresponden a

²² Sobre la distinción entre “garantías primarias” y “garantías secundarias”, me remito a *Diritti fondamentali*, cit. I, § 2, pág. 11 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.], y a “Garanzie”, en *Parole-chiave*, n° 19, 1999, págs. 15-32.

las expectativas positivas o negativas establecidas normativamente. Por lo tanto, hablaré de *garantías negativas* para designar las prohibiciones que corresponden a las expectativas negativas y de *garantías positivas* para designar las obligaciones que corresponden a las expectativas positivas. Además, hablaré de *garantías primarias* para designar la suma de las garantías positivas y de las negativas y de *garantías secundarias* para designar las garantías de justiciabilidad, que intervienen en caso de vulneración de las expectativas normativas y de sus garantías primarias.

5. Las garantías constitucionales negativas: primarias y secundarias

La tesis que sostendré es que la rigidez de las normas constitucionales impone al legislador ordinario dos tipos de *garantías constitucionales*. Estas garantías son dos caras de una misma moneda y se corresponden con la doble naturaleza de los derechos fundamentales constitucionales: como expectativas negativas y como expectativas positivas. Las *garantías negativas* consisten en la prohibición de derogar; las *garantías positivas* en la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen.

Las *garantías constitucionales negativas*, es decir, las que consisten en prohibiciones,

tienen que ver con la inderogabilidad de la constitución por parte del legislador ordinario y procuran impedirle la producción de normas contrarias a ella. Son dos: a) las normas sobre la reforma constitucional, que excluyen toda reforma o que sólo la permiten mediante procedimientos más gravosos que los previstos para las leyes ordinarias; b) las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de los preceptos, por comisión u omisión, por razones de forma o de sustancia, contrarios a las normas constitucionales. Estas dos clases de normas no se identifican en absoluto con la rigidez, que como he dicho es un rasgo estructural de la constitución generado por su posición en la cúspide de la jerarquía de las fuentes. Son más bien sus garantías negativas. Precisamente, las normas sobre la reforma son la *garantía negativa primaria* de la rigidez. Esta garantía consiste en la prohibición incondicionada, o condicionada a la adopción de un procedimiento legislativo agravado, de producir normas legales que violen o deroguen normas constitucionales. Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, en cambio, la *garantía negativa secundaria* de la rigidez, y consisten en la anulación o en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria.

Las *garantías constitucionales negativas primarias* representadas por las normas sobre la reforma pueden ser más o menos vinculantes, según el grado de rigidez que estas garantizan. Podría tratarse de una rigidez absoluta, en la que la reforma esté radicalmente excluida; o de una rigidez relativa, en la que se establezcan formas más o menos agravadas de revisión. En el primer caso estaríamos frente a límites *absolutos*, que algunas constituciones —como la francesa del 3 de septiembre de 1791, el artículo 79.3 de la Constitución alemana de 1949 o el artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976— formulan en términos relativamente precisos y taxativos.²³ En el segundo caso estaríamos ante *límites relativos*, que permitirán hablar de un grado más o menos elevado de rigidez relativa, según el grado de dificultad que el procedimiento de reforma previsto suponga respecto de los procedimientos legislativos

²³ El título I de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 establecía: “Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l’exercice des droits naturels et civils consignés dans le présente titre et garantis par la Constitution”. El art. 79.3 de la Ley Fundamental alemana de 1949 establece: “No cabe ninguna modificación de la presente Ley fundamental que afecte la articulación del Bund en Länder, o la participación, en general, de los Länder en la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 a 20”. El artículo 288 de la Constitución portuguesa enumera catorce materias sustraídas al poder de reforma.

ordinarios. Pero además de los *límites explícitos* a la reforma estipulados por la propia constitución, existen también *límites implícitos*, hoy ampliamente reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como son los relativos al método democrático y a los derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución italiana declara “inviolables” los “derechos del hombre, como individuo y en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad”. Y una sentencia de la Corte Constitucional, la número 1146 de 1988, estableció que los “principios supremos del ordenamiento” —que la sentencia no enumera de manera expresa, pero que pueden identificarse, en el plano teórico, con los implícitos en la noción misma de constitución democrática y de rigidez constitucional— están sustraídos al poder de reforma.

Esta diferenciación de las garantías constitucionales negativas primarias, por otro lado, siempre ha tenido lugar (o no) en ausencia de diseño teórico alguno. Una ciencia de la constitución, en mi opinión, debería por el contrario teorizar y proponer diferentes grados de rigidez para las diferentes normas constitucionales, justificados por su diferente relevancia democrática. Así, por ejemplo, debería postular la rigidez absoluta de las normas que establecen el principio de igual-

dad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales —cuyo alcance podría reforzarse pero no reducirse— así como los principios de la representación política y de la separación de poderes. En cambio, debería establecer formas más o menos agravadas de rigidez para las normas sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos; y forma leves de rigidez para las normas menos importantes.

También las *garantías constitucionales negativas secundarias*, que consisten en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden ser más o menos incisivas. Desde el punto de vista histórico, como se sabe, se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad de las leyes:

a) el control difuso, que se ha impuesto en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos y que consiste en la no aplicación en el caso concreto, aunque no en la anulación, de la norma inconstitucional. Ésta, por tanto, permanece en vigor aun después del reconocimiento de su ilegitimidad, aunque condicionada por el valor vinculante del precedente, sobre cuando ha sido establecido por los tribunales supremos;

b) el control concentrado, difundido en Italia y en otros muchos países europeos en la

segunda posguerra, a partir del modelo kelseniano adoptado por la constitución austriaca del 1920. Este sistema de control comporta la anulación de los preceptos legales inconstitucionales por parte de un tribunal constitucional que se pronuncia a partir de una cuestión planteada por un juez en el curso de un litigio, siempre que la considere relevante y no manifiestamente infundada.

De los dos modelos, el más eficaz sin duda es el segundo: “Una constitución en la que falte la garantía de la anulación de los actos inconstitucionales —escribió Kelsen— no es, en sentido técnico, completamente obligatoria”.²⁴ Pero este modelo presenta también múltiples límites. En términos objetivos, porque afecta, por ejemplo en el derecho italiano,

²⁴ H. Kelsen, “La garanzia della costituzione”, en *La giustizia costituzionale*, cit., 22, p. 199: “Aunque en general no se tenga conciencia de ello”, sostiene Kelsen, “una constitución en la que los actos constitucionales, y en particular las leyes, permanecen válidos (porque de su inconstitucionalidad no se deriva la anulación) equivale más o menos, desde el punto de vista jurídico, a un voto carente de fuerza obligatoria. Cualquier ley, reglamento o incluso acto jurídico general aplicado por los individuos tendría una fuerza jurídica superior a la de una constitución de este tipo, a la que sin embargo estarían subordinados y de la cual obtendrían su validez” [trad. cast. de J. Ruiz Manero, “La garantía jurisdiccional de la constitución”, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, págs. 109-155].

no a cualquier acto normativo contrario a la constitución sino sólo a las fuentes primarias, es decir, a las leyes ordinarias y a todos los actos que se puedan equiparar a ellas. Y en términos subjetivos porque, como ocurre también en Italia, quienes están normalmente legitimados para elevar la cuestión de inconstitucionalidad no son los sujetos lesionados por las normas sospechosas de ilegitimidad sino, incidentalmente, los jueces, cuando la consideren fundada y relevante en los casos sometidos a su juicio.

Desde el punto de vista objetivo, el control se podría ampliar perfectamente a actos no legislativos, como por ejemplo la participación en la guerra, cuyo solemne rechazo, enunciado en el artículo 11 de la Constitución italiana (excepto en el caso de “defensa” previsto por el artículo 52) no está tutelado por ninguna garantía jurisdiccional. Bastante más difícil y problemática es en cambio, como diré más adelante, la extensión del control de constitucionalidad a las lagunas, es decir, a las violaciones de la constitución no por comisión —como ocurre con las antinomias generadas por normas inválidas— sino por omisión. Este control, de hecho, está previsto por la Constitución portuguesa y por la brasileña. Sin embargo, tiene como límite insuperable la naturaleza del juicio de anulación y caducidad

del acto constatado como inválido, propia de la jurisdicción de legitimidad.²⁵

Desde el punto de vista subjetivo, sería necesario extender a otros sujetos, además de a los jueces *a quo*, la legitimación para elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Pienso en la figura del *juicio de amparo*, presente en muchos ordenamientos latinoamericanos y en el español, y que puede ser activado por cualquier individuo contra cualquier medida que dañe un derecho constitucionalmente establecido. Pero pienso, sobre todo, en la propuesta realizada por Hans Kelsen, de la institución, en la corte constitucional, de un fiscal general, que él llama “defensor de la constitución”, con la función de objetar la ilegitimidad de cualquier acto del parlamento que considere inconstitucional.²⁶

²⁵ El artículo 283 de la Constitución portuguesa de 1976 y el artículo 103 de la Constitución brasileña de 1988, dedicados a la “inconstitucionalidad por omisión” se limitan a prever que el tribunal constitucional señale la laguna al órgano legislativo y, en el caso de la Constitución brasileña, le invita a colmarla “en el plazo de treinta días”.

²⁶ “Una figura completamente nueva pero que merecería la más seria consideración sería la de un defensor de la constitución ante el tribunal constitucional que, a semejanza del ministerio fiscal en el proceso penal, debería introducir de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad para los actos que considerase irregulares. El titular de una función similar debería

6. Las garantías constitucionales positivas. Las lagunas de garantías

Todavía más importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente descuidadas, o peor, ignoradas por la doctrina, pese a que son indispensables para la efectividad de los derechos fundamentales establecidos por la constitución. Estas garantías consisten en la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos. En la obligación, en otras palabras, de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados.

De esta manera, llego a la cuestión central del garantismo —la de la relación entre derechos fundamentales y garantías— en torno a la cual se ha reproducido hace poco una ya antigua polémica. Me refiero a las críticas que dirigen a mis tesis Riccardo Guastini, Danilo

tener evidentemente las más amplias garantías de independencia posibles en relación tanto con el Gobierno como con el Parlamento. Por lo que respecta a los recursos contra las leyes, sería de extrema importancia atribuir el derecho de proponerlos también a una minoría cualificada del parlamento” (H. Kelsen, op. ult. cit., 19, pág. 196) [“La garantía jurisdiccional de la constitución”, cit.].

Zolo y Pablo de Lora, quienes sostienen que, en ausencia de garantías, es decir de las obligaciones o de las prohibiciones correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos, no se estaría, como yo sostengo, ante una laguna sino ante la inexistencia de los derechos establecidos. Se estaría, en definitiva, y a pesar de su estipulación constitucional, ante la inexistencia no sólo de las garantías sino de los propios derechos.²⁷

No retomaré aquí todos los términos de este debate. Me limito a señalar que en la base de estas críticas se encuentra la confusión entre derechos y garantías, validada por la autoridad de Kelsen. Según Kelsen, como se sabe, el derecho subjetivo sería sólo el “reflejo de un deber jurídico”,²⁸ es decir, de lo que yo he llamado aquí “garantía primaria”. Es

²⁷ Es la teoría defendida por R. Guastini, “Tre problemi di definizione”, en *Diritti fondamentali*, cit., págs. 43-48 [“Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., págs. 57-62], y por D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, ibid., págs. 49-55 [“Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., págs. 75-104]. Véase mi respuesta en ibid., págs. 156-171 [en la misma obra citada]. Una tesis análoga defiende P. de Lora en “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., 3, págs. 255-259.

más, añade Kelsen, tener un derecho equivale a tener “la posibilidad jurídica de obtener la aplicación de la norma jurídica apropiada que prevé la sanción”:²⁹ en otras palabras, a poder activar la que yo he llamado aquí “garantía secundaria”. Kelsen —a lo mejor porque sus

²⁸ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 29, a, pág. 150 [*Teoría pura del derecho*, cit.]: “Si se define como ‘derecho’ la relación entre un individuo (frente al que otro individuo está obligado a un cierto comportamiento) con este último individuo, el derecho en cuestión es solamente un reflejo de este deber”; Id. *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., parte I, VI, A, pág. 76 [*Teoría general del derecho y del estado*, cit.]: “Por lo tanto, no existe ningún derecho para alguien sin un deber jurídico para otro. El contenido de un derecho es en definitiva el cumplimiento del deber de otra persona”; véase: C, a, pág. 77: el derecho “no es sino el correlativo de un deber”.

²⁹ H. Kelsen, *Teoria*, cit., C, d, 82-83 [*Teoría general del derecho y del estado*, cit.]. “En este sentido —prosigue Kelsen— esta norma constituye ‘su’ ley. Solamente si la aplicación de la norma jurídica, la ejecución de la sanción, depende de la voluntad de un individuo dirigida a este objetivo, solamente si la ley está al servicio de un individuo, ésta se puede considerar ‘su’ ley, su ley objetiva, y esto significa un ‘derecho subjetivo’”. Entonces: “El derecho subjetivo debe consistir no ya en el interés presunto, sino en la protección jurídica (...) El derecho subjetivo, en suma, no es más que el derecho objetivo” (ibid., C, c, pág. 81); “la esencia del derecho subjetivo, que no es más que el simple reflejo de un deber jurídico, consiste en el hecho de que una norma jurídica atribuye a un individuo el poder jurídico de hacer valer el incumplimiento de un deber jurídico mediante una acción judicial” (*La dottrina pura*, cit., 29, d, pág. 159) [*Teoría pura del derecho*, cit.].

referencias sólo son a derechos patrimoniales, que en efecto son el producto de actos negociales junto a los correspondientes deberes— opera con dos identificaciones: una entre derechos y garantías primarias, y otra entre derechos y garantías secundarias.

Este singular debilitamiento de los derechos respecto a las garantías es el precio que Kelsen paga por su concepción imperativista del derecho, basada en la centralidad de la sanción. Se trata, sin embargo, de un precio muy alto, que contradice las premisas normativistas y iuspositivistas de su propia teoría. En efecto, según esta posición derechos formalmente puestos o producidos por actos normativos válidos, pero sin garantías, serían simplemente derechos inexistentes. Las normas que los estipulan serían inexistentes (simples *flatus vocis*); catálogos enteros de derechos —gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos en convenios internacionales— serían no-derechos, no-normas, sólo porque carecen de garantías, tanto primarias como secundarias.

Esta tesis contradice, empero, dos postulados del normativismo, al mismo tiempo metateóricos y teóricos. En primer lugar, contradice el postulado del positivismo jurídico, puesto que desconoce la positividad de las

normas jurídicas. En un sistema nomodinámico las normas existen si se han establecido o producido, y no en razón de un arbitrario principio teórico (la producción, en correspondencia con los derechos constitucionalmente establecidos, de los correlativos deberes), como si la teoría pudiese desarrollar funciones legislativas. En segundo lugar, contradice el postulado del constitucionalismo, puesto que desconoce el rango superior respecto de cualquier otra fuente de las normas constitucionales y de los derechos reconocidos en ellas, cuya existencia no puede estar subordinada a la producción (obligatoria) de sus leyes de desarrollo, ya que una tesis de este tipo equivaldría, como escribe correctamente Michelangelo Bovero, a decretar el poder del legislador de neutralizar, de abrogar o, en cualquier caso, de derogar la constitución, ocultando así su violación.³⁰

Por el contrario, la estructura nomodinámica del derecho positivo impone la distinción entre los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sus garantías legislativas. Y es que en un sistema nomodinámico, como el propio Kelsen ha enseñado, la existencia de las normas está

³⁰ M. Bovero, “Derechos, deberes, garantías”, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., págs. 237-238.

ligada a un hecho empírico, esto es, al acto de su producción. Por tanto, es muy posible que, estipulado un derecho fundamental en una norma constitucional, no exista (aunque debería existir) la obligación o la prohibición correspondiente, a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preverlas. Asimismo, es muy posible que, contemplada 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 la prevé. Es muy posible, en otras palabras, que en ordenamientos complejos, articulados en varios niveles, se produzcan *lagunas* y *antinomias*. Esta posibilidad es un corolario del constitucionalismo rígido, cuyo rasgo característico es, por lo tanto, el espacio virtual que éste abre a la existencia de un *derecho ilegítimo* originado en el posible desconocimiento por parte del legislador de su obligación de aplicar las normas constitucionales.

Es precisamente esta obligación —la obligación de una legislación de desarrollo, que consiste en la introducción de las garantías primarias y secundarias ausentes— la que completa la garantía constitucional positiva de los derechos constitucionalmente establecidos. No es verdad, por lo tanto, que la ausencia de garantías legislativas primarias y

secundarias equivalga a la ausencia para el legislador de toda obligación, de manera que, como escribe Guastini, debamos, o abandonar la definición de “derecho subjetivo” como expectativa a la que corresponde un deber, o bien negar la existencia del derecho aunque estuviese constitucionalmente establecido.³¹ Como bien ha indicado Michelangelo Bovero,³² sí que existe una obligación, y es precisamente la de introducir las garantías correspondientes en el derecho estipulado. Esta obligación de una legislación de aplicación, precisamente, es la garantía constitucional positiva primaria de los derechos constitucionalmente establecidos. Se trata, ciertamente, de una *garantía débil* bajo un doble aspecto. En primer lugar, por la dificultad de asegurar su eficacia a través de una garantía constitucional positiva secundaria como sería el control jurisdiccional de constitucionalidad de las lagunas. En segundo lugar, porque ésta sería, por decirlo así, una meta-garantía, que consistiría en la obligación de introducir legislativamente las *garantías fuertes* constituidas por las *garantías primarias y secundarias* que corresponden al derecho constitucionalmente establecido.

