LUIGI FERRAJOLI

garantismo

UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA

EDITORIAL TROTTA

Garantismo
Una discusión sobre derecho y democracia

Garantismo
Una discusión sobre derecho y democracia

Luigi Ferrajoli

Traducción de Andrea Greppi

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN **E**STRUCTURAS Y **P**ROCESOS
Serie **D**erecho

Consejo **A**sesor: Perfecto Andrés
Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan-Ramón Capella
Juan Terradillos

© Editorial Trotta, S.A., 2006, 2013
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Luigi Ferrajoli, 2006

© Andrea Greppi, 2006

ISBN (edición digital pdf): 978-84-9879-421-2

CONTENIDO

Prólogo 9

1. El paradigma garantista 11
2. El garantismo entre positivismo jurídico y constitucionalismo 23
3. El garantismo y la teoría del derecho como teoría formal 39
4. El garantismo y la función de la ciencia jurídica 63
5. El garantismo y la separación de poderes 83
6. El garantismo y la democracia constitucional 99
7. El garantismo y sus dimensiones 113
8. Conclusión 127

Índice onomástico 129

PRÓLOGO

En un denso volumen titulado *Garantismo*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte han recogido numerosos ensayos de teóricos y filósofos del derecho que, partiendo de un análisis crítico de mis trabajos, se miden con buena parte de las cuestiones centrales de la teoría del derecho y de la democracia[1]. Así se ha producido un intenso debate sobre los problemas de fondo de la filosofía jurídica y política contemporánea, que agradezco a los editores y a todos los participantes. Puede que la respuesta que voy a dar no convenza a mis críticos, pues, sobre todo, irá dirigida a precisar y añadir nuevos argumentos en defensa de las tesis criticadas, reiterando en la mayor parte de los casos (pero no en todos) su contenido. Por lo demás, ya he discutido algunas de las críticas recibidas en un voluminoso trabajo —*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*— de próxima publicación. No obstante, es una suerte haber contado con estas críticas antes de concluir ese libro, pues así he podido introducir las aclaraciones y, en algún caso, las correcciones precisas.

Distinguiré seis órdenes de cuestiones —las tres primeras de carácter meta-teórico, las restantes, de carácter teórico— en

1. M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005. Las citas y las referencias a los veinticinco ensayos contenidos en este libro aparecerán directamente en el texto, indicándose entre paréntesis el número de página. Agradezco a Tecla Mazzarese la lectura y la discusión de este libro, con su habitual rigor crítico y analítico.

torno a las cuales se ha desarrollado el debate: 1) la relación entre positivismo jurídico y constitucionalismo y la tesis de la separación de derecho y moral; 2) el estatuto epistemológico de la teoría del derecho como teoría formal y las interpretaciones empíricas asociadas a ella por la ciencia jurídica, la filosofía política y la sociología del derecho; 3) la dimensión pragmática de la teoría del derecho y la función crítica y normativa de la ciencia jurídica; 4) la cuestión de los conflictos entre derechos fundamentales y la separación de poderes; 5) la relación entre principio de mayoría, derechos fundamentales y democracia constitucional; 6) las posibles ampliaciones del paradigma clásico del estado de derecho: en la tutela de los derechos sociales, frente a los poderes privados y en el plano internacional.

Antes, sin embargo, será oportuno dar cuenta de las principales tesis meta-teóricas objeto de las críticas, tal como son presentadas en algunos de los trabajos más rigurosos.

1

EL PARADIGMA GARANTISTA

1.1. *Tres distinciones deónticas*

Las reconstrucciones más claras y eficaces de mis tesis, y en particular de mi concepción del constitucionalismo, me parece que son las que ofrecen Marina Gascón Abellán y Luis Prieto[1]. Andrea Greppi y Lorenzo Córdova Vianello[2] han ilustrado bien las diferentes dimensiones de la democracia, que yo he distinguido en función de los distintos tipos de derechos fundamentales sobre las que se basan. Finalmente, Alfonso Ruiz Miguel, Adrián Rentería Díaz y Valentina Pazè[3] han recordado una tesis de carácter epistemológico que me parece esencial y que ahora será oportuno precisar: la que se refiere a los diferentes discursos sobre el derecho que admite la interpretación empírica o semántica de la teoría.

1. M. Gascón Abellán, «La teoría general del garantismo: rasgos principales», en *op. cit.*, pp. 21-39; L. Prieto Sanchís, «Constitucionalismo y garantismo», *ibidem*, pp. 41-57.

2. A. Greppi, «Democracia como valor, como ideal y como método», *ibidem*, pp. 341-364; L. Córdova Vianello, «Constitucionalismo democrático y orden global en Luigi Ferrajoli», *ibidem*, pp. 447-461.

3. A. Ruiz Miguel, «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista», *ibidem*, pp. 211-232; A. Rentería Díaz, «Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli», *ibidem*, pp. 119-145; V. Pazè, «Luigi Ferrajoli, filósofo político», *ibidem*, pp. 147-158.

Marina Gascón Abellán ha identificado los rasgos característicos del garantismo en la doble divergencia entre «deber ser» y «ser» del derecho que el mismo registra, una en cuanto teoría política, otra como teoría jurídica.

La primera divergencia es la que existe entre el «deber ser externo», o ético-político (o *del* derecho), y el «ser» de los sistemas jurídicos en su conjunto, que no es sino la clásica separación entre derecho y moral, esto es, entre *justicia* y *validez*, o entre legitimación externa y legitimación interna. Se trata, como mostraré más adelante, de un corolario o, mejor, del significado mismo de «positivismo jurídico». Esta separación, por lo demás, no significa en absoluto que el derecho no incorpore valores o principios morales y no tenga al menos en este sentido —según una «fórmula habitual», como dice García Figueroa, pero en mi opinión excesivamente genérica y equívoca— cierta «relación conceptual necesaria» con la moral (p. 274)[4]: lo que sería absurdo, dado que todo sistema jurídico, como ha observado acertadamente Luis Prieto Sanchís (p. 43), expresa por lo menos la moral (o las morales), cualquiera que ésta(s) sea(n), de sus legisladores o, si se prefiere, como dice Robert Alexy, *su* «pretensión de corrección»[5]. Significa, sencillamente: *a*) que la moralidad (o la justicia) predicable de una norma no implica su juridicidad (su validez, o de forma todavía más genérica su pertenencia a un sistema jurídico); *b*) que la juridicidad (la validez, o la pertenencia a un sistema jurídico) de una norma no implica su moralidad (o su justicia)[6]. La negación de la primera

4. La fórmula de la «conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral», en oposición a la tesis positivista de la separación entre las dos esferas, se ha difundido gracias a los trabajos de Robert Alexy. Véase, en particular, R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* [1992], trad. it. *Concetto e validità del diritto*, con introducción de Gustavo Zagrebelsky, Einaudi, Torino, 1997, II, III, §§ 1 y 2, pp. 18, 20, 24 y *passim* (trad. cast. *El concepto y la validez del derecho,* Gedisa, Barcelona, 1994).