³¹ R. Guastini, “Tre problemi...”, cit., págs. 43-44 [“Tres problemas...”, cit.].

³² M. Bovero, “Derechos, deberes y garantías”, cit., págs. 238-243.

Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, por lo demás, requieren una legislación de desarrollo que estipule sus garantías, ya que éstas no se producen, como sucede con los derechos patrimoniales, al mismo tiempo que los derechos garantizados. Tómese como ejemplo la estipulación constitucional del derecho a la vida o de un derecho de libertad como el *habeas corpus*, o incluso de un derecho social como el derecho a la salud. En ausencia de la prohibición penal del homicidio, o de las garantías procesales de la libertad personal, o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias—, tales derechos están destinados a permanecer sobre el papel. Pero no diremos, ciertamente, que éstos no existen sólo porque no exista, como exige la definición de derecho subjetivo, la prohibición o la obligación que les corresponde. Existe, de hecho, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes, es decir, de colmar la laguna, lo cual respalda y satisface, como garantía constitucional positiva, la tesis teórica del nexo de implicación entre derechos y garantías.

Ahora bien, es precisamente en la laguna o en la ineficacia de las garantías legislativas, esto es, de las leyes de desarrollo de los derechos constitucionales establecidos (en es-

pecial de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación y a la subsistencia) donde reside hoy el principal factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos. La ausencia de garantías es casi total en el derecho internacional. Con la sola excepción de la Corte Penal Internacional instituida para juzgar los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional prácticamente carece de instituciones de garantía. Esto es a tal punto así que podemos identificar la globalización, en el plano jurídico, como un vacío casi total de una esfera pública, esto es, de garantías a la altura de todos los derechos fundamentales proclamados de manera solemne en declaraciones y convenios internacionales de derechos humanos.

Pero también en el plano estatal las democracias constitucionales están incompletas en relación con los prolijos catálogos de principios y de derechos establecidos en sus rígidas constituciones. Ante todo, faltan en muchos ordenamientos las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y sobre todo, faltan técnicas jurídicas idóneas para obligar a los poderes públicos a introducirlas. Faltan incluso, en muchos casos, las técnicas garantistas adecuadas para impedir o reparar el desmantelamiento en curso en muchos países de las garantías sociales existentes. También

para los derechos de libertad, por otro lado, las clásicas garantías primarias que prohíben su lesión y las secundarias que condenan su vulneración y anulan las normas contrarias a ellos, resultan de todo punto inadecuadas frente a las viejas y nuevas insidias y agresiones por parte, no sólo de los poderes políticos, sino también de los grandes poderes económicos privados. Incluso los derechos políticos se pueden frustrar, allí donde el ordenamiento no disponga de eficaces defensas jurídicas, en razón de los métodos electorales adoptados, de la concentración de los medios de información y de las lesiones provocadas a la representación por las derivas plebiscitarias y los conflictos de intereses.

Todas estas lagunas y estos diferentes elementos de ineficacia deben leerse como otros tantos factores de ilegitimidad. Podemos, en efecto, identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional con el grado de eficacia de las garantías de los derechos constitucionales que se reconocen en ella. Y podemos, también, identificar su ilegitimidad con sus vulneraciones, o peor, con su laguna. Precisamente, la identificación de estos rasgos de ilegitimidad es la tarea más relevante, tanto científica como política, que el constitucionalismo confiere hoy a la ciencia jurídica. Ésta no resulta ni concebible ni practicable como mera contemplación y des-

cripción del derecho vigente, según el viejo método técnico jurídico. Por el contrario, la propia estructura jerárquica del ordenamiento la inviste de un papel crítico respecto de las antinomias y de las lagunas que los diferentes desniveles generan en éste, así como de un papel propositivo respecto de las técnicas de garantía idóneas para superarlas o al menos para reducirlas.

SOBRE “LA TEORÍA DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE LOS SABERES JURÍDICOS” DE LUIGI FERRAJOLI

José Juan Moreso

1.

La oportunidad que me brindan los organizadores de este coloquio, tan hospitalariamente auspiciado por el Colegio de Registradores en Madrid, Ernesto Garzón Valdés y Ricardo García Manrique de debatir con Luigi Ferrajoli algunos aspectos de su concepción me es especialmente grata. Me es grata por muchas razones, entre las que deseo subrayar el hecho de que la teoría jurídica de Ferrajoli ha sido y sigue siendo para mí una fuente que nunca se agota a la que acudir continuamente en busca de nuevas ideas y desarrollos.

Luigi Ferrajoli presenta en este texto las líneas generales de una teoría del derecho en la que lleva años trabajando.¹ La sintaxis y la

¹ Desde su primer libro, *Teoria assiomatizzata del diritto* (Giuffrè, Milán, 1970), Ferrajoli nos ha ido ofreciendo fragmentos diversos de este trabajo durante los últimos años. Especialmente perspicua es la presen-

semántica de la teoría definen lo que se conoce, en informática y en las ciencias de la computación, como una *ontología de dominio*, es decir una especificación explícita de una conceptualización. Se delimita un conjunto de entidades que constituyen un determinado universo del discurso en el que se establecen definiciones de propiedades, relaciones y funciones. Un conjunto de axiomas formales condicionan la interpretación y el uso adecuado de los términos usados.²

Este modo de configurar la teoría permite disponer de un vocabulario básico, unas reglas de formación y otras de transformación que nos habilitan para saber de qué hablamos con precisión. Las ventajas de claridad y articulación conceptual son obvias. Los que seguimos la evolución de Luigi estamos ansiosos por conocer el resultado final de esta *teoría formal* del derecho y de la democracia que sabemos está a punto de ser publicada.

tación del programa contenida en “La semantica della teoria del diritto” en Uberto Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milán, 1983.

² Véase, por ejemplo, T. R. Gruber, “A Translation Approach to Portable Ontologies”, en *Knowledge Acquisition*, n° 5, 1993, págs. 199-220.

2.

La estructura de esta presentación de Ferrajoli se basa en la exposición de tres dicotomías de la teoría del derecho: la dicotomía entre normatividad y eficacia, la dicotomía entre validez y vigencia y la dicotomía entre justicia y validez. Voy a referirme, en esta breve réplica, sobre todo a las dos últimas dicotomías. Sin embargo, quiero hacer notar una cuestión más general para comenzar. Ferrajoli, en esta presentación y en otros trabajos, tiende a presentar la evolución jurídica entre el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho como una ruptura, en el siguiente sentido: en el primer modelo podía establecerse la fecundidad de un doble enfoque, normativista y realista *à la Kelsen*, porque los sistemas jurídicos que correspondían al modelo eran de modo que ‘las normas y los hechos pertenecen de manera unívoca a universos diversos’. En cambio, en el estado constitucional de derecho, los fenómenos normativos pueden ser contemplados simultáneamente como hechos y como normas, porque hay diversos niveles o grados de legalidad de manera que las normas inferiores pueden contemplarse como hechos regulados por las normas superiores que regulan su creación. Creo que no se trata de una ruptura, sino únicamente de una *agudización* de lo que ya ocurría en el viejo estado de

derecho. En él había los reglamentos sujetos a las leyes y había, como es obvio, reglamentos que estaban en vigor aunque eran contrarios a la ley, inválidos en este sentido. Es más, el problema que Ferrajoli expone se ha dado siempre entre la ley y las sentencias, puede haber —como todos los juristas conocen bien— sentencias firmes, con efectos de cosa juzgada, que son contrarios a la ley. Es esto, creo, lo que llevó a Kelsen a formular su teoría de la cláusula alternativa tácita. El problema es el siguiente: según Kelsen, una norma N pertenece a un sistema jurídico S y, por lo tanto, es válida, si ha sido dictada por un órgano competente. En virtud de ese criterio, no puede sostenerse la pertenencia a los sistemas jurídicos de normas nacidas de actos irregulares (leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales, sentencias contra legem, etc.). Sin embargo, este tipo de normas se usan, a menudo, como justificaciones *jurídicas* de acciones y decisiones que tienen lugar en los grupos sociales. La conocida *solución* de Kelsen al problema, según la cual todas las normas de autorización tienen una estructura alternativa: autorizan a un órgano determinado, mediante un procedimiento y sobre determinada materia a dictar normas o bien a otro órgano, mediante otro procedimiento y sobre otra materia; provoca graves problemas en la teoría pura; puesto que si cualquiera puede, con cualquier procedimiento y sobre cual-

quier materia dictar normas válidas, entonces la estructura jerárquico-dinámica del derecho es una quimera.³

³ Un problema muy estudiado en la teoría jurídica: R. J. Vernengo, “La función sistemática de la norma fundamental”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I-II, 1960, págs. 207-225; C. S. Nino, “El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho”, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, págs. 131-144; J. W. Harris, “Kelsen’s Concept of Authority”, en *Cambridge Law Journal*, n° 36, 1977, págs. 353-363; P. Amselek, “Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l’ordre juridique”, en *Revue de Droit Publique*, n° 94, 1978, págs. 5-19; A. Calsamiglia, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1978; S. L. Paulson, “Material and Formal Authorisation in Kelsen’s Pure Theory”, en *Cambridge Law Journal*, n° 39, 1980, págs. 172-193; G. Maher, “Customs and Constitutions”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 1, 1981, págs. 167-176; R. A. Guibourg, *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1976; I. Weyland, “Idealism and Realism in Kelsen’s Treatment of Norms Conflict”, en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford University Press, Oxford, 1986, págs. 249-272; J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; J. J. Moreso, “Sobre normas inconstitucionales”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 38, 1993, págs. 81-116; E. Bulygin, “Cognition and Interpretation of Law”, en L. Gianformaggio, S. L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Turín, 1995, págs. 11-38; C. S. Nino, “Marshall’s ‘Logic’ and Kelsen’s ‘Problem’”, en el mismo volumen anterior, págs. 219-230; S. Nannini, “Legal Validity and Conformity to Law”, en el mismo volumen anterior, págs. 231-246; J.

Obviamente es más sensato responder con Ferrajoli que, aunque vigentes, las normas resultantes de estos actos irregulares no son válidas. Pero esta distinción no es patrimonio del estado constitucional sino que procede del estado legislativo. Es cierto, como a veces sugiere Ferrajoli, que es en el estado constitucional cuando por primera vez puede desafiarse por razones de contenido la validez de las *leyes*; ahora bien, la importancia de este hecho no debe llevarnos a ignorar que los elementos conceptuales de la distinción entre validez y vigencia estaban ya presentes en el *viejo* estado legislativo de derecho.

3.

Se ha dicho, con razón, que la dicotomía entre validez y vigencia configura uno de los rasgos característicos de la concepción garantista de Ferrajoli.⁴ No insistiré en ello.

Ruiz Manero “On the Tacit Alternative Clause”, en el mismo volumen anterior, págs. 247-256; L. Gianformaggio, “Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?”, en el mismo volumen anterior, págs. 257-273; P. Comanducci, “Kelsen e la clausola alternativa tacita”, en Id., *Assagi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, 1998, págs. 139-158.

⁴ M. Gascón, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, págs. 22-26.

Ahora bien, hay algunos aspectos del desarrollo de este aspecto de la teoría de Ferrajoli que plantean algunas dudas. Veamos la siguiente afirmación (en la sección 3):

Contrariamente al criterio cronológico y al de especialidad, que son meta-normas constitutivas y, por lo tanto, inviolables e inmediatamente operativas, el criterio jerárquico es una meta-norma deóntica o regulativa, respecto de la cual antinomias y lagunas se configuran como “vicios jurídicos”, es decir, como violaciones de las normas de nivel superior por parte de los actos de nivel inferior.

Parece que lo que Ferrajoli quiere significar con esta afirmación es lo siguiente: mientras el legislador no puede, por razones conceptuales, contravenir el principio *lex posterior* ni tampoco el principio *lex specialis*, puesto que cuando dicta una norma posterior incompatible con una anterior, esta última es la que prevalece y cuando dicta una norma especial, ésta prevalece frente a la general; sin embargo, bien puede dictar una norma inferior incompatible con una norma superior constitucional.

No obstante, esto no significa —según creo— que el criterio jerárquico sea regulativo mientras los otros dos son constitutivos. En primer lugar, los tres criterios tienen

consecuencias normativas para la aplicación del derecho y los tres, por lo tanto, pueden ser vulnerados por los jueces. Cuando un juez aplica una norma anterior ya derogada por una posterior viola el criterio cronológico, cuando aplica una norma general frente a la especial viola el de especialidad y cuando aplica una norma inferior frente a una superior viola el criterio jerárquico; por lo tanto en relación con la aplicación del derecho los tres criterios son normativos. En segundo lugar, entendidos como dirigidos a la tarea de legislar los tres criterios son constitutivos: cuando el legislador promulga una ley incompatible con una anterior esta última deviene inválida y cuando el legislador dicta una norma contraria a una superior la primera no adquiere validez.⁵ De hecho, Ferrajoli habla de *vicios* y *violaciones* como si fueran expresiones sinónimas. Y no lo son. Los vicios, sea en un negocio jurídico sea en un acto legislativo, afectan a su validez, es decir, comportan la nulidad de dicho acto jurídico. Las violaciones acostumbran a comportar una sanción. Es por esto que H. L. A. Hart distinguía entre *sanción* y *nulidad*. Mientras las reglas primarias —que imponen deberes— van

⁵ Sobre el criterio de especialidad habría que hacer algunas matizaciones, dado que este criterio no afecta a la validez, es decir, a la pertenencia de las normas a un sistema jurídico, sino sólo a su aplicabilidad.

contingentemente acompañadas de la sanción, las reglas secundarias —que confieren poderes— van conceptualmente unidas a la idea de nulidad, esto es los actos realizados *ultra vires* son nulos.⁶ Es más, cuando Hart se refiere a la noción de límites al poder legislativo en la obra de Bentham,⁷ le critica precisamente no haber distinguido entre aquellas leyes que el poder legislativo tiene prohibido emitir y aquellas que, si las promulga, no adquieren validez. Esto es, los límites al parlamento provienen del hecho que si los traspasa sus disposiciones son nulas.

Por lo tanto, en puridad, cuando el parlamento dicta una ley inconstitucional lo relevante no es si viola una prohibición, sino que no alcanza a dictar una norma válida. Obviamente que cualquier teoría jurídica ha de dar cuenta del hecho de que muchas leyes inconstitucionales (al igual que muchos reglamentos ilegales) son usados en la práctica jurídica, tienen *eficacia*. Pero este es un punto que Ferrajoli explica correctamente, en mi opinión, con su dicotomía entre validez y eficacia. Explicar de otro modo el uso irregular de

⁶ Véase H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, págs. 33-35.

⁷ H. L. A. Hart, "Sovereignty and Legally Limited Government", en Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982, pág. 241.

los poderes, conllevaría considerar que cuando el parlamento dicta una norma inconstitucional obra de modo semejante al vendedor de cosas robadas, que transmite la propiedad al comprador de buena fe aunque él realiza un comportamiento prohibido, un delito en realidad. En palabras de R. Dworkin:⁸

La Constitución ha de interpretarse de modo que imponga un *deber* jurídico al Congreso de, por ejemplo, no aprobar leyes que restrinjan la libertad de expresión, pero no ha de interpretarse de manera que sustraiga el *poder* jurídico del Congreso de hacer válidamente una ley de ese tipo si infringe su deber. Desde este punto de vista, el Congreso se halla en la posición jurídica de un ladrón que tiene el deber jurídico de no vender bienes robados, pero conserva el poder jurídico de realizar una transmisión válida si lo hace. Esta interpretación tiene poco a su favor puesto que el Congreso, al contrario que el ladrón, no puede ser disciplinado más que negando la validez de sus actos incorrectos, por lo menos de una manera que ofrezca

⁸ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pág. 142, nota 1. Que el parlamento tiene el poder jurídico de dictar leyes inconstitucionales, aunque les está prohibido hacerlo es también sostenido por M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 94-95. Véase también mi discusión de este punto de su teoría en J. J. Moreso, “El encaje de las piezas del derecho (segunda parte)”, en *Isonomía*, nº 15, 2001, págs. 165-192, en págs. 168-169.

protección a los individuos a quienes la Constitución está destinada a proteger.

4.

Veamos ahora la dicotomía entre justicia y validez. Dicha dicotomía esta expresada por la tesis que a menudo se ha usado como parcialmente definitoria del positivismo jurídico y que, en palabras de Ferrajoli, dice así (en la sección 4):

La moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (o validez). Asimismo, su juridicidad (o validez) tampoco implica su moralidad (o justicia). De aquí la autonomía del punto de vista crítico externo, a veces cancelada por la confusión entre derecho y moral en sus dos versiones opuestas: las iusnaturalistas, que confunden el derecho con la moral e identifican la validez con la justicia, y las distintas modalidades del legalismo ético —incluido el constitucionalismo ético, ampliamente difundido en gran parte del *neoconstitucionalismo* actual— que confunden la moral con el derecho e identifican la justicia con la validez.

Es una tesis correcta, en mi opinión. La verdad es que, entendida de esta forma, se trata de una tesis ampliamente aceptada y no suele ser éste el foco del debate en las polémicas

cas actuales con el iusnaturalismo o con las diversas formas de neoconstitucionalismo.