5. R. Alexy, *op. cit.*, II, III, §§ 3 y 4, pp. 32-38, 65, 79; III, II, § 2.1, p. 94 y IV, p. 129.

6. En este sentido, Hart escribió que «la separación de origen utilitarista entre el derecho y la moral es considerada como un hecho, que permite a los juristas tener mayor claridad de ideas» (H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* [1958], trad. it. «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale», § 1, en Íd., *Contributi all'analisi del diritto*, edición de V. Frosini, Giuffrè, Milano,

tesis es la sustancia del iusnaturalismo clásico. La negación de la segunda enuncia una tesis ambivalente. Expresa una tesis iusnaturalista, en caso de que se asuma una noción sustancial y meta-jurídica de «juridicidad» (o de «validez»), como hace por ejemplo Alexy al afirmar que una norma pierde la validez jurídica cuando resulta extremadamente injusta[7]. Expresa, en cambio, una tesis ético-legalista —esto es, la idea de que las normas jurídicas tienen siempre algún valor moral, cualquiera que sea su contenido— en caso de que se asuma una noción formal y puramente intra-jurídica de «juridicidad» (o de «validez»).

La segunda divergencia, subrayada por Marina Gascón Abellán como un rasgo distintivo del garantismo, es aquella aún más importante —introducida por la estipulación en las constituciones rígidas de esas condiciones sustanciales de validez de las leyes, que son típicamente los derechos fundamentales— que se da entre *validez* y *vigencia*, es decir, entre el «deber ser interno» (o *en el* derecho) y el «ser» de las normas legales. Se trata, como observa acertadamente Gascón Abellán criticando mi primera formulación de la distinción entre las dos figuras, de dos condiciones de regularidad que requieren ambas juicios jurídicos (pp. 33-35) —uno *también* jurídico, y no sólo fáctico, el otro *sólo* jurídico—, pues ambos comportan una referencia a las (y la interpretación de las) normas sobre producción, respectivamente procedimentales y sustanciales, a cuyo tenor son predicables[8]. Gracias a esta divergencia, sobre la que vol-

1964, p. 16; trad. cast. «El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral», en Íd., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962). Recuérdese también la definición de «positivismo jurídico» formulada por Hart: «entenderemos por positivismo jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así» (H. L. A. Hart, *The Concept of Law* [1961], trad. it. de M. A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, cap. IX, § 1, p. 217; trad. cast. *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977).

7. R. Alexy, *op. cit.*, II, III, § 4, pp. 39 ss., 95 y 132.

8. El debate fue abierto por Mario Jori, «La cicala e la formica», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Torino, 1993, § 2.2, pp. 81-91, y retomado por M. Gascón Abellán, «La teoría general del garantismo. A propósito de la obra de L. Ferrajoli *Derecho y razón*»: *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad iberoamericana* 31 (2001), pp. 209-212. Jori

veré en el § 3.6, hace su aparición, en el estado constitucional de derecho, el «derecho jurídicamente inválido» o «ilegítimo»: expresión impensable, auténtica contradicción en los términos según el paradigma paleo-positivista del estado legislativo de derecho, que expresa el defecto jurídico virtual y estructural de todo ordenamiento constitucional, pero también su mayor virtud política, por los límites a los poderes públicos que sugiere. Sobre esta divergencia se asienta, en efecto, todo el edificio de las garantías, dirigido a asegurar la máxima efectividad de los principios constitucionalmente establecidos.

Por último, no debe olvidarse una tercera divergencia, la más obvia y banal: la que existe entre *derecho* y *realidad*, entre normatividad y efectividad, entre normas y hechos, entre el «deber ser jurídico» (o *de* derecho) y la experiencia jurídica concreta, vinculada al carácter no ya descriptivo sino, precisamente, normativo del derecho con respecto a las conductas reguladas, incluido el funcionamiento real de las instituciones y de sus aparatos de poder.

y Gascón Abellán han criticado con acierto la asimilación del binomio «vigencia/validez» al binomio «juicio de hecho/juicio de valor», que yo mismo había establecido en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, § 58.4, pp. 915-918 (trad. cast. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, [7]2005, pp. 874-876). Esa vieja tesis mía se basaba en el hecho de que la vigencia se refiere a la forma del acto normativo, cuyos requisitos han de verificarse empíricamente, mientras que la validez se refiere en cambio a la coherencia del significado con normas de rango superior, comprobable por medio de la interpretación jurídica. He modificado esta tesis, gracias también a las críticas recibidas, en «Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*», en L. Gianformaggio, *op. cit.*, § 1.2, pp. 465-470, reconociendo de un lado que también la vigencia requiere juicios de derecho sobre la base de la interpretación de las normas sobre las formas de producción del acto, y de otro que también la validez (y la invalidez) puede hacer referencia tanto a las formas como al significado y que, por tanto, es preciso diferenciar entre validez 'formal' y 'sustancial'. He reformulado así la diferencia entre los dos tipos de juicios: mientras los juicios sobre la vigencia y sobre la validez (o la invalidez) formal de un acto normativo *no son sólo* juicios de hecho en los que se verifican las formas del acto, sino *también* juicios de derecho, esto es, juicios relativos a la conformidad (o no conformidad) de dichas formas con las normas sobre su formación, los juicios de validez (y de invalidez) sustancial son *sólo* de derecho y *no también* de hecho, ya que se refieren exclusivamente a la coherencia (o a la incoherencia) del significado de las normas producidas con las de grado superior.

Estas tres divergencias, que llamaré *deónticas* por estar todas ellas vinculadas 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)— con respecto al «ser» de la experiencia jurídica concreta, dan lugar, como se verá en el § 4.2, a otros tantos tipos de juicios normativos y de valoraciones críticas acerca del derecho y de la práctica jurídica. De la primera se deriva, como ha recordado Santiago Sastre Ariza (p. 288), la función crítica del derecho vigente en su conjunto, que la *filosofía política* cumple desde el punto de vista axiológico externo de la *justicia*[9]. De la segunda, como ha señalado acertadamente Perfecto Andrés Ibáñez, la función crítica de las leyes vigentes, que las *disciplinas jurídicas positivas* y la jurisdicción cumplen desde el punto de vista interno de la *validez*[10]. De la tercera se derivan los juicios sobre el grado de observancia e inobservancia de las normas de un ordenamiento determinado, formulados por la *sociología del derecho* desde el punto de vista externo de la *efectividad*[11].