Hay, sin embargo, otro tipo de relaciones entre el derecho y la moralidad que están en el centro del debate actual en la literatura neoconstitucionalista, por ejemplo. Me referiré a dos de ellas.

La primera es sugerida por el mismo Ferrajoli en el siguiente pasaje de su texto (sección 6):

Gran parte de los principios constitucionales positivizados en las constituciones rígidas, como la representación política, la separación de poderes, el principio de igualdad, los derechos fundamentales y las garantías del proceso justo, junto con los conceptos a través de los cuales se expresan (libertad, igualdad, persona, derechos humanos, representación, separación de poderes, esfera pública y similares) son exactamente los mismos que elaboró el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada. Sólo que éstos, una vez constitucionalizados, dejan de ser sólo principios axiológicos externos, de filosofía política, y se convierten también en principios jurídicos internos -*principia iuris et in iure*- al universo de discurso de una teoría jurídica de la democracia (...) La filosofía política conserva, obviamente, un espacio especulativo autónomo, externo al derecho y a la ciencia jurídica, y un punto de

vista autónomo, crítico y propositivo, en relación con el derecho mismo. Pero ya no es sostenible defender, como hacía por ejemplo Santi Romano en un célebre ensayo de hace un siglo, la irrelevancia de sus principios y de sus conceptos para la teoría constitucionalista de la democracia.

Si comprendo bien este texto, estas ideas introducen un nuevo nexo entre el derecho que debe ser y el derecho que es. Es decir, para comprender el derecho tal como es en las democracias constitucionales, debemos comprender el derecho tal como debe ser según la filosofía política ilustrada.⁹ No se trata, es obvio, de una relación necesaria; pero para comprender cabalmente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales debemos conocer aquello que estos ordenamientos jurídicos *aspiran* a ser. R. Dworkin se ha referido recientemente a esta idea con el nombre de concepto *aspiracional* de derecho; sin dicho ideal el análisis de la práctica jurídica de una sociedad como las nuestras sería ampliamente inadecuado.¹⁰

⁹ Véase un perspicuo desarrollo de esta idea en B. Celano, “Come deve essere la discipline costituzionale dei diritti?” en S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Turín, 2002, págs. 89-123.

¹⁰ R. Dworkin: “Introduction: Law and Morals” y “The Concepts of Law” ambos en R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2006.

La segunda forma de relación entre el derecho y la moral al que quiero referirme guarda relación con la primera. Es una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales (cuando prohíben los tratos inhumanos o degradantes, o excluyen los tratos discriminatorios, o establecen los derechos fundamentales, en general), entonces parece que incorporan la moralidad en el derecho. Y parece que para saber qué prohíbe la constitución española cuando excluye los tratos degradantes deberemos recurrir a la argumentación moral. O, al menos, es lo que sostienen muchos de los autores en el ámbito del neoconstitucionalismo. Este es el núcleo de la posición conocida como *positivismo jurídico inclusivo*.¹¹ Es obvio, que también puede sostenerse que cuando el derecho remite a la moralidad, no debemos acudir a argumentos morales para determinar su contenido sino a otro tipo de consideraciones: así la posición conocida como *originalismo* en la interpreta-

¹¹ Las defensas más articuladas de dicha posición son tal vez W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994; y J. L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Puede verse mi propia posición en J. J. Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Turín, 2001, págs. 37-63.

ción constitucional sostiene que debemos acudir a lo que entendían los que redactaron la constitución por esos términos.

Creo que el mismo Ferrajoli no aceptaría que en dichos supuestos debamos acudir a la argumentación moral. Algunas veces, he oído argüir oralmente a Ferrajoli que dichos supuestos no plantean problemas de interpretación más graves que otros muchos términos que el derecho incorpora. No obstante, se me ocurren sólo tres respuestas posibles al hecho indiscutible que los textos jurídicos (como los constitucionales) incorporan conceptos y consideraciones morales: a) dicha remisión al incorporar pautas inherentemente controvertidas y al carecer de criterios racionales para resolver las controversias, remite únicamente a la discreción de los aplicadores del derecho; b) dichas prácticas remiten a la moral social, a aquello que en la sociedad en cuestión es considerado ‘inmoral’ o inhumano y degradante’ y c) dicha remisión lo es a las pautas morales correctas, a la moral crítica.

Pienso que hay razones para rechazar las dos primeras respuestas, pero no es a ello a lo que quiero referirme ahora. Supongamos que, como pienso, la respuesta adecuada sea la tercera. En este caso, para identificar aquello que algunas normas jurídicas establecen, sería preciso formular juicios morales críticos,

sería preciso embarcarse en una argumentación moral. Esto no significa, por cierto, sostener que hay una vinculación necesaria entre el derecho y la moral, puesto que dicha vinculación es contingente: depende de que el derecho positivo remita a la moralidad.

5.

Quiero terminar con una breve reflexión. Ferrajoli a través de su trayectoria intelectual ha defendido una posición escéptica en materia moral. En mi opinión este escepticismo produce algún tipo de inestabilidad en su concepción global. Sólo si hay la esperanza de objetividad en filosofía política y en filosofía moral, tiene sentido hacer descansar algunas prácticas jurídicas interpretativas y aplicativas en ellas. En mi opinión, en la teoría jurídica del garantismo debería habilitarse un espacio para la objetividad de la moral y de la política.

SOBRE FERRAJOLI Y LA SUPERACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Manuel Atienza

1.

Hablar ante un auditorio tan imponente que representa algo así como la intelligentsia jurídica del país, y en un lugar como el Colegio de Registradores de España, en Madrid, me produce lo que en el argot futbolístico —con terminología tomada del mundo del teatro— se llamaría “miedo escénico”. Yo no sé como hacen los futbolistas —o los actores— para sobreponerse a esa sensación más o menos paralizante, pero sí puedo decir que, por mi parte, la reciente derrota del Real Madrid, en su campo, ante el Barça, y por 0 a 3, me anima a pensar que el síndrome futbolístico en cuestión (padecido, al parecer, únicamente por los equipos que visitan el campo del Real Madrid, situado no muy lejos de donde estamos) es ya cosa del pasado. Y, dejando a un lado mis inclinaciones *culés*, lo que me da fuerza para seguir —o empezar— con mi exposición es, fundamentalmente, el deseo de cumplir con el encargo que me han hecho los organizadores de este seminario (Celestino Pardo, Ricardo

García Manrique y Ernesto Garzón Valdés) y la fascinación que siempre me ha producido la obra y la persona de Luigi Ferrajoli.

Ferrajoli es, en mi opinión (y creo que en la de muchos de los presentes), uno de los grandes juristas y filósofos del derecho de las últimas décadas, que está contribuyendo de manera decisiva a conformar nuestra manera de pensar el derecho y de operar en él; desde luego, mi propia concepción del derecho debe mucho a la lectura de las obras de Ferrajoli. Pero además, Ferrajoli representa también un modelo de integridad personal y profesional. Dworkin y otros autores han contribuido mucho en los últimos tiempos a hacernos ver la importancia que la integridad o la coherencia —algo más que la simple consistencia lógica— tiene para los sistemas jurídicos, pero conviene no olvidar que esa es una virtud predicable también de las personas y, en particular, de los juristas: teóricos y prácticos; y que ambos planos, el objetivo y el subjetivo, el del sistema y el de quienes lo construyen y operan en él, no son otra cosa que perspectivas o dimensiones de una misma realidad. Si, como decía Fichte, el tipo de filosofía que se elige depende del tipo de persona que se es, la filosofía o teoría del derecho de Ferrajoli no podría ser, por ejemplo, el resultado de un simple juego intelectual, y no podría dejar de reflejar su compro-

miso ético y político con los valores de la igualdad y de la solidaridad.

El hecho de que Ferrajoli sea probablemente el jurista teórico más influyente en los países de cultura latina se debe, creo yo, a la conjunción de rigor intelectual y de implicaciones prácticas que el lector encuentra en una obra que, por ello, no está dirigida únicamente —y quizás ni siquiera preferentemente— a otros teóricos del derecho. Pero, además, hay un rasgo de la producción de Ferrajoli que me importa aquí subrayar y que, en cierto modo, la singulariza con respecto a la de la mayor parte de quienes cultivan la teoría del derecho en el mundo latino. Ferrajoli, por así decirlo, no aspira a figurar en alguna nota a pie de página de los escritos de los autores anglosajones que —como ahora se dice— “lideran” la teoría del derecho internacional; su obra denota una gran ambición teórica y no está dirigida a precisar, criticar, etc. lo que otros han pensado, sino a construir toda una teoría del derecho; sus interlocutores son, por un lado, los autores clásicos y, por otro lado, los juristas contemporáneos (de Italia, de España, de Latinoamérica) que han leído y discutido su obra y a los que Ferrajoli se toma rigurosamente en serio. Dicho de otra manera, la suya es una teoría ciertamente general del derecho, pero construida relativamente de espaldas al

paradigma dominante en la esfera internacional de las dos o tres últimas décadas. Constituye, por ello, un desafío al tipo de globalización que, al igual que en muchos otros ámbitos, en la teoría del derecho lleva camino de convertirse en la globalización de un localismo. Y representa, en fin, la crítica —práctica— a un seguidismo teórico que, en muchos aspectos, resulta infructuoso y paralizante. No se trata, obviamente, de ignorar las contribuciones de verdadero valor provenientes de otros ámbitos culturales, pero quizás sí de advertir que, a diferencia de lo que ocurre, en general, en el campo de la ciencia, la tecnología o la medicina, la teoría del derecho se construye —o debe construirse— a partir de realidades —los sistemas jurídicos, las tradiciones intelectuales...— que no son exactamente las mismas en cada país o ámbito cultural. La globalización del pensamiento jurídico puede ser una meta deseable, pero no se ve por qué haya que renunciar a que ese tipo de construcción cultural tenga una impronta “latina”. Y, por otro lado, ¿es realmente *general* la teoría del derecho que ha dominado el panorama internacional en los últimos tiempos?

2.

Los organizadores de este seminario me han encargado que comente un breve y denso

trabajo de Ferrajoli, “Democracia constitucional y derechos fundamentales”, al que él acaba de referirse. Su punto de partida es que una concepción puramente formal de la democracia es insatisfactoria, por insuficiente: la democracia no tiene que ver únicamente con *quién* decide (el pueblo o sus representantes) y con *cómo* se decide (mediante la regla de la mayoría), sino también con *qué* se decide, esto es, con la existencia de límites sustanciales o de contenido a las decisiones de la mayoría, en que consisten precisamente los derechos fundamentales. Según Ferrajoli, una definición puramente procedimental de la democracia tendría escasa capacidad explicativa y asimismo escasa consistencia teórica, ignoraría que existe un nexo indisoluble entre la soberanía popular y los derechos fundamentales “sustanciales” (derechos de libertad y derechos sociales), y basaría la democracia en la noción de un sujeto colectivo (la democracia como autogobierno o autonomía del “pueblo”) lo que, para Ferrajoli, tiene connotaciones comunitaristas y organicistas que le parecen rechazables. Por ello, una redefinición de la soberanía popular, de las relaciones entre pueblo y democracia, compatible con el paradigma de la democracia constitucional, supondría lo siguiente: 1) la soberanía no puede entenderse como el poder absoluto del pueblo o de sus representantes (la democracia implica que la mayoría no puede constitucio-

nalmente suprimir o limitar las posibilidades de la minoría para convertirse en mayoría); 2) referido al pueblo como un todo, la soberanía -en cuanto principio de legitimidad de carácter negativo- pertenece a todo el grupo, al conjunto, y no a un individuo o a un conjunto de individuos; 3) referido al pueblo en cuanto serie de individuos, de ciudadanos, la soberanía pertenece a todos y cada uno de ellos, o sea, la soberanía popular consiste en el conjunto de derechos políticos, civiles, de libertad y sociales de los ciudadanos. En conclusión, democracia, soberanía popular y derechos fundamentales vienen a ser perspectivas o aspectos de una misma realidad y, por lo tanto, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia.

Ahora bien, ¿en qué consisten esas garantías constitucionales? Por un lado —contesta Ferrajoli— en la rigidez constitucional que, en realidad, más que una garantía propiamente dicha es un aspecto estructural del concepto de constitución: como la constitución no es una ley, sino la norma jerárquicamente superior, no se puede derogar mediante leyes ordinarias, y además, su superior jerarquía implica la obligación para el legislador de cumplir con los mandatos que aquella contiene. Por otro lado, las garantías constitucionales propiamente dichas son tanto negativas

(consistentes en prohibiciones) como positivas (consistentes en obligaciones). Las negativas, a su vez, pueden clasificarse en primarias y secundarias: las primarias están dadas por las normas que prohíben la revisión constitucional o que establecen procedimientos agravados para su modificación; y las garantías secundarias se refieren al control jurisdiccional de constitucionalidad, que podrá ser difuso o concentrado. Las garantías positivas —las más importantes— consisten en la obligación (que tiene el legislador) de establecer obligaciones y prohibiciones para otros (garantías primarias) y en la obligación de reparar o sancionar los incumplimientos de las anteriores obligaciones y prohibiciones (garantías secundarias); los derechos fundamentales son entendidos por Ferrajoli como expectativas positivas —de prestación— o negativas —de no lesión—, con las que se corresponden las anteriores garantías. Aquí reside precisamente el aspecto más polémico de la tesis de Ferrajoli, lo que él considera como “la cuestión crucial del garantismo”. Mientras que para muchos autores que han discutido su obra la ausencia de garantías (de obligaciones y deberes correlativos a los derechos) supone la inexistencia propiamente de un derecho, Ferrajoli sostiene que los derechos no deben confundirse con sus garantías. La falta de garantías de los derechos sociales en el ámbito de las democracias constitucio-

nales (y algo parecido podría decirse de los derechos en general en la esfera internacional) lo que supone es la existencia de una laguna; supone que el legislador ha incumplido las obligaciones establecidas en la constitución, y de ahí la posibilidad de hablar de “derecho ilegítimo”. La ilegitimidad del derecho proviene entonces, sobre todo, de la existencia de lagunas, pero también de antinomias, esto es, de normas que contradicen la constitución.

3.

Este último aspecto es verdaderamente central y constituye lo que bien podría llamarse el “gran descubrimiento” de Ferrajoli: haberse dado cuenta de la existencia de una doble articulación en el plano de la validez interna del derecho, haber tematizado ese hecho y extraer del mismo importantes consecuencias teóricas y prácticas. Su tesis es que una norma jurídica puede ser calificada como válida en dos sentidos distintos: puede poseer validez formal o vigencia, pero también validez substantiva o plena (validez propiamente dicha). La simple vigencia o existencia supone cumplimiento de los requisitos de forma y de procedimiento; la validez substantiva, satisfacción de criterios de contenido que, de manera relevante pero no exclusiva, están incorporados en los derechos fundamentales.

Esta idea supone un enriquecimiento con respecto al conocido esquema tridimensional del derecho seguido en Italia por Bobbio y en España por Elías Díaz, según el cual las normas jurídicas pueden ser calificadas y estudiadas desde tres puntos de vista: como justas o injustas, cuando se las confronta con una determinada concepción de la ética —su estudio corresponde entonces a la teoría de la justicia, en cuanto parte fundamental de la filosofía del derecho—; como eficaces o ineficaces, según que sean o no cumplidas (o el grado en que lo sean) por sus destinatarios y satisfagan o no las finalidades para las que se dictaron —es la perspectiva de la sociología del derecho—; como válidas o inválidas, según que se adecuen o no a los criterios establecidos en el propio ordenamiento jurídico —ésta sería la perspectiva de la dogmática jurídica.

Pues bien, la tesis de Ferrajoli es que lo que hace posible (obliga a considerar) el nuevo plano de análisis es el constitucionalismo contemporáneo, la existencia de constituciones rígidas. El derecho válido, formalmente vigente, puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio derecho (sin acudir, pues, a una instancia —política o moral— externa al propio derecho): “derecho jurídicamente ilegítimo” no sería un oxímoron. Por eso, para Ferrajoli,

de la misma manera que el iusnaturalismo, en cuanto concepción característica del derecho en el mundo premoderno, fue sustituido por el positivismo jurídico con el advenimiento del estado moderno y la existencia de sistemas exclusivos y exhaustivos de fuentes jurídicas, este positivismo clásico —o “paleopositivismo”—, adecuado a los esquemas del estado liberal de derecho, tiene en nuestros días que ser sustituido por el nuevo paradigma del constitucionalismo en el que el derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la constitución. Esto, para Ferrajoli, no supone un abandono o una superación del positivismo, sino su completa realización: “El constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanza con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del *ser del derecho*, es decir, de sus condiciones de ‘existencia’, sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de ‘validez’”.¹

¹ L. Ferrajoli, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 19.

El neopositivismo o positivismo crítico que defiende Ferrajoli supone, con respecto al anterior paradigma positivista, cambios fundamentales en relación con la manera de entender la estructura —el concepto— del derecho, la dogmática jurídica y la jurisdicción: en efecto, el derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero substancialmente inválidas; la ciencia jurídica no puede entenderse en términos puramente descriptivos, sino también críticos y prospectivos (su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos); y la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica.

4.