9. «Una fuerte razón para ser positivistas», escribe Santiago Sastre Ariza, consiste en el hecho de que «esta perspectiva consiente la crítica moral del derecho» («Más allá de una ciencia jurídica contemplativa», en *Garantismo*, cit., p. 290). Sobre esta cuestión, véase *Diritto e ragione*, cit., § 15.2, pp. 205-206 (trad. cast. *Derecho y razón*, cit., p. 221).

10. P. Andrés Ibáñez, «Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción», en *Garantismo*, cit., p. 62: «El sistema constitucional reclama o impone de manera vinculante una *teoría crítica* del derecho mismo, que tematice —en vez de ocultar— la divergencia entre el modo de ser real de éste y el deber ser consagrado imperativamente por la norma de más alto rango. Con lo que, en una comprensión coherentemente kelseniana del ordenamiento, el juez pierde su papel tradicional de operador ciego de ley ordinaria y legitimador ideológico de ésta, recibiendo el encargo de identificar y hacer visibles los incumplimientos producidos en y mediante la misma, como forma de contribuir activamente a la coherencia y eficacia del modelo».

11. Recuérdese la distinción análoga entre «justicia», «validez» y «eficacia» como criterios de valoración independientes, formulada por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* [1958], cap. II, ahora en Íd., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 23-44 (trad. cast. *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991). A estos tres criterios corresponden, en el pensamiento de Bobbio, los tres problemas —el «deontológico», el «ontológico» y el «fenomenológico»— de los que se ocupan, respectivamente, la «teoría de la justicia», la «teoría general del derecho» y la «sociología jurídica». Recuerdo, por lo demás, que el

1.2. *Garantismo y constitucionalismo*

Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y constitucionalismo, identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivación del «deber ser» constitucional impone al propio derecho positivo (p. 41): «el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales» (p. 44).

De este nexo Prieto extrae una consecuencia que considero central en la teoría y en la meta-teoría del derecho: la disolución en el estado constitucional de derecho, por el carácter ya no sólo formal sino también sustancial de las condiciones de validez de las normas, de la rígida contraposición kelseniana entre sistemas nomoestáticos como la moral y el derecho natural, en los que la validez de las normas depende de la coherencia de sus contenidos con las demás normas del sistema, y sistemas nomodinámicos, como es el derecho positivo según el modelo paleo-positivista, en el que la validez de las normas depende únicamente de la conformidad de sus fuentes con las normas sobre su producción (p. 44). En efecto, también en el derecho positivo las actuales constituciones rígidas han introducido una dimensión sustancial, en virtud de la cual la validez de las nor-

segundo de estos tres problemas lo he atribuido no a la teoría, sino a las disciplinas jurídicas positivas de los ordenamientos concretos, aunque ciertamente sobre la base del concepto de «validez», definido, como el de «efectividad», por la teoría del derecho. La teoría del derecho, en efecto, como habrá ocasión de aclarar en el § 1.4 y en el capítulo 3, y como ha afirmado en diversas ocasiones el propio Bobbio, es una «teoría formal», orientada al estudio de la «estructura normativa» del derecho y no de sus «contenidos normativos» (incluidas las condiciones de validez de los diferentes tipos de actos normativos), que habrán de ser estudiados en cambio por la jurisprudencia y por la dogmática jurídica (N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 96-98; la misma tesis aparece también *ibidem*, pp. 3-7, 34-40 y 145-147).

mas legales está condicionada por la coherencia de sus significados o contenidos con los principios constitucionales.

Pero sobre todo agradezco a Prieto que haya puesto el énfasis en el hecho de que esta tesis no implica en absoluto una renuncia al principio liberal e ilustrado de la separación entre derecho y moral en nombre de una opción vagamente iusnaturalista o, peor, en nombre de esa variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético (pp. 44-45). Al contrario, como mostraré en el próximo capítulo, ese principio está en la base no sólo de cualquier posible teoría del derecho positivo, más si se trata de una teoría formalizada como la que tengo intención de publicar próximamente, sino también de cualquier concepción laica y liberal tanto de las instituciones jurídicas y políticas como de la moral. En efecto, «laicidad del derecho» y «laicidad de la moral» significan, a mi entender, la recíproca autonomía de las dos esferas: por un lado, el principio en virtud del cual el derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la (esto es, de *una* determinada) moral, sino únicamente como técnica de tutela de intereses y necesidades vitales; por otro, el principio, inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónomo y coercitivo del derecho.

1.3. *Dimensiones, formas y contenidos de la democracia constitucional*

Andrea Greppi y Lorenzo Córdova Vianello han recordado que a la dimensión nomodinámica y a la dimensión nomoestática del derecho y de la validez jurídica propias del paradigma constitucional he asociado otras tantas fuentes de legitimación jurídica: la formal, impuesta por las normas procedimentales sobre el «quién» y sobre el «cómo» de las decisiones, y la sustancial, determinada por las normas sustanciales, que versan sobre el «qué» *no puede* o *no puede no ser* decidido.

El resultado ha sido una redefinición de la democracia constitucional como sistema jurídico articulado sobre dos di-

mensiones: la *dimensión formal*, fundada en el ejercicio de los derechos de autonomía, tanto política como civil, y la *dimensión sustancial*, fundada sobre la tutela de los derechos de libertad y la satisfacción de los derechos sociales. Por lo demás, en la medida en que los derechos de autonomía consisten en derechos-poder, su ejercicio, o mejor, las normas y las situaciones que de su ejercicio se derivan, son siempre de grado jerárquicamente inferior, como se verá en el § 5.2, en el plano normativo, generalmente constitucional, en el que tales derechos se sitúan, junto con los demás fundamentales. De aquí la consiguiente articulación de la democracia constitucional en cuatro diferentes dimensiones, que corresponden a su vez a las cuatro clases de derechos fundamentales que ya he tenido ocasión de distinguir en otros lugares: la dimensión *política*, la *civil*, la *liberal* y la *social*, de las cuales las dos primeras tienen un carácter formal, pues se refieren a las *formas* de ejercicio de los derechos-poder correlativos, por lo que están limitadas y vinculadas por las dos últimas, que son en cambio de carácter sustancial en cuanto relativas a los *contenidos* que no es lícito decidir o que es obligatorio decidir.

1.4. *La teoría del derecho y sus interpretaciones empíricas*

Finalmente, Alfonso Ruiz Miguel, Adrián Rentería Díaz y Valentina Pazè han recordado mi propuesta de distinguir, en el ámbito del debate sobre los derechos fundamentales, cuatro tipos de discursos o de enfoques disciplinares: *a*) teórico-jurídicos, *b*) dogmático-interpretativos, *c*) sociológicos o historiográficos, *d*) filosófico-políticos —todos legítimos y esenciales para el conocimiento y la crítica del derecho, y sin embargo diversos por sus contenidos y fundamentos—. Valentina Pazè, en particular, ha recordado mi reiterada afirmación de que la confusión y el solapamiento de estos diferentes tipos de discurso se encuentran en la raíz de buena parte de los equívocos y malentendidos subyacentes a las críticas a mis tesis sobre derechos fundamentales (pp. 147-148).

Conviene precisar que estas distinciones no hacen referencia sólo a los derechos fundamentales, sino también, en general, a los demás términos de la teoría del derecho, como por ejemplo norma, obligación, prohibición, derecho subjetivo, validez, constitución, principio de legalidad y similares. En efecto, de todos estos términos la teoría proporciona exclusivamente nociones formales que definen los conceptos que los mismos designan, sin decir nada acerca de los diversos y contingentes contenidos que puedan tener en cada experiencia jurídica particular. Nos dice *qué son* los derechos fundamentales, las normas, las obligaciones, las prohibiciones, los derechos, las condiciones de validez, las leyes y las constituciones, pero no *cuáles son* en los diferentes ordenamientos, ni *cuáles deben ser*, ni *cómo son (o no son) realizados efectivamente* los derechos fundamentales, las obligaciones, las prohibiciones, las condiciones de validez, las leyes y las constituciones.

No se trata simplemente de banales distinciones meta-teóricas entre enfoques disciplinares diversos. Son otros tantos corolarios de las tesis de las tres separaciones entre distintos puntos de vista desde los que puede ser contemplado el fenómeno jurídico, que corresponden a su vez a las tres divergencias deónticas ya mencionadas entre el ser del derecho y su deber ser, tal como se presentan en los distintos niveles del discurso sobre el derecho mismo: *a*) entre su *ser de hecho* y su *deber ser de derecho*, como muestran las investigaciones sobre el nivel de observancia (o inobservancia) que ofrece la *sociología del derecho*; *b*) entre su *ser de derecho* y su *deber ser de derecho*, como muestran los análisis acerca del grado de coherencia (o de incoherencia) con las disposiciones constitucionales elaborados por las *disciplinas jurídicas positivas*; *c*) por último, entre su *ser de derecho (incluido su deber ser jurídico)* y su *deber ser ético-político* —en síntesis, la clásica separación entre derecho y moral— que resulta de la *crítica filosófico-política* del derecho en su conjunto. Sólo las distinciones entre los tres diferentes tipos de discurso generados por estos diversos enfoques permiten a cada uno de ellos un específico punto de vista crítico sobre el derecho: sobre sus rasgos, a veces, de inefectividad, de invalidez y de injusticia; mientras que, por el contrario, su

confusión opera siempre, según se verá en el § 4.2, como factor de legitimación ideológica de lo existente.

Ninguno de estos tres discursos se identifica con la teoría del derecho: que, como mostraré en el capítulo 3, es una teoría formal que se limita al análisis de los conceptos teórico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas, sin decir nada acerca de la realidad, como no sea en virtud de una interpretación semántica. Son, por tanto, formales —repito— todos los conceptos de la teoría, como facultad, obligación, prohibición, expectativa, sujeto, regla, acto jurídico, norma, ordenamiento, validez, derechos fundamentales y similares. Son formales también, como aclararé más adelante, los conceptos teóricos de «paradigma iuspositivista» y «paradigma constitucional». Por lo demás, la validez o plausibilidad de la teoría en su conjunto (y de cada uno de sus conceptos y asertos) depende de la capacidad de explicar su propio objeto: esto es, de su idoneidad para ser justificada, y por ello adecuadamente interpretada, por los diferentes tipos de discursos empíricos —de carácter jurídico en los diversos niveles normativos del ordenamiento, de carácter sociológico y filosófico-político— acerca de su universo.

Así pues, la teoría del derecho se configura como el terreno de encuentro entre los distintos enfoques para el estudio del derecho, a los que proporciona un aparato conceptual en gran parte común: entre el punto de vista jurídico interno de las disciplinas dogmáticas positivas, el punto de vista fáctico externo de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo de la filosofía política, cada uno de los cuales corresponde a una interpretación empírica o semántica de la teoría. Y puede por tanto ser presentada, en virtud del estatuto convencional y formalizable de sus conceptos y de sus asertos, como el lugar en el que es posible recomponer las dos fracturas disciplinares que han marcado la historia post-ilustrada de la cultura jurídica moderna: de un lado, el divorcio de la ciencia del derecho de la filosofía política y, de otro, de la sociología jurídica, denostadas por la dogmática desde finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX como contaminaciones inadmisibles del método técnico-jurídico.

Dogmática jurídica de las disciplinas positivas, sociología jurídica y filosofía política corresponden, en definitiva, a enfoques diferentes, que es preciso mantener rigurosamente diferenciados tanto por lo que respecta a los métodos de formación de sus conceptos específicos y de sus asertos, como por lo que respecta a los puntos de vista desde los que contemplan el mismo objeto. Sin embargo, la teoría del derecho, al tratar las divergencias deónticas antes indicadas, permite a cada uno de los distintos enfoques y disciplinas, hermanados por el hecho de compartir un mismo universo de discurso, sacar provecho de las aportaciones de los demás, escapando así a las diversas falacias ideológicas —iusnaturalistas, ético-estatalistas, formalistas y realistas— que, como veremos en el § 4.2, se siguen de su recíproco desconocimiento.

2

EL GARANTISMO ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO Y CONSTITUCIONALISMO

2.1. *La tesis positivista de la separación entre derecho y moral*

Gran parte de estas tesis meta-teóricas —empezando por la de la separación entre derecho y moral, cuyo valor jurídico y también ético-político sólo ha sido puesto en evidencia por Luis Prieto Sanchís— han sido criticadas o, al menos, cuestionadas por Alfonso García Figueroa, Marisa Iglesias Vila, Pablo de Lora, Andrea Greppi[1] y también por quienes, como Alfonso Ruiz Miguel y Adrián Rentería Díaz, se han ocupado de mi distinción entre diferentes niveles de discurso sobre el ser y sobre el deber ser (fáctico, genéricamente jurídico, específicamente constitucional, ético-político) del derecho. Todos ellos me invitan, algunos de forma acuciante, otros de forma problemática, a abandonar mi adhesión al positivismo jurídico o por lo menos a integrarla haciéndome cargo de la «conexión conceptual» entre el derecho y la moral propia de las actuales democracias constitucionales.