Yo estoy básicamente de acuerdo con la concepción de fondo de Ferrajoli y, por tanto, también con su manera de entender los derechos fundamentales. La suya es una construcción, como decía al comienzo, de un gran rigor interno y que, además, ofrece una alternativa a las tres grandes concepciones del derecho del siglo pasado: el iusnaturalismo, el positivismo jurídico clásico (en su versión

normativista o realista) y el marxismo jurídico que luego ha derivado en lo que suele llamarse “teorías críticas del derecho” (Ferrajoli fue, por cierto, el inventor de la celebrada expresión “uso alternativo del derecho”); lo que separa a Ferrajoli de estos últimos autores —de los “críticos”— es, entre otras cosas, que la suya no es en absoluto una concepción escéptica del derecho: la introducción de ese segundo nivel de validez tiene también la función de elevar el valor de lo jurídico (por algo Ferrajoli define —críticamente— la actual situación de globalización como “un vacío de derecho público”). Mis diferencias con Ferrajoli se circunscriben a lo siguiente: el cumplimiento de los objetivos prácticos (y, en cierto modo, también de los teóricos) que él propone podría alcanzarse mejor, en mi opinión, modificando un tanto alguno de sus presupuestos e introduciendo ciertos análisis que en su obra están básicamente ausentes. Veámoslo.

5.

Frente a este nuevo “hecho histórico” del constitucionalismo cabe adoptar, en el plano teórico, esencialmente dos posturas (dejo de lado las que consisten pura y simplemente en ignorar el fenómeno, o bien en negarlo). Una procura interpretarlo y dar cuenta de él a partir de los parámetros positivistas clásicos.

La otra lleva a pensar que el nuevo fenómeno necesita de una nueva teoría del derecho. Pero aquí, a su vez, pueden distinguirse dos planteamientos: el de Ferrajoli —como se ha visto— parte de que la nueva teoría puede —y debe— elaborarse sin abandonar la horma del positivismo jurídico; otros autores (como Dworkin, Alexy o Nino) entienden que es necesario salir del positivismo jurídico, y de ahí que hayan desarrollado teorías no positivistas del derecho.

Me parece interesante remarcar que estos autores no positivistas también han tematizado, de diversas maneras, la existencia de una *dualidad interna* en el derecho, en el derecho positivo, que, por lo demás, es una idea que se encuentra en autores iusnaturalistas de épocas anteriores: el neokantiano Lask, por ejemplo, había efectuado una distinción entre un deber ser que representa una justicia externa al derecho y un deber ser en cuanto exigencia de justicia interna al propio derecho —un planteamiento no muy alejado del de Radbruch cuando hablaba de un “derecho suprallegal”—; y, como es bien sabido, la noción de “moralidad interna” del derecho de Fuller apunta a la idea de un derecho natural que no está situado más allá del derecho positivo sino que, en cierto modo, forma parte del mismo. Así, el equivalente al dualismo de Ferrajoli se encuentra en Dworkin, y en muchos otros

autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios o, en sus últimas obras, entre el derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa. Un papel semejante lo juega la idea de Alexy de que el concepto de derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama —inspirándose en Habermas y en la teoría del discurso—una “pretensión de corrección” que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el derecho y la moral. Y algo parecido podría decirse también de Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (de manera que el razonamiento *jurídico* es un razonamiento abierto hacia las razones morales) y su insistencia en que el derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente (o sea, que es perfectamente asumible, para algunos propósitos, un concepto de derecho que contenga elementos valorativos).

La conexión que se acaba de señalar entre las tesis de algunos autores iusnaturalistas y las de Dworkin, Alexy o Nino dan alguna plausibilidad a la (des)calificación que suele hacerse de los mismos como iusnaturalistas (“prebenthamitas”) y a la que el propio Ferrajoli parece adherirse. Pero, en realidad, siguiendo esa lógica, tampoco faltarían moti-

vos para dudar del “positivismo” de la concepción de este último. Si volvemos a la famosa distinción de Bobbio entre el positivismo como enfoque o modo de aproximarse al estudio del derecho, como teoría y como ideología, y la ponemos en conexión con las ideas de Ferrajoli, podríamos llegar a la conclusión de que su concepción del derecho: no es positivista en el primero de los sentidos, puesto que él no mantiene ya una neta distinción entre el derecho como hecho y como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; tampoco lo sería en el segundo, ya que no acepta ni la tesis de la supremacía de la ley ni la del carácter pleno y coherente del ordenamiento jurídico; y habría, paradójicamente, alguna razón para considerar que presta adhesión al positivismo ideológico en cuanto que, de alguna forma, viene a sostener que el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo.

Ahora bien, dejando a un lado la discusión más de fondo sobre las condiciones bajo las cuales cabe usar con sentido expresiones como “positivismo jurídico” o “iusnaturalismo”, lo que es cierto es que las tesis de Ferrajoli no son coincidentes con (aunque están bastante próximas a) las de estos otros autores. La diferencia esencial radica en algo que explica también el empeño de Ferrajoli en calificar su concepción de positivista: este último, en

efecto, interpreta que los elementos de esa dualidad tienen un carácter autoritativo (sus dos nociones de validez derivan de un derecho “puesto” por alguna autoridad: el legislador o el constituyente), mientras que en los otros autores cabe reconocer un esfuerzo por integrar dos elementos en el concepto de derecho: el elemento autoritativo y el elemento que, a falta de una mejor expresión, podría llamarse valorativo. Así, en la noción dworkiniana de “práctica interpretativa”, los fines y valores que definen la práctica juegan un papel determinante, en cuanto dan sentido a, y tienen primacía sobre, las normas, sobre el elemento autoritativo. La misma idea puede expresarse también diciendo que las normas, vistas como razones para la acción, contienen un elemento o una dimensión directiva, de guía de la conducta, pero también un elemento valorativo o justificativo; que esos elementos pueden entrar en algún caso en contradicción; y que, cuando eso ocurre, el último elemento, el valorativo, tiene primacía sobre el primero, sobre el directivo.² ¿Hasta qué punto es entonces importante esa contraposición entre el “positivismo” y el “no positivismo” del constitucionalismo contemporáneo?

² Véase M. Atienza, M y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho* Ariel, Barcelona, 1996 (2ª ed., 2004); e *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid 2000 (2ª ed., 2006).

En mi opinión, esa dualidad de enfoques no genera grandes diferencias a la hora de emitir juicios sobre lo que es o no es jurídico; lo que es distinto es más bien la forma en que se expresan esos juicios: una norma que Ferrajoli consideraría válida en el sentido de vigente, pero inválida en cuanto a la dimensión substantiva de validez sería probablemente considerada por Alexy como derecho defectuoso (pero ni Alexy, ni Dworkin ni, por supuesto, Nino —y tampoco autores iusnaturalistas como Radbruch o Fuller—, han negado nunca que quepa hablar con pleno sentido de “derecho injusto”). Tampoco desde la perspectiva de la manera de entender la función de la teoría y de la dogmática jurídica; al igual que para Ferrajoli, para Dworkin se trata de dos actividades que contribuyen a conformar la práctica jurídica: la tarea de resolver las lagunas y contradicciones a la que —hemos visto— se refería Ferrajoli tiene su equivalente en el propósito dworkiniano de contribuir a la máxima realización de los fines y valores de la práctica jurídica (del estado constitucional). Y en cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la constitución, se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios.

La distinción, entonces, es más bien una cuestión de acento, pero ello no quiere decir que sea irrelevante. Tiene consecuencias, por ejemplo, en relación con la teoría de la interpretación: al considerar el derecho como un fenómeno puramente autoritativo, la interpretación no va a tener, en la obra de Ferrajoli, el alcance y desarrollo que en la de Dworkin (no es lo mismo interpretar textos establecidos por una autoridad que interpretar una práctica). También (si se quiere, como consecuencia de lo anterior) a la hora de plantearse el problema de la argumentación jurídica: Ferrajoli tiende a pensar que, en la aplicación del derecho, lo que existe es algo así como subsunción más discreción judicial, y es notablemente escéptico a propósito de la ponderación (algo, por lo demás, perfectamente coherente con su tendencia a ver el derecho como un conjunto de reglas, en donde los principios no juegan prácticamente ningún papel, o juegan uno de escasa importancia). E igualmente al construir una teoría de los derechos fundamentales en la que el problema de la justificación moral está prácticamente ausente. El enfoque de Ferrajoli en relación con este último punto difiere mucho del que se encuentra en autores como Alexy o Nino; cabría decir que mientras que Alexy ha tratado, sobre todo, de contestar a la pregunta de qué son los derechos fundamentales, cuál es su estructura y cómo operan en la justificación

jurídica, Nino destinó el mayor esfuerzo al problema de la justificación moral de los mismos (sin descuidar el de su papel en el razonamiento práctico), y Ferrajoli se ha centrado en el de cómo asegurar su exigibilidad.³ Veámoslo con más detalle.

6.

Cuando digo que Ferrajoli se ha centrado en la cuestión de la exigibilidad de los derechos fundamentales no quiero decir exactamente que no haya tratado en absoluto las otras dos cuestiones: se ha ocupado del concepto de derechos fundamentales pero, en mi opinión, no de una manera plenamente satisfactoria; y si apenas ha considerado la cuestión de su fundamentación moral es porque, precisamente debido a su concepto de derechos fundamentales, no la considera de una gran relevancia.

6.1. Derechos fundamentales, para Ferrajoli, son “todos aquellos *derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos* en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”, siendo los dere-

³ Sobre esto remito a la tesis doctoral de Ali Lozada, sobre los derechos sociales en estos tres autores, ahora en curso de elaboración.

chos subjetivos “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica”.⁴ No es, en mi opinión, una noción equivocada de los derechos fundamentales, pero yo diría que incompleta, desde estos tres puntos de vista.

En primer lugar, esa noción de derechos fundamentales es obviamente dependiente de la de norma jurídica.⁵ Pero, como ya se ha señalado, Ferrajoli parece pensar que todas las normas tienen la forma de *reglas*, de manera que los derechos fundamentales (y, en general, los derechos subjetivos) serían, en cierto modo, de un solo tipo, esto es, relativos a reglas. Ahora bien, eso supone una concepción uniformizadora de los derechos que resulta criticable, por lo menos si se entiende que la definición de “derechos fundamentales” ha de tener carácter descriptivo (descriptivo de cómo los juristas, los políticos y la gente en general usa esa expresión o alguna otra más o menos equivalente) o, al menos, que no puede ser puramente estipulativa.

⁴ L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, en Id., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pág. 19.

⁵ Ferrajoli escribe incluso en diversos lugares que los derechos fundamentales *son* normas; la afirmación no me parece exacta, pero no entro aquí en esa cuestión.

Como escribimos hace no muchos años Juan Ruiz Manero y yo en un artículo conjunto:

...[L]a solidez de la tesis de Ferrajoli [cada vez que la autoridad normativa proclama un derecho y se abstiene de estatuir el correspondiente deber genera una laguna en el sistema] depende por completo de la asunción de que las autoridades normativas... utilizan siempre el término ‘derecho’ (subjetivo) con la carga de significado que Ferrajoli le asigna. Esta asunción, cuando en palabras del propio Ferrajoli ‘clases enteras de derechos —gran parte de los derechos sociales, la casi totalidad de los derechos internacionalmente establecidos’—, carecen de las garantías primarias que, de acuerdo con la definición de Ferrajoli, les corresponden, parece un tanto aventurada (...) Parece pues que hemos de concluir que las autoridades normativas no siempre utilizan el lenguaje de los derechos en el sentido (...) correspondiente a su definición. ¿Quiere esto decir que cuando proclaman derechos tales como el derecho al trabajo, o al medio ambiente, o a la vivienda, sin estatuir las garantías primarias que, de acuerdo con la definición de Ferrajoli, les corresponderían, cometen meros *flatus voci*? Probablemente hay (...) una alternativa que encaja mejor con la realidad de los derechos contemporáneos: entender que, en tales casos, las autoridades normativas utilizan (quizás algo impropriamente) el lenguaje de los derechos para señalar *objetivos colectivos* cuya persecución se encomienda a los poderes públicos.

Y, más adelante:

[L]a tesis de Ferrajoli respecto de las exigencias que se derivan de la proclamación constitucional de derechos depende de una concepción que nos parece inadecuada de las normas que llevan a cabo esta proclamación. Ferrajoli parece pensar que todas estas normas tienen la forma de *reglas*, de tal forma que cualquier norma que aparezca en conflicto con ellas originaría una antinomia en el sistema. Así, por ejemplo, señala repetidas veces que la existencia del delito de desacato en la legislación italiana es antinómica con la proclamación constitucional de la libertad de expresión. Pero las cosas son así, exclusivamente si pensamos que la disposición constitucional sobre la libertad de expresión constituye una *regla*; si pensamos, por el contrario, que tal disposición constituye un *principio en sentido estricto*, entonces la tipificación del desacato como delito nos puede parecer no necesariamente constitutiva de una antinomia sino más bien indicativa de la presencia en el sistema de algún otro principio que, en relación con ciertos casos, desplaza a la libertad de expresión, sin prejuzgar que el legislador haya efectuado o no la ponderación correcta entre ambos. Y si las normas constitucionales que proclaman determinados derechos sociales como el derecho al trabajo las vemos como expresivas de otras tantas *directrices* o *normas programáticas*, entonces el deber que se deriva de ellas para el legislador no es, como piensa Ferrajoli, el de instituir sus garantías primarias y secun-

darias, como sería el caso de un derecho proclamado por una regla constitucional, sino el de trazar políticas (también políticas legislativas) que aseguren la consecución de ese objetivo (el pleno empleo, el trabajo para todos) en el mayor grado posible, en conexión con otros objetivos asimismo constitucionalmente ordenados.⁶

En segundo lugar, no se comprende bien por qué Ferrajoli considera que la definición de derechos fundamentales debe hacerse en términos puramente formales mientras que, como hemos visto, rechazaba una definición de ese tipo para el concepto de democracia. Es cierto que Ferrajoli afirma que, a diferencia de lo que ocurre con los conceptos de la dogmática jurídica, que han de definirse de manera descriptiva, los de la teoría del derecho (el de “derechos fundamentales” sería uno de ellos) deben —o pueden— ser objeto de definiciones estipulativas, de manera que el valor (la utilidad) de este último tipo de definiciones no dependería de que recojan el uso que de los términos definidos haga el legislador, sino de que tengan capacidad ex-

⁶ M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica”, en J. Málem, J. Orozco y R. Vázquez (compiladores), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 93-94 y 99.

plicativa y reconstructiva.⁷ Esa teoría de las definiciones de Ferrajoli le permitiría hacer frente también a la anterior crítica, a la definición de derechos fundamentales en términos puramente de reglas. Pero no me parece que esté justificada.

Por un lado, porque no resulta nada obvio que una definición —una teoría— que no logra dar cuenta bien de cómo el legislador o los juristas en general usan un determinado concepto —operan en la práctica a la que se refiere la teoría— pueda, sin embargo, tener capacidad explicativa y reconstructiva. De hecho, él mismo considera que la propuesta de Vitale⁸ de que todos los derechos fundamentales deberían estar vinculados a la noción de persona y de capacidad de obrar (prescindiendo, pues, de la de ciudadanía) puede considerarse como una tesis aceptable de filosofía política, pero “si se asumiera como una definición de teoría del derecho” carecería de “alcance empirico” y de “capacidad explicativa”. Pues bien, ¿no cabría decir otro tanto de la definición de Ferrajoli

⁷ Véase L. Ferrajoli, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en este volumen, nota 14.

⁸ Véase L. Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006, págs. 119-122.

de derechos fundamentales: que es aceptable en cuanto tesis de filosofía política pero que, en cuanto tesis de teoría del derecho, no permite dar cuenta adecuadamente de nuestras prácticas jurídicas?

Por otro lado, la distinción que efectúa entre conceptos teóricos y conceptos dogmáticos parece bastante discutible. Se trata de una distinción que obedece a una cuestión de grado de abstracción, de manera que es fácil pensar en muchos conceptos jurídicos que estarían situados en una zona intermedia, de penumbra, y respecto de los cuáles tendríamos muchas dudas en catalogarlos como conceptos dogmáticos o teóricos. Además, aunque pudiéramos hacer de los conceptos jurídicos una clasificación más o menos nítida, muchos de los discursos efectuados por los dogmáticos o por los teóricos del derecho (yo diría que una buena parte de los de Ferrajoli) parecen hacer uso de unos y otros conceptos al mismo tiempo, esto es, son —y deben ser— discursos mixtos. En consecuencia, la distinción en cuestión parece bastante artificiosa y su utilidad podría consistir, más que nada, en servir a Ferrajoli para proteger a su teoría de algunas de las críticas que ha recibido en los últimos tiempos: de hecho, en las respuestas a sus críticos Ferrajoli utiliza básicamente dos estrategias argumentativas (basadas en lo que Perelman llamaba “técnicas de disocia-

ción”): el carácter meramente formal de su teoría, y la distinción entre el discurso de la teoría del derecho y el propio de la dogmática, la sociología, la historia o la filosofía política y moral.

Finalmente, a mí no me queda nada claro por qué “derechos fundamentales” habría que considerarlo como un concepto teórico, pero no así “democracia” (puesto que Ferrajoli no acepta que deba definirse en términos puramente formales),⁹ sobre todo cuando, como se ha visto, derechos fundamentales y democracia vendrían a ser aspectos de una misma realidad y los propios derechos fundamentales son vistos por él como límites substantivos, materiales, de la democracia.