Las críticas más radicales son las de Alfonso García Figueroa y Marisa Iglesias Vila, que han intentado dar la vuelta a

1. A. García Figueroa, «Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista», en *Garantismo*, cit., pp. 267-284; M. Iglesias Vila, «El positivismo en el Estado constitucional», *ibidem*, pp. 77-104; P. de Lora, «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», *ibidem*, pp. 251-265.

mi tesis sobre el nexo necesario entre positivismo y constitucionalismo, sosteniendo la tesis rigurosamente contraria de la incompatibilidad entre los dos enfoques y asumiendo que solamente el primero se funda sobre la separación, mientras que el segundo lo hace sobre la conexión conceptual entre derecho y moral[2]. Una crítica diferente, porque referida al significado no ya teórico y asertivo, sino axiológico y normativo de la tesis de la separación, aparece en cambio en el trabajo de Rodolfo Vázquez[3].

En la base de la crítica de García Figueroa hay una definición de «positivismo jurídico» que me parece escasamente explicativa. Según García Figueroa el positivismo jurídico se caracterizaría por dos rasgos que él formula mediante otras tantas tesis. La primera es la «tesis de la separación» entre derecho y moral, expresada a través de la fórmula, cuya ambigüedad ya he tenido ocasión de criticar, según la cual «no existe una relación conceptual entre derecho y moral» (p. 274). La segunda es la

2. Como es sabido, el «constitucionalismo» —o «neo-constitucionalismo», según la expresión hoy más habitual entre los filósofos del derecho— es interpretado conforme a la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, en el constitucionalismo se daría una conexión conceptual entre derecho y moral, en clave predominantemente iusnaturalista. Para una crítica de esta interpretación y para una lectura positivista del constitucionalismo, véanse las agudas observaciones de T. Mazzarese, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», en Íd. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, en particular el § 1.4, pp. 14-22; Íd., «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism»: *Associations* 6/2 (2002), pp. 233-260. En opinión de Mazzarese, la fortuna de esta interpretación se debe en parte al hecho de que los términos ético-políticos («valores últimos e imprescindibles para la humanidad», «derechos humanos» o «naturales» y similares) mediante los cuales suelen formularse los derechos fundamentales en el lenguaje político cotidiano, y en parte también al hecho, banal y extrínseco, de que los principales autores que han prestado atención a la tutela constitucional de los derechos fundamentales —en particular Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino— sean de orientación tendencialmente iusnaturalista. El resultado de una interpretación como ésta es, por lo demás, una atenuación del paradigma constitucional, cuya normatividad jurídica, aunque fijada en cartas constitucionales e internacionales, resulta degradada a genérica normatividad ético-política, como si esas cartas, en lugar de normas de derecho positivo, y además de rango superior a las ordinarias, fueran, según escribe Mazzarese, «meras declaraciones de intenciones políticas» (*Diritti fondamentali*, cit., p. 15).

3. R. Vázquez, «Comentarios a las propuestas bioético-jurídicas de Luigi Ferrajoli», en *Garantismo*, cit., pp. 493-514.

que él mismo denomina la «tesis de la neutralidad»: «Cuando describimos el derecho debemos hacerlo sin introducir valoraciones. De lo contrario, confundiríamos el *ser* del derecho con su *deber ser*» (*ibidem*).

No comparto ni la primera ni la segunda de estas dos connotaciones del positivismo jurídico. Por «separación entre derecho y moral» debe entenderse, en mi opinión, no tanto la negación de toda conexión entre uno y otra, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores, cuanto la tesis ya mencionada según la cual la juridicidad de una norma no se deriva de su justicia, ni la justicia de su juridicidad. Pero es claro que esta tesis, para quien no comparta lo que he llamado «constitucionalismo ético», esto es, la identificación de los principios constitucionales con la moral *tout court*, vale también para las normas constitucionales. Tanto es así que una constitución, como muy bien ha señalado Alfonso Ruiz Miguel (pp. 222-223), puede perfectamente incluir normas que expresan valores que no compartimos y que podemos criticar en el plano moral y/o jurídico: recuérdese el ejemplo, señalado por el propio Ruiz Miguel, del principio, que yo he criticado por antiliberal, de la finalidad correctiva de la pena de privación de libertad establecido en el artículo 27 de la Constitución italiana; o también el derecho de todo ciudadano a tener armas recogido en la segunda enmienda de la Constitución norteamericana, a mi entender todavía más nefasto por su carácter criminógeno.

La «tesis de la neutralidad» (yo diría más bien de la «pura descriptividad», esto es, de la «neutralidad valorativa») expresa una supuesta connotación no ya del positivismo jurídico, sino más bien de la ciencia jurídica paleo-positivista. Digo una connotación «supuesta», porque siempre ha sido un presupuesto ficticio y ampliamente ideológico. En la argumentación jurídica y en la interpretación de la ley, tanto doctrinal como jurisprudencial, son en efecto inevitables, y de hecho siempre han estado presentes, juicios de valor de tipo ético-político, que desmienten ese supuesto carácter descriptivo o ideológicamente neutral. Basta considerar los inevitables márgenes abiertos a lo opinable incluso en la interpretación de la ley penal que,

precisamente, las constituciones rígidas —como haré ver en el § 4.1— tienen el efecto no de ampliar, como habitualmente se sostiene, sino de restringir, ya que sirven para excluir las invenciones en contraste con ellas.

La única, importantísima diferencia entre constitucionalismo y paleo-positivismo —vinculada a la coincidencia, en el modelo paleo-positivista del estado legislativo de derecho, de la validez de las leyes con la existencia o vigencia, fruto de su producción con arreglo a las formas establecidas por el ordenamiento— consiste en el hecho de que el segundo, al carecer de normas constitucionales rígidas y, por tanto, de separación deóntica entre constitución y legislación, sustrae a la ciencia jurídica y a la jurisdicción la posibilidad de formular juicios jurídicos sobre la validez sustancial de las leyes. Es claro, sin embargo, que esta barrera ha caído ya en el paradigma constitucional, gracias precisamente a la positivación de los principios que el mismo incorpora. Así, mientras en el paradigma paleo-positivista el «ser» del derecho se identificaba con su existencia, en el paradigma constitucional el *ser* del sistema jurídico comprende también su *deber ser constitucional*, el cual, si de un lado no debe confundirse con su deber ser ético-político o externo, tampoco ha de ser considerado ajeno al *ser* del derecho. Ésta es, precisamente, la novedad introducida por el constitucionalismo en el cuerpo mismo del derecho positivo y, por tanto, del positivismo jurídico. Una vez superado, con la aparición de las constituciones rígidas, el carácter unidimensional del derecho positivo y el carácter exclusivamente formal de la validez jurídica, la vieja tesis de la interdicción a los juristas de formular juicios críticos sobre la validez y la invalidez de las leyes se transforma en su contrario: es el propio positivismo jurídico el que impone a los juristas y a los jueces, a partir del reconocimiento de las leyes de los principios estipulados en las constituciones como normas de derecho positivo de grado superior, la formulación de juicios jurídicos acerca de la validez sustancial de las leyes (con los inevitables y siempre opinables juicios de valor implícitos) y, por tanto, la crítica del derecho que ellos consideren inválido por contradecir las normas constitucionales.

Se comprende entonces que, a partir de su definición restringida, si bien a mi entender hoy insostenible, García Figueroa me invite a abandonar el positivismo jurídico: conforme a ésta yo sería «un positivista que no hace teoría del derecho o bien un teórico del derecho que no es positivista» (p. 276). No estoy de acuerdo. De los cuatro modelos en los que García Figueroa distingue los diversos tipos de iusnaturalismo y de positivismo me quedo sin duda con la «forma pura» de positivismo M2, la que identifica con su fórmula ¬T1 & ¬T2: por un lado, el rechazo meta-ético del cognitivismo ético (¬T1), es decir, de la idea de que «existe un orden moral objetivo», sin por ello considerar, como hace Riccardo Guastini, que las opciones ético-políticas queden confiadas no a la argumentación racional sino a «alguna forma de irracionalismo o emotivismo» (p. 270); por otro, el rechazo de la tesis de una «relación conceptual necesaria entre derecho y moral» (p. 269) (¬T2), en el supuesto de que esta tesis no se limite a constatar los contenidos siempre moralmente significativos de una norma jurídica o los juicios de valor presentes en todo caso en su interpretación, sino que por el contrario se oponga al principio de la separación de las dos esferas en el sentido que aquí he ilustrado. Es la posición que García Figueroa atribuye a Eugenio Bulygin y a Riccardo Guastini y que yo también comparto, más allá de mi discrepancia con éste acerca de la concepción tanto de la ciencia jurídica como de la filosofía política y moral, sobre la que volveré en los §§ 4.3 y 7.4.

Así pues, por mi parte invitaría a Alfonso García Figueroa, y en general a quienes interpretan el constitucionalismo en clave anti- o post-positivista, a actualizar su definición paleopositivista de «positivismo jurídico». Ante todo abandonando el requisito de la neutralidad valorativa: un requisito que vale únicamente —en el plano de la ciencia jurídica, y naturalmente no en el de la filosofía política— en el caso de los juicios de valor extra-jurídicos o ético políticos sobre la justicia de las leyes, y nunca en el de los juicios jurídicos sobre su validez sustancial, impuestos por las constituciones rígidas y, por consiguiente, por el propio derecho positivo. Entendido de forma absoluta, este requisito, que como he dicho es hoy insostenible en el ámbito

de la interpretación de las leyes, representa un rasgo propio del paleo-positivismo por lo que respecta únicamente a los juicios de validez. Un rasgo, por tanto, históricamente contingente, porque asociado a la estructura unidimensional del viejo estado legislativo de derecho, en el que la validez de las leyes se identificaba con su existencia o pertenencia al ordenamiento y por referencia al cual fue elaborada la teoría, benthamiana y austiniana, del primer positivismo.

La segunda actualización es aún más importante, pues tiene que ver con la estructura del paradigma constitucional. El constitucionalismo rígido, como se ha desarrollado y ha ido generalizándose en la segunda mitad del siglo XX, equivale al perfeccionamiento y a la completa realización del positivismo jurídico: por así decir, a su forma más extrema y acabada. En efecto, gracias al sometimiento al derecho de la producción del derecho mismo, es el propio «deber ser» del derecho, y no sólo su «ser» —su modelo normativo y no sólo su existencia, las opciones sustanciales que guían su producción y no sólo sus formas de producción— lo que ha sido positivizado como *derecho sobre el derecho*, dirigido a limitar y a vincular los contenidos de la legislación a los principios constitucionales. Al mismo tiempo, esta doble positivación —del ser del derecho y de su deber ser jurídico— equivale a la completa realización y a la ampliación del estado de derecho, pues el legislador deja de ser omnipotente y queda igualmente subordinado a la ley constitucional, no sólo en lo que atañe a las formas de la producción jurídica sino también en lo relativo a los contenidos normativos producidos.

2.2. *El modelo teórico del constitucionalismo positivista y el rechazo del constitucionalismo ético*

Una crítica todavía más radical y conclusiones similares son las que ha formulado Marisa Iglesias Vila. A su entender, el positivismo jurídico es «una teoría adecuada para dar cuenta del derecho del estado constitucional» y, por tanto, una teoría compatible con el constitucionalismo en la medida en que pueda «asumir principios morales como criterios de validez

jurídica» (p. 81). «Si se introduce una dimensión de validez sustancial como requisito de legalidad», añade Iglesias Vila, «se está al mismo tiempo estableciendo, aunque sea por mecanismos internos al propio derecho, una conexión necesaria entre el derecho y la moral (sin que ello implique que el derecho y la moral sean un mismo fenómeno)» (p. 83).

Sería fácil objetar que una conexión semejante, realizada por medio de «mecanismos internos al propio derecho» como los de la formulación (y transformación) de principios morales en normas constitucionales, no es distinta de la conexión establecida por cualquier otra clase de derecho, hasta el más injusto, que incorpora siempre, como ya he dicho, principios morales —cuando menos los del legislador— por aberrantes que sean. Pero no es una banalidad como ésta lo que sostiene Iglesias Vila, que, en cambio, es rechazado por la clásica tesis positivista de la separación entre derecho y moral. La tesis positivista de la separación rechaza, precisamente, lo que Iglesias Vila, acudiendo a Habermas y a Alexy, entiende por «constitucionalismo»: la idea según la cual formarían parte del concepto mismo de derecho, y no de sus contenidos contingentes (no cualquier moral o cualquier dimensión de la validez sustancial, sino), la moral y la dimensión sustancial propias de nuestras constituciones democráticas. «Creo que un constitucionalismo coherente», declara Iglesias Vila, «debería al menos asumir, con Habermas, que los sistemas modernos tienen su razón de ser en el equilibrio entre la pretensión de legitimidad y la facticidad de la voluntad y la fuerza institucional»; de lo contrario se llegaría, «como observa Habermas, [a] basar la positividad del derecho sólo en la contingencia de decisiones que pueden ser arbitrarias, algo que no resulta coherente con el propio ideal constitucionalista», y tanto menos con «el postulado de que la ley extremadamente injusta deja de ser ley», defendido por Alexy (p. 85).

Son precisamente estas dos tesis —la idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en cuanto tal el fundamento de la legitimidad moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez— las que yo no comparto, justo en virtud de la separación iuspositivista entre derecho y moral. Iglesias Vila, como

por lo demás Habermas y Alexy, no admite la existencia de una constitución no democrática, como lo sería formalmente cualquier ley fundamental de grado superior a la legislación ordinaria. Ni se plantea el problema de las constituciones democráticas que contienen normas que sean, por hipótesis, inmorales, como la ya mencionada segunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Identifica, sencillamente, «constituciones», «constituciones democráticas» y «moral», asumiendo las segundas como las únicas jurídicamente válidas y, además, indiferenciadamente justas, incurriendo así en una mezcla de iusnaturalismo y de legalismo ético.