En tercer lugar, si se confronta la definición de Ferrajoli de los derechos fundamentales con las que pueden encontrarse en algunos escritos más o menos recientes de iusfilósofos analíticos (pienso, en concreto, en el concepto de derechos humanos elaborado por Laporta

⁹ Cabría decir que “teórico” no es lo mismo que “formal” o, dicho quizás de otra manera, que “formal” puede entenderse en dos sentidos: en el sentido de abstracción, esto es, opuesto a concreto (los conceptos teóricos serían conceptos muy abstractos); en el sentido de procedimental, esto es, opuesto a contenido. Pero, en todo caso, la noción de democracia de Ferrajoli no parece ser formal en ninguno de los dos sentidos.

hace algunos años y que ha tenido una gran influencia en muchos otros autores)¹⁰ se llega fácilmente a la conclusión de que hay una nota que estos últimos incluyen, pero que falta en el concepto de derechos fundamentales de Ferrajoli: se trata de la idea de valor, de que los derechos humanos (o “fundamentales”: el que Ferrajoli utilice esta última expresión y no la de “derechos humanos” no le pone a resguardo de la crítica) representan o incorporan algo así como las razones más fuertes, vale decir, razones o exigencias de carácter moral. Al no incluir esa referencia a contenidos morales, Ferrajoli tiene que aceptar algo bien extraño y que cualquiera diría contradice también el “alcance empírico” y la “capacidad explicativa” que tendría que tener su teoría: “Si fuera establecido —escribe— como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental”.¹¹

6.2. Lo que se acaba de decir sirve también para explicar por qué Ferrajoli no ha prestado hasta ahora gran atención al proble-

¹⁰ F. Laporta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, n° 7, 1987.

¹¹ L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, cit., pág. 21.

ma de la justificación moral de los derechos humanos. Uno diría que él parece haberse tomado absolutamente en serio el famoso *dictum* de Bobbio contenido en un trabajo de este último de 1964: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político”.¹² Desde luego, hay que reconocer que el programa bobbiano que Ferrajoli desarrolla no carece de atractivo e incluso de justificación: muchos de (pero no todos) los estudios sobre derechos humanos llevados a cabo en el ámbito de la filosofía analítica quizás pudieran catalogarse como ejercicios de sutileza teórica sin trascendencia práctica lo que, desde luego, no podría predicarse de los trabajos de Ferrajoli sobre la materia. Pero, con todo, el problema de la fundamentación de los derechos humanos parece un problema inesquivable, entre otras cosas porque influye en la cuestión del concepto y también en el de la protección de los derechos. Bobbio y Ferrajoli son, por supuesto, conscientes de ello, pero parecen pensar —si yo he entendido bien sus planteamientos— que ése es, podríamos decir, un problema ya resuelto, de mane-

¹² N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. cast. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pág. 61; esa misma idea aparece repetida por Bobbio en otros trabajos suyos de fechas posteriores sobre los derechos humanos.

ra que en lo que habría que centrarse es en la elaboración de criterios jurídicos y políticos para lograr su protección en la práctica. Pero no me parece que esto sea del todo así.

Por un lado, aunque el núcleo de significación de los derechos humanos o fundamentales sea claro, no deja de haber una zona de penumbra de considerable importancia (en relación con los límites del derecho a la vida, con la discriminación inversa, con los derechos colectivos, con ciertos derechos sociales, etc.) y la solución para esos casos dudosos remite necesariamente a la justificación de los derechos y, por tanto, a un discurso de tipo moral. La combinación de relativismo axiológico, intuicionismo moral e historicismo que, me parece, puede rastrearse aquí y allá en los escritos de Ferrajoli no creo que sea la mejor opción en materia de teoría ética. Diría incluso que Ferrajoli incurre alguna vez en cierta confusión de niveles, pues parece dar un paso del discurso descriptivo y explicativo al justificativo cuando, discutiendo por ejemplo con Pazé, basa sus razones ético-políticas en “las lecciones de la historia”: “Es verdad, por lo demás, como escribe Pazé, que en el plano de la filosofía política prefiero habitualmente basar las razones ético-políticas de las diversas generaciones de derechos en las ‘lecciones de la historia, más que en la abstracta racionalidad’: sobre los ‘nunca más’ formula-

dos en cada circunstancia contra las opresiones y discriminaciones, denunciadas como intolerables en las luchas por medio de las cuales los derechos fueron reivindicados primero y más tarde conquistados”.¹³

Por otro lado, en la práctica jurídica a propósito de los derechos fundamentales, y de manera muy destacada en la jurisprudencia de los tribunales al interpretar los enunciados de derechos incluidos en nuestras constituciones, parecen jugar un papel de gran relevancia nociones como las de principios, ponderación o conflictos de derechos que, en la obra de Ferrajoli, están prácticamente ausentes. De nuevo, es posible que haya cierto desenfoque en las teorías que pivotan sobre estas últimas categorías: en muchísimos casos, la identificación de cuáles son los derechos fundamentales en juego es una cuestión clara que no necesita apelar a nociones necesariamente imprecisas como la de ponderación; la realización de los derechos fundamentales —ésta es una importante consecuencia de los planteamientos de Ferrajoli— es una tarea tanto de la jurisdicción cuanto (o incluso más) de la legislación (la solución de las lagunas y antinomias de las que antes se hablaba compete al legislador, no al juez). Pero, con todo,

¹³ L. Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión...*, cit., pág. 124.

parece difícil negar que la discusión acerca de los casos difíciles en materia de derechos fundamentales es un aspecto relevante de nuestras prácticas jurídicas y que la falta de instrumentos teóricos para abordar ese problema en el planteamiento de Ferrajoli está ligada a la defensa del positivismo jurídico, a la tesis de la separación estricta entre el derecho y la moral y a la concepción del derecho en términos exclusivamente autoritativos. Al final de un artículo reciente escrito con Juan Ruiz Manero que hemos titulado *Dejemos atrás el positivismo jurídico* concluíamos con una afirmación dirigida centralmente contra las teorías (positivistas) de Kelsen y de Raz pero que se aplica también a la obra de Ferrajoli:

Pues bien, lo que nos interesa subrayar es lo siguiente. El ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas (...) inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales. Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de las directivas del constituyente, más allá de lo que el constituyente ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas. Algo aná-

logo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan sólo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes.¹⁴

7.

Concluyo recordando que el propósito de las anteriores críticas no es el de discutir el fondo de la teoría de Ferrajoli —sobre los derechos fundamentales y sobre el derecho en general— que comparto ampliamente. La de Ferrajoli es una concepción *exigente* del derecho, que reconoce el carácter esencialmente ambivalente de los derechos contemporáneos y se esfuerza, por así decirlo, por hacer que el derecho cumpla sus promesas en relación con los derechos fundamentales; es decir, es una teoría orientada a potenciar el lado emancipador del derecho sin olvidar, por supuesto, que el derecho no siempre lo hace: una teoría, en definitiva, con pretensiones emancipadora y crítica con respecto a la práctica real. Lo que

¹⁴ M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones de la Universidad, Salamanca, 2006, pág. 778.

yo he pretendido, dicho con brevedad, es sugerir que la teoría sería mejor —más completa y más coherente— si también Ferrajoli se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico, lo que (conviene insistir en ello) no significa situar por delante al (o situarse al lado del) derecho natural. Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos. En mi opinión, esa teoría moral no tendría que construirse sobre bases absolutistas, pero sí tendría que ser una teoría objetivista de la moral, entre otras cosas porque ésa es la que resulta más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del derecho como un instrumento indispensable (puesto que no tenemos otro) para luchar por los valores de la igualdad y de la solidaridad.

CONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DEL DERECHO. RESPUESTA A MANUEL ATIENZA Y JOSÉ JUAN MORESO

Luigi Ferrajoli

1. Sobre el significado del “positivismo jurídico”

Agradezco profundamente las estimulantes intervenciones críticas de José Juan Moreso y Manuel Atienza y las palabras tan elogiosas que me han dirigido. Voy a estructurar esta respuesta en dos partes: la primera (apartados 1-3), de carácter meta-teórico y metodológico, sobre mi concepción del positivismo jurídico, de la teoría del derecho y de sus relaciones con la filosofía política; la segunda (apartados 4-6), de carácter específicamente teórico, relativa a mis tesis sobre los derechos fundamentales, sus relaciones con las garantías y la estructura de los ordenamientos constitucionales actuales.

Atienza, al referirse a la distinción clásica propuesta por Norberto Bobbio entre los tres significados posibles de “positivismo jurídi-

co” —como planteamiento metodológico, como teoría y como ideología—,¹ cuestiona mi profesión de iuspositivismo afirmando que mis tesis no son iuspositivistas bajo ninguno de estos tres significados. No lo serían según el primer significado, puesto que no considero que el jurista tenga que aproximarse sólo al “derecho que es” (es decir, al derecho como hecho) sino también al “derecho que debe ser” (es decir al derecho como valor). No lo serían en el segundo, puesto que no comparto la tesis bobbiana según la cual la teoría iuspositivista postula la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico, identificado a su vez con el ordenamiento estatal, y que consistiría esencialmente en la “teoría de la legislación como fuente preeminente del derecho”.² Menos aún lo serían según el tercer significado, puesto que no considero que el derecho positivo sea justo tan sólo por ser tal.

He de confesar que esta distinción de Bobbio nunca me ha convencido del todo. En ella,

¹ N. Bobbio, “Aspetti del positivismo giuridico”, cit. [“Positivismo jurídico”, cit.]; Id., *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra* (1960-1961), nueva edición, Giappichelli, Torino 1996, págs. 129-132 [trad. cast. de R. De Asís y A. Greppi, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993].

² N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., pág. 130 [El positivismo jurídico, cit.].

extrañamente, no se habla nunca de la constitución ni, por consiguiente, del deber ser jurídico o constitucional de la legislación. Según Bobbio, el derecho válido se identifica con el “derecho que es”; y éste, a su vez, se identifica, de forma unidimensional, con el derecho legislativo, entendido como derecho coherente y pleno. Se trata, a mi manera de ver, de una concepción del positivismo jurídico que refleja la estructura del estado legislativo de derecho, pero no la mucho más compleja del estado constitucional de derecho, que se caracteriza por tener varios niveles normativos, cada uno de los cuales guarda una relación de deber ser con los grados subordinados.

Dicho esto, puesto que debo tomar partido en relación con cada uno de estos tres significados del positivismo jurídico distinguidos por Bobbio, diré que obviamente no soy iuspositivista según el tercer significado, el del positivismo jurídico como ideología, como, por cierto, tampoco lo es Bobbio. En cambio, diré que sí lo soy según el primer significado, el del positivismo jurídico como aproximación al estudio del “derecho que es”, puesto que también la constitución es un hecho, es decir “derecho que es”, o derecho “positivo”, o “existente” o “vigente”, si bien entraña una relación de “deber ser” con la legislación ordinaria que, sin embargo, podría per-

fectamente no ser la que según la constitución debería ser.

En lo referente al segundo significado, no me identifico con la teoría paleo-iuspositivista del derecho descrita por Bobbio, que considero adecuada para dar cuenta de los ordenamientos dotados de un solo nivel legislativo, el de la ley ordinaria, pero no de aquellos dotados de constitución rígida. En éstos, la potencial incoherencia e inconclusión del derecho producido por fuentes legislativas ordinarias es estructural, ya que es una consecuencia lógica de la normatividad de la constitución para con la producción legislativa. Pero esto no quita que una teoría del derecho como la que yo planteo, basada en el enfoque expresado por el primer significado, sea una teoría del derecho positivo y, en este sentido, una teoría iuspositivista. De hecho, contrariamente a Bobbio, para quien el primer significado de positivismo jurídico no conlleva el segundo y éste no conlleva el tercero,³ considero que el tercer significado, además de no estar implicado por los dos primeros, es incluso incompatible con ellos; los cuales, a su vez, están relacionados en el sentido de que el primero implica al segundo.

³ N. Bobbio, "Aspetti...", cit., 2, págs.104-105; § 4, pág.109; § 5, págs. 111-112.

¿Cuáles son las implicaciones de estas tesis sobre mi concepción del constitucionalismo? ¿Y cuáles son las diferencias entre dicha concepción, estrictamente iuspositivista, y las post-iuspositivistas o tendencialmente iusnaturalistas de Alexy, de Dworkin y de Nino, a las que hace referencia Atienza, y que tendrían en común la tesis de que existe una cierta conexión entre derecho y moral? Una teoría de los derechos fundamentales y una teoría de la democracia constitucional —que yo mismo he interconectado considerando la primera como supuesto de la segunda, puesto que he configurado los derechos fundamentales y sus garantías como otras tantas dimensiones de la democracia constitucional—, ¿es compatible con la tesis iuspositivista que yo defiendo de la separación entre el derecho y la moral? Sea como fuere, se pregunta aún Atienza, ¿es aceptable o adecuadamente explicativa una definición puramente “formal” de los derechos fundamentales, sobre todo si se conciben, como he venido manteniendo, como límite y vínculos “sustanciales” de la democracia constitucional? Más aún: ¿es sostenible mi configuración de dichos derechos como “reglas” en lugar de “principios”, lo cual reduce el espacio de la ponderación (que de hecho es siempre mayor en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales) y vuelve a proponer, también para sus violaciones, el antiguo esquema de la subsunción? Por otra

parte, se pregunta a su vez Moreso, ¿se puede hablar realmente, a propósito de la distinción entre validez y vigencia de las leyes, con la que he identificado el carácter distintivo del estado constitucional de derecho, de “ruptura” en lugar de una simple agudización o desarrollo de la estructura jerárquica del ordenamiento, ya existente en el viejo estado legislativo de derecho? Finalmente, continúa Moreso, ¿es justificable mi propuesta de revisión de la teoría de las antinomias, que considera las antinomias jerárquicas “vicios” de las normas de rango inferior y “violaciones” de las normas de rango superior, y por tanto, como un fenómeno de naturaleza totalmente diferente a las otras dos clases de antinomias, las existentes entre normas anteriores y posteriores y entre normas generales y especiales?

Ya contesté a muchas de estas preguntas, todas ellas sustanciales, en el desarrollo de dos debates amplios, el primero acerca de los derechos fundamentales y el segundo, más general, sobre garantismo y teoría del derecho⁴. Sin embargo, les estoy agradecido a

⁴ Publicados respectivamente en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit. [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.] y *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., al que siguió mi contestación en el pequeño volumen

Atienza y a Moreso por haberme estimulado, con sus críticas, a aclarar y a argumentar mejor mis tesis sobre las cuestiones que plantean.

2. Punto de vista externo y punto de vista interno al derecho. El estatuto epistemológico de la teoría del derecho

De entrada, quiero decir que nunca he infravalorado ni menos aún ignorado el punto de vista de la moral y de la política y su importancia para cualquier teoría del derecho. Es más, considero que precisamente el planteamiento iuspositivista pone de relieve el carácter “positivo”, es decir artificial, del derecho moderno, y permite reconocerlo como un producto de las elecciones ético-políticas del legislador, tanto ordinario como constituyente, así como de aquellas realizadas por los jueces y todos los demás operadores jurídicos. La positividad del derecho, en este sentido, forma una entidad única con su politicidad, que la convierte en un terreno constante de compromiso cívico, de lucha social y de transformaciones institucionales, con frecuencia progresivas pero también, a veces, involutivas y regresivas. Por eso, el

Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia, trad. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006.

planteamiento iuspositivista implica no sólo la separación, que retomaré más adelante, entre el punto de vista (jurídico) interno y el punto de vista (ético-político) externo, sino también la primacía del segundo sobre el primero, que “pone” y modela el derecho.⁵ Considero que el positivismo jurídico que se impuso con el nacimiento del estado moderno ha vuelto a fundar no tan sólo el derecho, sino también la política, confiando explícitamente a esta última la producción y aún antes la invención del derecho, así como su defensa y su crítica, su proyección y su transformación, a través de leyes y constituciones, reformas y revoluciones, interpretaciones evolutivas o aplicaciones regresivas. Por otro lado, tampoco es cierto que en mi teoría de los derechos fundamentales, “el problema de la justificación moral esté prácticamente ausente”, tal y como escribe Atienza.⁶ De hecho, he dedicado a este problema la última y más extensa de mis intervenciones recogidas en el libro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, en la que identifiqué los “fundamentos” axiológicos o ético-políticos de estos dere-

⁵ No por casualidad titulé el último capítulo de *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit. [*Derecho y razón*, cit.], “El punto de vista externo”, manteniendo su primacía sobre el punto de vista interno (§§ 56.4, 59, 60 y 62).

⁶ M. Atienza, “Sobre Ferrajoli” (en este volumen), § 5 y § 6.2.

chos en los cuatro valores de igualdad, democracia, paz y protección de los más débiles.⁷ Por otra parte, la principal connotación que asocié a estos derechos es la de ser “leyes del más débil”, hasta el punto de citarla en el subtítulo de una colección de ensayos que les dediqué.⁸

El punto de discrepancia con Atienza no estriba por lo tanto en el mayor o menor “valor” ético-político que asociamos a los derechos fundamentales ni tampoco en el espacio mayor o menor que asignamos a la moral y a la política en nuestra concepción global del derecho. Reside más bien en que la justificación moral y la connotación en términos de valor de los derechos fundamentales y, más en general, del derecho, de las normas jurídicas y de la democracia, no pertenecen, a mi manera de ver, como piensan Atienza y otros críticos míos, a la teoría del derecho, sino a un discurso diferente y no menos importante, el de la filosofía política y moral: diferente en cuanto a su universo, a sus fundamentos, y a los criterios de formación y aceptación de sus conceptos y asertos. Preci-

⁷ *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., cap. III, págs. 287-381.