A mi entender, en cambio, de una constitución, por la ausencia de normas jurídicas de rango jerárquico superior, no es predicable ni la validez ni la invalidez, sino únicamente la vigencia y, sobre la base de nuestras particulares y diversas valoraciones políticas y morales, la justicia o la injusticia, o más bien un grado más o menos alto de la una o de la otra. Es aquí donde radica la sustancia de nuestro desencuentro. A diferencia de Iglesias Vila, de García Figueroa y también de Habermas y de Alexy, considero que, en cuanto noción técnico-jurídica, y al igual que cualquier otra tesis o modelo teórico-jurídico, el paradigma constitucional es sólo un paradigma formal.

Así pues, lo que defiendo, *en el plano de la teoría del derecho*, con la tesis del carácter formal de este paradigma que defenderé con más detenimiento en el § 3.2, es su carácter positivo, independiente de sus contenidos. En efecto, lo que importa para que el paradigma llegue a funcionar como técnica de tutela de los principios y de los derechos fundamentales que a él se vayan incorporando, es su modelo normativo, esto es, la positivación de un «deber ser del derecho» en normas jurídicas de rango superior a todas las demás, y consiguientemente la posibilidad de calificar como inválido el derecho positivo vigente cuando sus contenidos entren en contradicción con dichas normas. Pero con esa misma tesis, según explicaré en el § 2.3, defiendo también dos valores más, conectados entre sí: no sólo, como he adelantado en el § 1.2, la separación laica entre derecho y moral y, por tanto, la laicidad del derecho y de las instituciones, sino también la primacía política y la autonomía del punto de

vista externo al derecho; que no se identifica con *la* moral, ni tampoco con un «sistema moral ideal», como escribe Alfonso Ruiz Miguel (p. 225), o con un «ideal constitucional» o con alguna clase de «mínimo ético» como afirma Iglesias Vila (p. 95), expresiones que siempre he tenido buen cuidado de evitar. Se identifica, más bien, con el punto de vista externo —histórico y cambiante, diferenciado y pluralista, crítico y programático en relación con las constituciones mismas— de las personas de carne y hueso, que durante generaciones se han esforzado, en momentos y lugares distintos, por la transformación del derecho existente, también mediante la extensión del paradigma constitucional a nuevos derechos paulatinamente reivindicados y positivamente conquistados.

Es además evidente que lo que defendemos, *en el plano de la filosofía política*, son las constituciones (que consideramos) democráticas. Pero su carácter democrático, esto es, la circunstancia de que incorporen derechos fundamentales que consideramos y reivindicamos como «justos» y por los que luchamos, es un hecho, considerado desde el plano de la teoría del derecho, absolutamente contingente y que, por tanto, no afecta al concepto de derecho, como afirma Iglesias Vila (p. 87). Esta última circunstancia depende, en efecto, de la voluntad y de las decisiones de los constituyentes, contingentes en el plano teórico-jurídico aunque en modo alguno casuales en los planos histórico y axiológico, así como de la práctica jurisprudencial de los tribunales constitucionales. Sólo de esta forma es posible salvaguardar la autonomía y la primacía del punto de vista externo de la moral y de la política, que preside la crítica y la innovación también constitucional y que, de lo contrario, quedaría desvirtuado en su asimilación a los valores constitucionales contingentemente positivados.

2.3. *El principio liberal y laico de la separación entre derecho y moral*

Como he sostenido en otras ocasiones, la tesis de la recíproca autonomía de derecho y moral tiene dos significados distintos,

aunque relacionados desde el punto de vista histórico y filosófico[4]. En un primer significado, ilustrado en los dos parágrafos anteriores, es una tesis *asertiva* de tipo teórico, que se limita a enunciar la que será preferible denominar la *distinción* entre derecho y moral y la recíproca autonomía de los juicios jurídicos de validez y los juicios ético-políticos de justicia; frente a las tesis iusnaturalistas que sostienen que los primeros pueden ser derivados de los (o se fundan en los) segundos y a las tesis ético-legalistas conforme a las cuales los segundos son derivables de los (o se fundan en los) primeros. En un segundo significado es en cambio una tesis *normativa* de tipo filosófico-político, que prescribe la *separación* en sentido estricto de derecho y moral: esto es, el principio que excluye tanto la pretensión de que las normas jurídicas sean justas sólo por ser jurídicas, como la pretensión opuesta de que la moral, que en definitiva es siempre *una* determinada moral, deba modelar, sólo por ser moral, el derecho positivo, prescribiendo, por ejemplo, que (el juicio sobre) la inmoralidad de una conducta determinada baste para imponer o justificar una prohibición o un castigo. En el primer sentido la tesis de la recíproca autonomía de derecho y moral, de la que se han ocupado García Figueroa e Iglesias Vila, está en la base del positivismo jurídico. En el segundo sentido esa misma tesis, de la que se ha ocupado Rodolfo Vázquez, está en la base del liberalismo político y del principio de laicidad tanto del derecho como de la moral.

Adelanto en seguida que no veo desacuerdos relevantes en las observaciones críticas desarrolladas por Vázquez. Su «objetivismo mínimo» en moral, sobre cuya base ciertas «necesidades (biológicas y psicológicas)» correspondientes al «contenido mínimo del derecho natural», esto es, a ciertos «bienes fundamentales o convicciones profundas, como se prefiera denominarlas» (p. 495) que reclaman tutela por parte del derecho, designa una teoría ética que considero ampliamente aceptable, aparte de los términos «objetivismo» moral y «derecho natural», que personalmente evitaría.

4. Remito, en particular, a *Diritto e ragione*, cit., § 15, pp. 203-209 (trad. cast. *Derecho y razón*, cit., pp. 218-225).

Por lo demás, en cuanto al problema del aborto y de la tutela de los embriones Vázquez comparte mi crítica al ontologismo ético y mi tesis de que 'persona' es una calificación moral no deducible del reconocimiento de que embriones y fetos sean entidades vivas (p. 498). Compartimos además, sobre todo, una tajante distinción entre el problema moral de la licitud del aborto, que remite a la libertad de conciencia de cada cual, y el problema ético-político de la legitimidad moral del castigo, reclamado por los partidarios del «absolutismo moral» (p. 494) en virtud de su calificación del aborto como un acto inmoral (pp. 501-502). Finalmente, Vázquez se opone con firmeza a la penalización del aborto con los argumentos típicos de esa ética liberal que yo mismo he tenido ocasión de defender[5]: el derecho de la mujer a su propio cuerpo, el valor de su autonomía, su dignidad como persona, el principio de igualdad de oportunidades vitales, la reducción y no el aumento de los abortos que (como ilustra la experiencia italiana) se deriva de su práctica liberalización (p. 503).