⁸ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999 (reed. 2004).

samente de esta discrepancia derivan nuestras diferentes maneras de concebir el estatuto epistemológico de la teoría del derecho, el carácter formal o sustancial de sus definiciones, la relación entre derecho y moral, el papel pragmático tanto de la filosofía política como de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho (una discrepancia, quisiera añadir, que atañe mucho más a la manera de presentar nuestras tesis que a su sustancia, sobre la que estoy básicamente en sintonía tanto con Atienza como con Moreso).

¿En qué consiste esta discrepancia epistemológica que ya puse de relieve varias veces en el desarrollo de nuestros debates?⁹ Consiste en que la teoría del derecho, a mi

⁹ *Los fundamentos...*, cit., cap. II, §§ 1 y 2, págs. 139-153 y cap. III, § 1, págs. 287-291; *Garantismo. Una discusión...*, cit., § 1.4, págs. 18-21 y todo el cap. III, págs. 39-61. Sobre la distinción entre el lenguaje teórico de la teoría del derecho y el lenguaje empírico-observativo de las disciplinas jurídicas positivas, remito también a mis trabajos “La semantica della teoria del diritto”, en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, págs. 81-130; “La formazione e l’uso dei concetti nella scienza giuridica e nell’applicazione della legge”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, 2, págs. 401-422; “La pragmatica della teoria del diritto”, en *Analisi e diritto*, 2002-2003. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, ed. por P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Turín 2004, págs. 351-375, todos ellos traducidos y recogidos

manera de ver, es una teoría “formal” en el sentido de que sus definiciones —la de “derechos fundamentales” no menos que las de “norma”, “ilícito”, “obligación”, “validez” o similares— nos dicen qué son y no cuáles son o cuáles es justo que sean los derechos establecidos como fundamentales así como las normas jurídicas, los ilícitos, las obligaciones o las condiciones de validez de los actos normativos. No creo que haya que pedirle a la teoría del derecho que justifique estos derechos ni que nos diga cuáles es justo que se establezcan como fundamentales. Tampoco pienso (y supongo que ni siquiera mis críticos lo piensan) que le corresponda a la teoría del derecho decirnos cuáles sean o deban ser las normas jurídicas, cuáles sean o deban ser sus fuentes o sus formas de producción o cuáles sean las obligaciones o los ilícitos previstos o que haya que prever en los ordenamientos positivos. La teoría del derecho sólo tiene que establecer las reglas de utilización de estos conceptos y de los términos que los designan —de “derechos fundamentales”, así como de todos los demás conceptos y términos teóricos. Estas reglas son los rasgos necesarios y suficientes para que puedan atribuirse a un argumento determinado, así como las relaciones sintácticas con los

en la primera parte del volumen *Epistemología y garantismo*, Fontamara, México, 2004.

demás términos del discurso teórico. Por el contrario, los conceptos dogmáticos reproducen los usos lingüísticos del legislador siendo por lo tanto proposiciones jurídicas que reformulan normas o que aclaran su sentido.

Atienza ha criticado esta distinción tachándola de “discutible” y “artificial”, y sostiene que la naturaleza teórica o dogmática de un concepto jurídico depende de su grado de abstracción; que muchos conceptos jurídicos se hallan en “una zona intermedia, de penumbra”, lo cual hace que su catalogación como dogmáticos o como teóricos sea dudosa e incierta; que, finalmente, muchos discursos teóricos, incluido el mío, utilizan ambos tipos de conceptos y por lo tanto son, es más, “deben ser discursos mixtos”. Luego añade que la utilidad de esta distinción consiste, más que nada, en que yo me sirvo de ella para resguardar mis tesis teóricas de las críticas. Para ello me valdría de una estrategia argumentativa basada en lo que Perelman ha denominado “técnica de disociación”, que consistiría en atribuir a dichas tesis teóricas un carácter meramente formal y su pertenencia a un discurso, el de la teoría del derecho, diferente a los discursos de la ciencia jurídica positiva, de la sociología, de la historia y de la filosofía política y moral.¹⁰

¹⁰ M. Atienza, en este volumen, § 6.1.

Por consiguiente, procuraré aclarar una vez más el fundamento de estas distinciones. Empecemos por la distinción entre conceptos teóricos y conceptos dogmáticos. No se trata, obviamente, de un fundamento ontológico, relacionado con su distinto referente empírico sino de un fundamento metodológico, relacionado con los distintos métodos de formación de los dos tipos de conceptos. Los conceptos dogmáticos —como “mutuo”, “comodato”, “contrato”, “empresario mercantil”, “hurto”, “apropiación indebida”, “insolvencia fraudulenta”, “estafa” y similares— requieren definiciones léxicas, basadas en el lenguaje legal, al igual que las palabras de un diccionario están ancladas en los usos lingüísticos corrientes. A veces, como en los ejemplos anteriores, los mismos se definen incluso por definiciones legales. Sea como fuere, su significado es una norma jurídica vinculante para el jurista. Por esta razón, alejándome quizás de los usos corrientes (sobre todo en el caso de expresiones como “alta dogmática”), he utilizado el término “dogmática”: puesto que los usos lingüísticos del legislador tienen precisamente, para el intérprete, el valor de “dogmas”. El método de formación de estos conceptos es, de hecho, el análisis (o la interpretación) del lenguaje legal, que es la herramienta específica de observación empírica del jurista debido al carácter lingüístico objeto de investigación.

Totalmente distinto es el método de construcción de los conceptos jurídico-teóricos. Conceptos como “obligación”, “prohibición”, “derecho subjetivo”, “persona”, “capacidad de obrar”, “norma”, “ordenamiento”, “validez”, “vigencia” y similares requieren definiciones no ya léxicas sino estipulativas. De hecho, no tendría sentido buscar su significado en códigos y leyes. Sus definiciones son convenciones lingüísticas, ni verdaderas ni falsas, sino dotadas de mayor o menor alcance empírico y capacidad explicativa. Tanto es así que en la literatura se han brindado las definiciones más diversas, y a veces incompatibles entre sí, de estos conceptos. Piénsese tan sólo en los conceptos de “norma” o de “derecho subjetivo” o de “validez”. De ahí su radical diferencia con los conceptos dogmáticos. Si durante un examen de derecho penal un estudiante italiano, al ser preguntado sobre “qué es el hurto”, respondiera con la definición de “apropiación indebida”, omitiendo indicar el elemento constitutivo de la “sustracción de un bien mueble ajeno”, diríamos que su respuesta es falsa y, para documentarlo, le obligaríamos a leer los arts. 625 y 646 del Código Penal que definen el hurto y la apropiación indebida. Ninguno de nosotros, ni siquiera aquellos que no comparten la definición de Kelsen de “validez” como “existencia” de la norma, diría que dicha definición es “falsa”. Diría, en cambio, que es inadecuada, ya que

no permite explicar la existencia de normas vigentes pero inválidas. Como he intentado demostrar, es precisamente el carácter estipulativo del lenguaje y del discurso teórico lo que permite su formalización y axiomatización a partir de reglas de formación y transformación establecidas con carácter previo.

Naturalmente, puede ocurrir, y con frecuencia ocurre, que un mismo concepto se utilice tanto en el ámbito dogmático como en el teórico. Pero, en realidad se tratará de dos usos diferentes, si bien unidos por el hecho de que el uso dogmático actúa como prueba del alcance empírico y de la capacidad explicativa de la definición teórica, es decir, como “interpretación semántica” o “empírica” de la estructura sintáctica o formal de la teoría. Tómense, por ejemplo, los conceptos de “validez” y de “invalidéz”. Según el Código Civil italiano, un contrato es inválido y anulable si una de las partes carece de la capacidad de obrar (art. 1426), o si su consentimiento se otorgó por error, o si el mismo fue arrancado con violencia o sonsacado con dolo (art. 1427 y sigs.). A su vez, una sentencia penal, es inválida y anulable, según el Código Penal, si la misma la dicta un juez incompetente, o sin la iniciativa del fiscal, o sin emplazar al acusado, o sin la intervención del defensor (arts. 178 y 179), o si contiene disposiciones

que exceden de los poderes del juez (art. 620). En todos estos casos, la definición dogmática de “validez” e “invalidéz” requiere un análisis, para cada clase de acto, de las distintas y múltiples condiciones requeridas por la ley para que se dé una u otra. Por el contrario, la definición teórica de “validez” y de “invalidéz” de un “acto normativo” (sea un negocio privado, una providencia administrativa, una ley o una sentencia) se limita a afirmar que dichas figuras de calificación del acto se corresponden, respectivamente, con la conformidad o no de sus formas con las establecidas por las normas sobre su producción, así como con la coherencia e incoherencia de sus contenidos o significados normativos con aquéllos expresados por las normas de grado superior. Sin embargo, no nos dice ni cuáles son las formas preestablecidas ni cuáles son los significados excluidos por las normas sobre la producción del acto, ni mucho menos cuáles son los múltiples tipos de actos jurídicos que pueden reputarse “válidos” o “inválidos”.

Lo mismo puede decirse de la “capacidad de obrar”. Su definición teórica se limita a afirmar que ésta consiste en la aptitud de un sujeto para realizar determinados actos jurídicos. No nos dice, empero, lo que sí nos dice su definición dogmática, esto es, que la capacidad de obrar, salvo derogaciones variables

de un ordenamiento a otro, se otorga a cualquier ser humano que haya alcanzado la mayoría de edad, establecida, por ejemplo, en Italia, a los 18 años (art. 12 del Código Civil). Precisamente ahí radica el carácter formal de las definiciones teóricas, incluida la de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la que yo propuse nos dice que son tales los derechos subjetivos otorgados a todos en cuanto personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar; sin decirnos cuáles son estos derechos —las libertades, el derecho al voto, el derecho a la salud o a la educación— como en cambio sí hace la ciencia jurídica positiva de los distintos ordenamientos. También es evidente que la bondad (que no la “verdad”) de una noción teórica depende en gran medida de su capacidad para dar cuenta de sus usos dogmáticos, es decir, de su capacidad para ser interpretada empíricamente sobre la base de dichos usos.

Igual de clara es la diferencia de estatuto entre los conceptos de teoría del derecho y los de filosofía política normativa, que es de tipo metodológico y no ontológico. Si bien, por lo general, comparten ampliamente su referencia empírica, sus métodos de formación son diferentes. Mientras que las definiciones de los conceptos de la teoría son “formales” en el sentido que acabamos de describir, las de los conceptos filosófico-políticos, aunque designadas con los mismos términos, por lo

general envuelven connotaciones de tipo axiológico o valorativas. Piénsese, por ejemplo, en los conceptos de libertad negativa y de libertad positiva, de igualdad y de dignidad de la persona, de nacionalidad y de ciudadanía, de representación política y de separación de poderes. También en este caso la relación entre la teoría formal del derecho y la filosofía política de la justicia viene dada por la idoneidad de la primera para ser interpretada por la segunda y para satisfacer sus instancias normativas.

Tómese, por ejemplo, el concepto de “ciudadanía”. La teoría del derecho se limita a afirmar que consiste en el estatus jurídico de ciudadano y que es diferente al estatus más genérico de persona. Pero no nos dice nada ni sobre los supuestos de la ciudadanía, ni sobre sus modos de adquisición, ni sobre qué derechos y deberes comporta (salvo que se trata, tautológicamente, de derechos y deberes de “ciudadanía” diferentes, sean cuales fueren, a los de la “personalidad”). La filosofía política, por el contrario, la vinculará, según su carácter regresivo o progresivo (o, si se prefiere, nacionalista o universalista) con la nacionalidad o con la simple residencia, tomando, en este último supuesto, el simple estatus de persona como base para el reconocimiento de clases más o menos amplias de derechos fundamentales.

O tómesese el concepto de “separación de poderes”. La teoría del derecho se limita a identificarla con una norma de competencia sobre el reparto de los poderes públicos que excluye que en el ejercicio de una función determinada participen sujetos a los que se les hayan asignado otras funciones o que estos interfieran en la designación o revocación de sus titulares. Pero no nos dice cuáles han de ser los poderes o funciones que deberían separarse. Sí nos lo dicen, por el contrario, la filosofía política de Locke o la de Montesquieu: la primera respalda la separación entre el poder legislativo y el ejecutivo mientras que la segunda respalda la separación entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial.

Lo mismo puede decirse de los derechos fundamentales. Su definición formal identifica su estructura en su carácter universal e indisponible; pero no nos dice cuáles son sino sólo qué son. Está claro que dicha definición no sólo no excluye las definiciones filosófico-políticas formuladas y justificadas inevitablemente en términos de valor, sino que será tanto más adecuada y aceptable cuanto más idónea sea para que la filosofía política y la dogmática jurídica la interpreten semánticamente. Como recordé antes, yo mismo he sustentado la noción ético-política de “derechos fundamentales” en los valores de igualdad, paz, democracia y protección de los más

débiles. Sin embargo, tan sólo a través del establecimiento de una definición teórica rigurosa de esta noción podremos saber, de forma inequívoca, de qué estamos hablando, tanto si se utiliza en los discursos filosófico-políticos como en los jurídico-dogmáticos.

Invirtiendo la crítica que se me dirigió, diría que la idea según la cual los derechos fundamentales sólo admiten una definición sustancial de tipo axiológico o valorativo —seguramente competencia de la filosofía política y, con independencia del ámbito en que se formule, una definición en todo caso de carácter filosófico-político— equivale a la exclusión de dicho concepto del universo del discurso de la teoría del derecho, en tanto que concepto no jurídico sino filosófico-político; y, por tanto, comporta una abdicación de la teoría de su papel cognitivo específico en relación con un tema jurídico trascendental.

Lo mismo puede repetirse para el concepto de “democracia constitucional” sobre el que Atienza se pregunta si no es contradictorio postular su dimensión “sustancial” dentro de una teoría cuyos conceptos son, por el contrario, “formales”.¹¹ Mi connotación “sustancial” (además de “formal”) de la “democracia

¹¹ M. Atienza, en este volumen, § 6.1.

constitucional” atañe de hecho a los límites y vínculos constitucionales impuestos (además de a las “formas”) también a la “sustancia”, es decir a los contenidos o significados de las leyes y de las decisiones políticas supremas. Y no atañe, en cambio, a la definición teórico-jurídica del concepto de democracia, que es también “formal”, puesto que no nos dice cuáles son estos límites y estos vínculos establecidos concretamente por las distintas constituciones sino sólo que la constitución es vinculante o normativa también respecto de la sustancia de las normas legales. “Sustancial” y “formal”, más allá de la homonimia inevitable, son términos que pertenecen, en el primer caso, al lenguaje teórico, y en el segundo, al lenguaje meta-teórico.¹² Precisamente, la dimensión pragmática de la teoría del derecho y la fecundidad de su relación con la filosofía política, con la ciencia jurídica y con la sociología del derecho se basa en esta distinción entre el nivel formal de la teoría del derecho y el nivel sustancial de sus interpretaciones empíricas.

¹² Véase, sobre esta cuestión, la nota 4 del segundo de los ensayos que se publican aquí, “Democracia constitucional y derechos fundamentales”.

3. La separación entre derecho y moral. Tres divergencias deónticas

Llego así a la relación entre derecho y moral y entre teoría del derecho y filosofía política. Ya me referí a la primacía política del punto de vista externo de la justicia en relación con el punto de vista interno del derecho; el cual, precisamente por ser “puesto” o “positivo”, es el producto de la política y de las elecciones ético-políticas de sus operadores. Esto naturalmente es aplicable a la legislación, acordada por las asambleas legislativas sobre la base de los valores, de los intereses y de la voluntad de las mayorías; es aplicable a las constituciones, establecidas por los constituyentes en el momento de fundar o refundar los ordenamientos; pero es aplicable también a la jurisdicción, que, si bien está sometida a la ley, implica unos espacios de discrecionalidad interpretativa que no se pueden suprimir y que inevitablemente deben colmarse con las elecciones y juicios de valor del intérprete.

Todo esto es obvio y puede darse por descontado. Recuerdo que en los años sesenta y setenta, la mayor batalla que libramos dentro del poder judicial italiano estuvo precisamente dirigida contra la ideología del juez “como boca de la ley”, que ocultaba las inevitables elecciones ético-políticas realiza-

das por el intérprete tras la pantalla de la aplicación mecánica de la ley. Unas elecciones que eran tanto más conformistas y conservadoras cuanto más se negaban o cuanto menos consciente se era de ellas. Está claro que si la “conexión” entre el derecho y la moral afirmada por Alexy y Atienza se redujera sólo a esto no pasaría de ser una incontestable trivialidad. Sin embargo, ellos la presentan como una “conexión conceptual”. La justicia o, al menos, una cierta “pretensión de justicia” o un cierto mínimo ético, serían rasgos del derecho y de los conceptos jurídicos, condiciones necesarias de la juridicidad de los fenómenos investigados y, por lo tanto, elementos estructurales internos y no puntos de vista externos a la fenomenología del derecho. Yo creo, en cambio, que la exterioridad conceptual del punto de vista de la justicia en relación al punto de vista del derecho representa el presupuesto de la principal conquista de la modernidad: la certeza del derecho como presupuesto de igualdad y libertad, la laicidad de las instituciones públicas y, por otro lado, el papel crítico, proyectivo y reformador de la política respecto del derecho positivo. Gracias a esta exterioridad, que ha ido realizándose a través de la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo vigente, el punto de vista ético-político se ha disociado y separado del punto de vista jurídico. Así es

al menos para quienes rechazan tanto el antiguo iusnaturalismo que identifica (y confunde) validez con justicia, como el legalismo ético —incluso en la variante del constitucionalismo ético— consistente, por el contrario, en la opuesta identificación (y confusión) entre justicia y validez.

Ésta es la *primera divergencia deóntica* que comporta el positivismo jurídico, la que existe entre justicia y validez. En el derecho premoderno, en defecto de un sistema positivo y formalizado de fuentes, los criterios de identificación del derecho válido y vigente eran ante todo sustanciales y racionales. En el derecho moderno, tal como se fue configurando con el primer positivismo jurídico, los criterios de identificación del derecho vigente y válido pasaron a consistir en cambio en meta-normas jurídicas de reconocimiento de tipo puramente *formal*. Todas y sólo aquellas normas producidas en las formas establecidas por estas meta-normas, están vigentes y son válidas, es decir pertenecen a un ordenamiento determinado, con independencia de su contenido, sea éste justo o injusto. A raíz de este cambio de paradigma, por su parte, la dimensión sustancial de la justicia, se distingue e independiza de la validez jurídica.

Lo que diferencia mi posición de la mantenida por los iuspositivistas de tipo tradicional

(empezando por Kelsen y siguiendo por toda su escolástica) es la novedad estructural que ellos ignoran o en todo caso valoran poco, introducida en el viejo paradigma iuspositivista por las constituciones rígidas de las democracias actuales. Esta novedad —cuya infravaloración, planteada otra vez por Moreso, retomaré en el apartado cinco dedicado a sus implicaciones teóricas— consiste en una *segunda divergencia deóntica*: la que existe entre validez y vigencia. Esta divergencia es generada por la positivación del deber ser constitucional de las normas mismas a través de la estipulación de derechos fundamentales u otros principios de rango constitucional que actúan como normas *sustanciales* de reconocimiento de la validez de las normas vigentes. En virtud de esta novedad, a la primera divergencia entre el deber ser ético-político y el ser jurídico del derecho positivo (es decir entre justicia y validez), se añade una segunda divergencia entre deber ser y ser, ahora ambos jurídicos (es decir entre validez y vigencia) que atraviesa la estructura interna del derecho mismo. Este deber ser constitucional de las normas es obviamente de tipo sustancial, y atañe a lo que el legislador no debe (o debe) establecer so pena de invalidez. Se trata, sin embargo, de un deber ser no simplemente ético-político sino jurídico, no de derecho natural sino de derecho positivo, no externo sino interno al ordenamiento.

De ello se ha derivado, ante todo y como ya he escrito muchas veces, un fortalecimiento del paradigma iuspositivista, que se ha extendido del ser al deber ser del propio derecho y un paralelo perfeccionamiento del estado de derecho, es decir, de la sujeción de los poderes al principio de legalidad, que se ha extendido a su vez desde la jurisdicción y la administración hasta la propia legislación. En segundo lugar, se ha producido un cambio de paradigma de la política que deja de estar libre de límites y vínculos para quedar supeditada al derecho y, de manera más precisa, al pacto constitucional. La *primacía política* de la política sobre el derecho derivada del hecho de que la primera produce positivamente al segundo, se corresponde así con una *primacía jurídica* del derecho sobre la política, derivada de los límites y vínculos que aquél le impone a ésta. En tercer lugar, se ha producido un cambio epistemológico en el papel de la teoría y de la ciencia jurídica, que he colocado en la base de lo que denomino “iuspositivismo crítico”, en oposición al “iuspositivismo dogmático” de naturaleza preconstitucional.¹³ La positivación constitucional del deber ser del derecho confiere a la ciencia jurídica una dimensión pragmática desconocida en el viejo positivismo jurídico. Ésta se expresa, par-

¹³ En *Diritto e ragione* cit., § 58, págs. 909-922 [*Derecho y razón*, cit.].

tiendo del propio derecho positivo, en la crítica del “derecho que jurídicamente es” y en la proyección del “derecho que jurídicamente debe ser”.

De esta manera, el constitucionalismo abre el camino a una refundación de la teoría jurídica y política de la democracia. La teoría del derecho propia de los ordenamientos constitucionales actuales constituye de hecho la premisa necesaria de la teoría de la democracia: formula sus fundamentos teóricos, redefine sus conceptos y, con ellos, su lenguaje, y elabora sus modelos institucionales y sus técnicas de garantía. Estos modelos y técnicas representan, a su vez, la traducción jurídica de modelos normativos elaborados por la filosofía política de la justicia, los cuales, históricamente, han informado y guiado de diversas formas la construcción jurídica y la construcción institucional.

Sobre este nexo entre ciencia jurídica y filosofía política, que, sin embargo, supone su distinción y no su confusión metateórica y conceptual, no albergo duda ninguna. En la parte cuarta de *Principia Juris* he desarrollado una teoría de la democracia basada en el aparato conceptual construido en las tres primeras, dedicadas a la teoría del derecho. Se trata, precisamente, de una teoría normativa, diferente de la teoría formal del derecho pero

relacionada con ésta en tanto interpretación semántica y banco de prueba de su dimensión pragmática. Asimismo, he configurado el garantismo como la otra cara del constitucionalismo, es decir, como el capítulo de la teoría del derecho dedicado a las técnicas de garantía idóneas para colmar la *tercera divergencia deóntica*: la que existe en cualquier experiencia jurídica entre derecho y realidad, esto es, entre normatividad y efectividad. Precisamente, la distinción y la autonomía del punto de vista político externo en relación con el punto de vista jurídico interno, y de éste con el punto de vista sociológico externo, al permitir a la teoría del derecho tratar las tres divergencias deónticas que caracterizan la fenomenología jurídica —entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad— la convierte en el terreno en el que pueden reestablecerse las relaciones que la orientación técnico-jurídica fomentada por el paleo-iuspositivismo había interrumpido, entre filosofía política de la justicia, ciencia jurídica y sociología del derecho. Unas relaciones en las que la filosofía de la justicia es normativa en relación al universo de la ciencia jurídica, que a su vez es normativo respecto del universo de la sociología del derecho.

En concreto, sobre el nexo de “deber ser” (externo) que la filosofía política establece

con el derecho y, por lo tanto, con la teoría y con la ciencia jurídica estoy totalmente de acuerdo con José Juan Moreso. El modelo normativo del estado moderno —el principio de legalidad, la separación de poderes, la representación política, los principios de igualdad y los derechos de libertad— se apoya en la gran filosofía política de la tradición iusnaturalista e ilustrada, cuyas máximas figuras, de Hobbes y Locke a Montesquieu, Beccaria y Kant, son, por decirlo de alguna manera, sus padres constituyentes. De ello se deriva que la cultura jurídica no puede ignorar esta tradición. “Para comprender el derecho como es —escribe justamente Moreso— tenemos que comprender el derecho como debe ser según la filosofía política ilustrada”. Y, en general, “para comprender exactamente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales, tenemos que conocer aquello a lo que dichos ordenamientos aspiran”, es decir, sus modelos políticos tal como los elabora la filosofía política.

4. Los derechos fundamentales tomados en serio. Derechos y garantías

Las críticas de Atienza y Moreso tienen el mérito de haber puesto de relieve un profundo nexo entre las cuestiones meta-teóricas de las que se ha hablado hasta ahora —la naturaleza de las definiciones de los conceptos teóricos,

incluida la de “derechos fundamentales”, la relación entre positivismo jurídico y constitucionalismo, la novedad de la divergencia deóntica que éste introduce en el derecho positivo— y las cuestiones teóricas que plantean. Ante todo, la cuestión de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales en la práctica jurídica, tanto legislativa como judicial, y del papel que tienen en ella la ponderación y la subsunción; y, en segundo lugar, el alcance de las alteraciones que las constituciones rígidas han producido en la jerarquía de las fuentes y en la estructura de los ordenamientos jurídicos.

La primera de estas dos cuestiones ha sido planteada por Atienza. Retomando una vieja crítica que él y Ruiz Manero me dirigieron ya, Atienza afirma que mi tesis según la cual la estipulación normativa de un derecho, sin la estipulación del correspondiente deber, genera una laguna (precisamente, de dicho deber), supone la pretensión de que “las autoridades normativas utilicen siempre el término ‘derecho’ subjetivo con el significado” que yo les atribuyo. Una pretensión “desatinada” puesto que, como yo mismo he afirmado, “clases enteras de derechos, gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos internacionalmente establecidos”, carecen de las garantías que según mi definición les corresponden.¹⁴ Este defecto, esta falta de

garantías —concluyen Atienza y Ruiz Manero— demostraría que “las autoridades normativas no utilizan siempre el lenguaje de los derechos en el sentido de mi definición”. Lo cual no quiere decir que cuando éstas proclaman el derecho al trabajo, al medioambiente o a la alimentación sin establecer las garantías primarias que, según (mi) definición, les corresponderían, consagran simples *flatus vocis*. Quiere decir, más bien, que “en dichos casos las autoridades normativas utilizan (quizás de forma impropia) el lenguaje de los derechos para expresar objetivos colectivos recomendados a los poderes públicos”. Quiere decir, también, que los derechos fundamentales no son reglas sino principios, cuya violación (por ejemplo, la previsión de delitos de opinión en contradicción con el principio constitucional de la libertad de expresión) no genera antinomias sino que indica, simplemente, una ponderación más o menos correcta entre principios diferentes. Quiere decir, finalmente, que “determinados derechos sociales como el derecho al trabajo” son no ya normas vinculantes creadoras de obligaciones, sino “directivas o normas programáticas” a las que les corresponde el deber no “de instituir las garantías primarias y secundarias corres-

¹⁴ M. Atienza, en este volumen, § 6.1. El fragmento al que se hace referencia se halla en *Los fundamentos...*, cit., cap. II, § 6, pág. 183.

pondientes” sino más sencillamente de “fomentar políticas”, también legislativas, encaminadas a favorecer el pleno empleo.¹⁵

Agradezco a Atienza y a Ruiz Manero haber hecho explícito, de manera tan clara, el nudo de nuestra discrepancia. En su crítica, de hecho, hallo la mejor confirmación de mi recelo frente a la concepción de las normas constitucionales y, en concreto, de aquellas que establecen derechos fundamentales, como principios (ponderables) antes que como reglas (aplicables en caso de violación) así como de la tesis anti o pos-positivista de la conexión entre derecho y moral. Al afirmar que clases enteras de derechos fundamentales, como muchos derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos internacionalmente, “se convertirían en *flatus vocis* si no estuvieran acompañados de las garantías correspondientes” he formulado un argumento *a contrario* contra la tesis del nexo *ontológico* entre derechos y deberes, que no defiendo yo sino Kelsen, y que ha sido retomada, por ejemplo, por Danilo Zolo y Riccardo Guastini.¹⁶ Según ellos, en razón de

¹⁵ M. Atienza, en este volumen, § 6.1.

¹⁶ Kelsen, como es sabido, identifica el derecho subjetivo no sólo con el deber que le corresponde (ese deber que yo he denominado “garantía primaria”), sino también con la posibilidad de poner en marcha la sanción

este nexo, al existir un derecho existe siempre, también, la obligación correspondiente. Por consiguiente, si esta obligación no existe, no existiría siquiera el derecho subjetivo

prevista en caso de su violación (esa sanción que yo he denominado “garantía secundaria”). “No hay derecho para nadie” afirma, “que no suponga un deber jurídico para otra persona” (*General Theory of Law and State* (1945), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., parte I, VI, A, pág. 76) [*Teoría general del derecho y del estado*, cit.]; el derecho subjetivo “no es otra cosa que la parte correlativa de un deber” (ibid., C, letra a, pág. 77); “el derecho subjetivo no es, en suma, sino el derecho objetivo” (ibid., C, letra c, pág. 81). Y no sólo eso. “El derecho subjetivo”, añade Kelsen, no consiste “en el interés presunto sino en la protección jurídica” (ibid.); “tener un derecho significa tener la capacidad jurídica para participar en la creación de una norma individual, aquella en virtud de la cual se dictamina una sanción contra una persona que -según el veredicto del tribunal- ha cometido un acto ilícito, ha violado su deber” (ibid., F, págs. 87-88). Las mismas tesis se retoman en H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it., cit., IV, § 29, letra a, pág. 150 [*Teoría pura del derecho*, cit.]: “Esta situación, definida como ‘derecho’ o ‘pretensión’ de una persona, es simplemente la obligación del otro o de los otros. Si en este caso se habla de un derecho subjetivo o de la pretensión de una persona, como si este derecho y esta pretensión fuesen distintos a la obligación del otro o de los otros, se crea el espejismo de dos situaciones jurídicamente relevantes cuando la situación es una sola”; “la esencia del derecho subjetivo, que es más que el simple reflejo de un deber jurídico, consiste en que una norma jurídica atribuya a una persona el poder jurídico de impugnar el incumplimiento de un deber jurídico mediante una acción judicial” (ibid., letra d, pág. 159).

normativamente establecido, y la obligación sería sencillamente un “reflejo” del mismo.¹⁷

Precisamente, he mantenido, como alternativa a esta tesis, que los derechos funda-

¹⁷ “Si por ‘derecho’ se define la relación entre una persona (ante la cual otra persona está obligada a adoptar cierta conducta) con esta última persona, el derecho en cuestión es solamente un reflejo de este deber” (Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., IV, § 29, a, pág. 150) [*Teoría pura del derecho*, cit.]. Es difícil no advertir en esta tesis el eco de la concepción de Gerber de los derechos fundamentales como “derechos reflejos”, aunque más bien del “poder estatal” que del deber correspondiente (véase K. F. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865), trad. it. de P. L. Lucchini, “Lineamenti di diritto pubblico tedesco”, en Id. *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1971, págs. 107 y 130-133). Se trata de una tesis muy difundida, hoy planteada de forma más consecuente que en el normativista Kelsen, por parte de un “realismo” que disuelve el “deber ser” del derecho en su “ser” efectivo: “En esta perspectiva” —escribe, por ejemplo, Danilo Zolo— como en general en la perspectiva del realismo jurídico, desde Roscoe Pound hasta Karl Olivecrona y Alf Ross, un derecho formalmente reconocido pero no justiciable —es decir que no se aplica o no es aplicable por parte de los órganos judiciales a través de procedimientos establecidos— es, *tout court*, un derecho inexistente”, a pesar de que haya sido reconocido normativamente (D. Zolo, “La strategia della cittadinanza”, en Id., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994, pág. 33). De modo similar, Riccardo Guastini habla en estos casos de “derechos ficticios” o de “derechos de papel” (“Diritti”, en *Analisi e diritto*, 1994. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1994, págs. 168 y 170) [trad. cast. de J. Ferrer, “Derechos”, en R. Guastini, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 179-192].

mentales, al consistir en normas y no en asertos, tienen una relación deontológica y no ontológica, normativa y no asertiva, con los deberes correlativos. Dicho de otra forma, la implicación de los deberes por parte de los derechos se refiere a su deber ser, antes que a su ser. Por consiguiente, en caso de que dichos deberes o garantías no sean introducidos por una adecuada legislación de desarrollo, no se produciría una negación o frustración de los derechos constitucionalmente establecidos (lo cual, por otra parte, supondría una inversión de la jerarquía de las fuentes, que permitiría a la legislación ordinaria derogar o, aún peor, frustrar el sentido normativo de la constitución) sino, más bien, su violación o su incumplimiento. Algo que se podría calificar, según los casos, como una antinomia indebida o como una laguna indebida. La crítica de Atienza y Ruiz Manero sobre la pretensión de dictar leyes al derecho positivo a través de definiciones, debería dirigirse, por tanto, a la tesis de Kelsen y de Guastini sobre el nexó óntico antes que deóntico entre derechos y garantías. Ésta es, de hecho, exactamente la misma crítica que yo formulé cuando sostuve que una tesis como ésta, al negar la “existencia” de derechos establecidos por la autoridad normativa, en razón de la ausencia de los deberes y sanciones correspondientes, equivale a atribuir funciones legislativas a la teoría, en contradicción con la

profesada adhesión al positivismo jurídico que manifiestan quienes la sostienen.¹⁸

Estas mismas críticas —la discordancia con el uso de la palabra “derechos” por parte de las autoridades normativas, el uso de la teoría en función legislativa, la inversión de la relación jerárquica entre constitución y legislación— pueden, sin embargo, dirigirse también a Atienza y Ruiz Manero. Éstos, si bien no llegan a negar la existencia de derechos establecidos constitucionalmente o a descalificarlos como simples *flatus vocis*, los reducen a la categoría de “objetivos colectivos” de “normas programáticas”¹⁹ y, en última instancia, de “principios” que admiten ser ponderados antes que aplicados en caso de violación. No tengo reparos en admitir el espacio inevitable que la ponderación tiene en el razonamiento de los jueces dentro del marco fisiológico de su discrecionalidad interpretativa.²⁰ Sin embargo, no consigo detectar ninguna diferencia entre el juicio de subsunción de un acto ilícito, por ejemplo, un delito de maltratos o de injuria, en las normas penales que vulnera, y el juicio de subsunción

¹⁸ *Los fundamentos...*, cit., cap. II, § 6, pág. 183; *Garantismo. Una discusión...*, cit., § 3.5, pág. 55.

¹⁹ M. Atienza, en este volumen, § 6.1.

²⁰ Sobre esta cuestión, remito a *Garantismo. Una discusión...*, cit., § 4.1, págs. 63-69 y § 5.3, págs. 91-93.

de una ley inválida, por ejemplo porque discrimina a las mujeres a la hora de acceder a un trabajo público o porque introduce la censura, en las normas constitucionales sobre igualdad o sobre libertad de prensa respecto de las cuales también es una violación. En muchos casos, puede ocurrir que el juicio de invalidez sea incierto a causa de la vaguedad y de la pluralidad de normas constitucionales que pueden entrar en conflicto. Del mismo modo, puede pasar que el juicio de ilicitud sea incierto en razón de la vaguedad (¿qué son, por ejemplo, los “maltratos familiares” que, sin mayor precisión, sanciona el art. 572 del Código Penal italiano? ¿Cuáles son los epítetos que ofenden “el honor o el decoro de una persona” según reza el art. 594 del mismo Código en materia de delito de injurias?) o de la pluralidad de normas legales en conflicto (por ejemplo, las normas penales que prevén unos delitos y las que prevén sus eximentes). Sin embargo, esto forma parte de la fenomenología de cualquier jurisdicción. También se puede admitir que los casos de incertidumbre interpretativa son más frecuentes en la jurisdicción constitucional. Este aspecto cuantitativo, empero, no modifica la idéntica naturaleza y la calidad de los distintos tipos de juicio. Sostener, por el contrario, que los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados son siempre principios que no se aplican, sino que se sopesan y ponderan,

significa debilitar de manera considerable la normatividad constitucional.

Esta discusión pone de relieve el carácter insidioso de la tesis de la conexión entre derecho y moral que mantienen las lecturas no iuspositivistas, o anti o post-iuspositivistas del constitucionalismo. Estas doctrinas reducen la normatividad de los derechos fundamentales, aunque tengan rango constitucional, a genérica normatividad ético-política, como si las normas que establecen dichos derechos fueran, antes que normas de derecho positivo de rango jerárquico superior a cualquier otra, simples principios ético-políticos externos al propio derecho. Se trataría, como escriben Atienza y Ruiz Manero,²¹ de simples

²¹ Es oportuno recordar que una de las principales batallas libradas en Italia en los años sesenta por la cultura jurídico-progresista contra la banalización jurisprudencial de la Constitución republicana fue precisamente la que impugnaba la “congelación” (como llegó a denominarse) y, de hecho, la neutralización normativa de los principios constitucionales como “normas programáticas” realizada por el Tribunal de Casación en los años cincuenta. Para una crítica de la lectura ético-política del neoconstitucionalismo, tendencialmente iusnaturalista en lugar de iuspositivista, que rebaja la normatividad jurídica del paradigma iusconstitucional a “mera declaración política de intenciones”, véanse las agudas observaciones de T. Mazzarese, “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi”, en Id. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela*

“objetivos colectivos”, de “directrices” o “normas programáticas” incapaces de generar, como se desprende de los ejemplos que ellos mismos plantean, la obligación de introducir garantías del derecho al trabajo, al medioambiente o a la alimentación, y ni siquiera la obligación de anular como inválidas las normas sobre delitos de opinión que contradicen el “principio en sentido estricto” de la libertad de opinión. Normas programáticas, en definitiva, no aptas para considerar sus incumplimientos como lagunas o como antinomias indebidas.

Llegados a este punto, pregunto a mis críticos: ¿qué es lo que impide tomarse en serio los derechos fundamentales, es decir, considerarlos iuspositivamente como tales cuando el legislador así los denomina y proclama, y considerar y criticar por tanto como derecho ilegítimo —como antinomias por comisión o como lagunas por omisión— sus violaciones e incumplimientos? No serán los costes o las dificultades de su aplicación. Ciertamente, puede acontecer que la palabra “derecho” se utilice de manera impropia. Por ejemplo, el “derecho” no sólo a “buscar” sino

(*sovra*)nazionale dei diritti fondamentali, Giappichelli, Turín, 2002, en concreto § 1.4, págs. 14-22; Id., “Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism”, en *Associations*, n° 6 (2), 2002, págs. 233-260.

también a “conseguir la felicidad”, que proclama la Declaración de derechos de Virginia de 1776, claramente no se puede garantizar en virtud del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. Sin embargo, más allá de estos casos extremos, ¿por qué no admitimos que el derecho de las democracias constitucionales actuales es por naturaleza incompleto y antinómico, a causa de su potencial contraste con principios constitucionales de todo punto exigentes? ¿Por qué no admitimos que se trata de un defecto inevitable, que nunca puede salvarse del todo pero que constituye, a la vez, su mayor y mejor virtud? ¿O es que acaso deberíamos permanecer sometidos al viejo dogma paleo-iuspositivista de la coherencia y de la plenitud o, peor aún, a la vieja tesis de Schmitt sobre la presunción de legitimidad de los actos de ejercicio del poder, en virtud de una especie de “premio superlegal a la posesión legal del poder legal”?²²

²² C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), trad. it. de P. Schiera en C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bolonia, 1972, pág. 239 [trad. cast. de C. Monereo, *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada, 2006]. Letizia Gianformaggio ha recordado esta tesis de Schmitt para respaldar mis tesis sobre el “derecho ilegítimo” en “Diritto e ragione tra essere e dover essere”, en Id. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 1993, págs. 27-31.

5. Los desniveles normativos entre la constitución y la ley ordinaria. Validez y vigencia

Como ya adelanté, José Juan Moreso mantiene que el constitucionalismo que caracteriza nuestras democracias actuales dotadas de constituciones rígidas no supone en absoluto una ruptura —una segunda revolución de la modernidad, como yo la he denominado varias veces—²³ sino un simple desarrollo o “agudización” del paradigma iuspositivista propio del viejo estado legislativo de derecho,²⁴ Los desniveles normativos y la invalidez sustancial de los actos jurídicos prescriptivos, afirma con razón, no son en absoluto novedades introducidas por el constitucionalismo. Siempre hubo reglamentos inválidos desde el punto de vista de su contenido, es decir, contrarios a la ley, y más en general, actos jurídicos, sentencias y dis-

²³ En “Lo stato di diritto fra passato e futuro”, en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán, 2002, §§ 3 y 4, págs. 354-363; y en “Pasado y futuro del estado de derecho”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 18-20.

²⁴ J. J. Moreso, “Sobre ‘La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos’ de Luigi Ferrajoli” (en este volumen), § 2, que habla, como ya dije, de una “agudización de lo que ya ocurría en el viejo estado de derecho”.

posiciones administrativas sustancialmente inválidos.

Estoy de acuerdo. Yo también pienso que los supuestos teóricos y jurídicos de la distinción entre validez y vigencia de las leyes existían mucho antes de la introducción de las constituciones rígidas. Existían tanto en la experiencia jurídica, que desde siempre ha tratado con la invalidez sustancial de negocios privados y de disposiciones públicas, como en la obra de Hans Kelsen, a la que se debe la teorización de la estructura jerárquica del ordenamiento y de la justicia constitucional. También estoy de acuerdo en que las distinciones entre validez y vigencia, entre validez formal y validez sustancial y entre invalidez formal e invalidez sustancial tienen alcance general. Tanto es así que, en sede de teoría del derecho, los he definido como conceptos generales, atribuibles a cualquier acto normativo, sea éste legislativo, administrativo o jurisdiccional.

Sin embargo, es un hecho que el propio Kelsen —si bien ya merece, sólo por lo que acabo de decir, ser considerado, si no el principal, sí uno de los padres del constitucionalismo democrático— no extrae, sorprendentemente, las implicaciones teóricas de su propia construcción como tampoco lo han hecho, durante mucho tiempo, buena

parte de sus partidarios. En primer lugar, no distingue entre la validez de las normas y su existencia o pertenencia a un ordenamiento. La existencia de una norma inválida, como es sabido, es para Kelsen un absurdo, una contradicción en los términos. En segundo lugar, Kelsen sigue siendo fiel a los dogmas de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento, que asume como “postulados epistemológicos”.²⁵ Mi tesis sobre la potencial divergencia deóntica entre validez y vigencia, entre derecho que debe ser y derecho que es, sonaría a sus oídos como una herejía o, peor aún, como un sinsentido.

También es un hecho que, más allá de las palabras con las que queramos calificarla —“ruptura” o “agudización”, “revolución” o “evolución”— la divergencia entre constitu-

²⁵ H. Kelsen, *Teoria...*, cit., parte I, XI, H, letra f, págs. 164-165 [*Teoría general del derecho y del estado*, cit.], donde mantiene la “falta de contradicción entre norma inferior y norma superior”; *ibid.*, parte II, VI, C, letra f, págs. 378-382, donde se afirma “la unidad del derecho estatal y del derecho internacional como postulado epistemológico de la teoría jurídica”; *ibid.*, Apéndice, II, D, págs. 408-411, donde se postula la “coherencia”; e *ibid.*, parte I, XI, F, letra a, págs. 149-150, donde se mantiene la tesis de “la plenitud” del ordenamiento y la idea de las “lagunas” como “ficciones”. Las mismas tesis se retoman en la *Dottrina pura*, cit., I, § 5, págs. 36-37 [*Teoría pura del derecho*, cit.]; *ibid.*, V, § 34, letra e, págs. 231-235; *ibid.*, 35, letra g, págs. 276-281; *ibid.*, I, 298-310; *ibid.*, VII, § 43, págs. 360-364.

ción y ley ha producido una alteración estructural en la fenomenología del derecho no paragonable a la divergencia tradicional entre ley y actos negociales, o administrativos o judiciales. Por muchas razones. Ante todo, los actos jurídicos, las disposiciones administrativas y las sentencias inválidas son actos de aplicación de normas (tanto válidas como inválidas) que no están destinados a aplicarse ulteriormente (ni siquiera los reglamentos que, en caso de ser inválidos, están destinados, si acaso, a ser desaplicados). Por el contrario, las leyes (las inválidas tanto como las válidas) no son actos de aplicación de la constitución y, sobre todo, están destinadas a ser ulteriormente aplicadas. En segundo lugar, la invalidez, cuando menos de los contratos, de las sentencias y de las disposiciones administrativas que no consisten en reglamentos, no genera antinomias en sentido propio, es decir, contradicciones entre normas. En tercer lugar, todos estos actos inválidos son perfectamente compatibles con la omnipotencia del legislador, que no resulta limitada o vinculada por su carácter anulable. Finalmente, estos actos no forman parte, como normas vinculantes, del universo de la ciencia jurídica. La jurisprudencia y la doctrina podrán considerarlos ejemplos de violaciones del derecho pero nunca actuarán como base de proposiciones jurídicas interpretativas y explicativas del derecho vigente. Ignorar estas

diferencias supone ignorar el terremoto provocado en la legalidad por las constituciones rígidas. Supone, en pocas palabras, ignorar la ilegitimidad irreductible y potencial del ejercicio de cualquier poder, algo que es justo lo contrario, como ya expliqué, de la presunción de legitimidad de todo el derecho positivo a la que se refiere Carl Schmitt.

6. La revisión de la teoría de las antinomias y de las lagunas impuesta por el constitucionalismo

La cuestión anterior está relacionada con otra, que tiene una relevancia práctica mucho mayor, y sobre la cual Moreso ha manifestado su segunda discrepancia: la revisión que planteo, y que considero fundamental a efectos de comprender el paradigma constitucional y su valor garantista, de la teoría de las antinomias y de las lagunas.

Al igual que no considera una novedad, respecto del viejo estado legislativo de derecho, la divergencia estructural entre los diversos niveles normativos que en el estado constitucional genera la rigidez de las constituciones, Moreso tampoco ve la diferencia estructural entre las antinomias de normas de rango diferente respecto de antinomias de otro tipo —las que existen entre normas ante-

riores y posteriores, o entre normas generales y especiales— que en mi caso ni siquiera denomino “antinomias” para poner de relieve la diferencia. No es cierto, afirma él, lo que yo he mantenido muchas veces: que mientras el criterio jerárquico de solución de las antinomias entre normas de rango diferente es un criterio regulativo, y como tal, violable, el criterio cronológico y el de especialidad son constitutivos, y en cuanto tales inviolables; y que por consiguiente, mientras que las antinomias del primer tipo indican un “vicio” (de las normas producidas), es decir una “violación” (de las normas sobre su producción), en las antinomias de segundo y tercer tipo no se da ningún vicio.

Según Moreso, los tres criterios son igualmente regulativos respecto de los jueces e igualmente constitutivos frente al legislador.²⁶ En primer lugar, argumenta Moreso, los tres criterios son normativos “para la aplicación del derecho y los tres, por lo tanto, pueden ser vulnerados por los jueces. Cuando un juez aplica una norma anterior ya derogada por una posterior viola el criterio cronológico, cuando aplica una norma general frente a la especial viola el de especialidad y cuando aplica una norma inferior frente a una supe-

²⁶ J. J. Moreso, en este volumen, § 3.

rior viola el criterio jerárquico”.²⁷ Ocurre que el vicio del que yo hablo no concierne a la aplicación de las normas sino a las normas mismas. Cuando digo que la antinomia de una norma inferior incorpora, en relación a la de grado superior, una violación de la misma —esto es, un vicio que bajo ningún concepto se puede detectar en la norma anterior y en la norma general, que han sido derogadas por la norma posterior y por la especial respectivamente— me refiero precisamente a la norma producida y no a su aplicación; a una violación cometida por el legislador y no ciertamente por los jueces. Quiero decir que, a diferencia de la norma anterior o de la norma general, la norma inferior está viciada; que la antinomia entre *lex inferior* y *lex superior* equivale (o está determinada o generada) por una violación de la segunda por parte de la primera; mientras que no puede decirse que la *lex anterior* sea una violación de la *lex posterior* ni que la *lex generalis* sea una violación de la *lex specialis*.

En segundo lugar, añade Moreso, estos tres criterios, considerados desde el punto de vista del legislador, son asimismo constitutivos: “cuando el legislador promulga una ley incompatible con una anterior esta última deviene inválida y cuando el legislador dicta

²⁷ Ibid.

una norma contraria a una superior la primera no adquiere validez”.²⁸ Las cosas no son así. Cuando el legislador promulga una ley posterior que contrasta con una ley anterior, no tiene sentido decir que ésta última “queda invalidada” puesto que la misma deja de existir; a no ser que validez se entienda, utilizando el léxico de Kelsen, como sinónimo de existencia. En cambio, cuando el legislador promulga una norma contraria a una norma superior, no tiene sentido decir que la primera “no adquiere validez” puesto que entra en vigor y existe precisamente como norma inválida; a no ser que se le dé al concepto de “validez”, contrariamente al uso que se hizo en la primera hipótesis y según el léxico que yo propuse, un sentido diferente al de “existencia”.

Por otra parte, la evidencia del carácter constitutivo de los criterios cronológico y de especialidad y del carácter regulativo del criterio jerárquico —inviolables los dos primeros y violable el tercero— es el hecho de que mientras la supremacía de la ley posterior sobre la anterior y de la ley especial sobre la general no requieren ningún acto de comprobación o de aplicación, la supremacía de la ley superior sobre la inferior requiere, al menos en los ordenamientos de tipo europeo, la

²⁸ Ibid.

expulsión de la segunda a través de una disposición específica de nulidad motivada por la comprobación de su incoherencia con la primera. Y no sólo eso. Únicamente en este último caso hablamos de la norma cuestionada, antes de su anulación, como de una norma “inválida”, que ha violado la norma prevaleciente. Por el contrario, en los dos otros casos no hay nada “anterior” ni ninguna norma de los que se pueda predicar la invalidez: la *lex anterior* es válida además de vigente hasta que no deje de existir en razón de su abrogación tácita por parte de la *lex posterior*; la *lex generalis* sigue siendo válida con independencia de la aplicación de la *lex specialis* en los casos especiales previstos en la misma.

De esta manera, puede verse cómo la diferencia radical entre las antinomias generadas por la existencia de diversos niveles normativos y las vinculadas a la sucesión de normas en el tiempo y a la relación entre género y especie, consiste en que sólo en el primer caso podemos hablar de la ley inferior como de una violación (de la norma superior). En cambio, no diremos nunca, porque carecería de sentido, que la norma anterior o la general son “violaciones” o “vicios” en cualquier sentido que se quiera dar a éstas palabras. Y en lo que atañe a esta diferencia, es totalmente irrelevante el diferente uso que Moreso, siguiendo a Hart, hace de la palabra “vicio”, que aca-

rra la “nulidad”, y de la palabra “violación”, a la que sigue una “sanción”.²⁹ Al igual que la sanción, también la nulidad (o como prefiero denominarla, la anulación) de la ley inconstitucional no se produce (constitutivamente) con su promulgación sino que depende (regulativamente) de un acto jurisdiccional que comprueba su contraste o incoherencia y, por lo tanto, su violación o incumplimiento, como se prefiera llamarlo, de la constitución.

En definitiva, el sistema de categorías que nos ha proporcionado el paleo-iuspositivismo —los conceptos de validez, de positividad, de antinomia, de nulidad, de derechos subjetivos— no supera la prueba de su aplicación en el paradigma constitucional. Contrastado con éste, carece de adecuada capacidad explicativa. No capta su complejidad estructural. Acaba por eliminar de nuestro horizonte teórico sus aspectos más innovadores y progresivos. Si no queremos incurrir en contradicciones y, a la vez, vaciar al constitucionalismo de su alcance garantista, el paleo-iuspositivismo debe ser radicalmente revisado.

²⁹ Ibid.

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*