La crítica de Vázquez se dirige contra mi tesis moral, por él caracterizada como «voluntarismo performativo», con arreglo a la cual «el embrión es merecedor de tutela *si y sólo si* es pensado y querido por la madre como persona» (p. 498): tesis que él atribuye a las «versiones exageradas» del laicismo liberal, en las que el feto, e incluso el recién nacido, no son seres dotados de valor, pues carecen de propiedades diferentes a las de los «animales dotados de sensibilidad desarrollada» (p. 501). Rechazo frontalmente esta asociación. Mi tesis moral afirma únicamente: *a*) que el embrión es merecedor de tutela no en cuanto tal, sino sólo en cuanto está destinado a nacer, es decir a convertirse en 'persona'; *b*) que este destino, que compromete a la persona de la madre, que no puede, conforme a la

5. Recuerdo, sobre el problema del aborto, mis escritos «Aborto, morale e diritto penale»: *Prassi e teoria* 3 (1976), pp. 397-418, y «La 'questione aborto'. Il problema morale e il ruolo della legge»: *Critica marxista* 3 (1995), pp. 41-47. El texto sobre el embrión analizado por Rodolfo Vázquez es «La questione dell'embrione tra diritto e morale»: *Politeia* XVIII/65 (2002), pp. 153-168, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, «La cuestión del embrión entre derecho y moral»: *Jueces para la Democracia. Información y Debate* 44 (2002), pp. 3-12.

bien conocida máxima kantiana, ser utilizada como un medio para fines ajenos a ella, no puede ser decidido más que por la madre, desde su autonomía y responsabilidad moral; *c*) que por tanto la autodeterminación de la mujer trae al mundo no sólo un cuerpo sino también una 'persona' y es, en este sentido, determinante para el nacimiento tanto del primero como de la segunda.

De todo ello, sin embargo, no se desprende en absoluto, como afirma críticamente Vázquez, que mi «voluntarismo constitutivo» permita «determinar el valor moral de la persona de forma arbitraria en cualquier momento de la gestación o, incluso, después del mismo nacimiento» (p. 500). La tutela de la autodeterminación de la maternidad exige solamente que se establezca un tiempo mínimo —como son por ejemplo los primeros tres meses de gestación previstos por la ley italiana— para tomar la decisión acerca del posible aborto: un tiempo mínimo y puramente convencional, a partir del cual el feto adquiere el valor, obviamente no revocable, de una persona. En todo caso, añado, esta tesis moral mía, aunque no compartida —por ejemplo por los católicos, que consideran al embrión y al feto «objetivamente» personas— es del todo independiente de la tesis específicamente filosófico-jurídica (la única que puede contar desde el punto de vista del derecho) de la ilegitimidad moral y política del castigo del aborto, que es lesiva de la dignidad moral de la mujer y que resulta además del todo ineficaz para la propia tutela de los fetos: una tesis ético-política que incluso los católicos deberían compartir si aceptaran laicamente que su moral no precisa el apoyo del brazo armado del derecho penal.

2.4. *La teoría jurídica del constitucionalismo y las diversas aproximaciones empíricas a su universo de discurso*

Pero volvamos a la relación entre positivismo y constitucionalismo. Al final de su ensayo, Iglesias Vila distingue dos tipos de constitucionalismo: un «constitucionalismo político», según el cual la «constitución es un acuerdo político-social que establece

las reglas de juego de una sociedad, diseñando la estructura institucional y las bases para la justicia social en el seno de la comunidad política» (p. 94), y un «constitucionalismo humanista», que concibe la constitución como «un mecanismo jurídico para hacer efectivos ciertos principios de justicia que son objetivos y universales», en el sentido de que corresponden a «deberes generales de justicia que todos tenemos frente a todos» (p. 95). En este segundo sentido, «la constitución no es una mera norma positiva, sino una presentación abreviada del mínimo moral que el derecho tiene la función de proteger». Y añade: «el constitucionalismo político es claramente compatible con el positivismo jurídico, mientras que el constitucionalismo humanista no lo es» (*ibidem*).

Mi constitucionalismo, concluye Iglesias Vila, «aunque sin pretenderlo, se mueve de forma ambivalente entre estas dos formas de constitucionalismo» (p. 95): se decanta por el primero cuando afirmo que la constitución es una norma positiva, de la que forman parte únicamente los principios en ella establecidos, y por el segundo cuando declaro que las constituciones reflejan y positivizan «los derechos elaborados por la tradición iusnaturalista como 'innatos' o 'naturales'» y que «una vez establecidos en esos contratos sociales escritos que llamamos constituciones se convierten en derechos positivos de rango constitucional»; concibiendo, además, la constitución de un lado como «un pacto histórico fruto de las luchas sociales y la negociación», y, de otro, como «un pacto hipotético que positiviza ciertos derechos naturales»; ligando, finalmente, la constitución a la «voluntad jurídica y política del momento» y sosteniendo, a la vez, que está en la lógica interna del constitucionalismo su expansión en tres direcciones diferentes: hacia la protección de los derechos sociales, en relación con los poderes privados y en el ámbito global (p. 96). Por lo demás, también García Figueroa ve en mi teoría numerosas y «fuertes tensiones internas»: entre mi profesión positivista y la función crítica del derecho positivo que atribuyo a la ciencia jurídica; entre el enfoque analítico y el carácter normativo de mi proyecto teórico; entre mi confianza en la razón y mi «pesimismo institucional y antropológico» que «se refleja sobre el derecho mismo» (pp. 267-268).

Me alegro de la ocasión que se me ofrece para disipar las ambigüedades y contradicciones que se me atribuyen. Dado que no me reconozco en absoluto en ese «constitucionalismo humanista» que dibuja Iglesias Vila, pues me he opuesto siempre al ontologismo de los valores y al cognitivismo moral de un supuesto «mínimo ético» que está en su origen, las (a mi entender aparentes) contradicciones y tensiones son explicables con los diferentes tipos de tesis y discursos de los que pueden ser objeto los derechos fundamentales y sus correspondientes normas constitucionales, como por lo demás cualquier otro argumento jurídico. Por un lado, tesis y discursos teóricos, por otro, tesis y discursos empíricos, esto es, discursos referidos a ordenamientos concretos desde los diferentes puntos de vista (jurídico-positivo, histórico, sociológico, axiológico) desde los que pueden ser interpretados los discursos teóricos.

Estos diversos tipos de discursos han sido desarrollados de forma paralela en algunos de mis trabajos, siendo los discursos empíricos otras tantas interpretaciones de los teóricos. No obstante, he insistido siempre en (y en todo momento he tenido buen cuidado de distinguir) los distintos estatutos disciplinares. Cuando afirmo que la constitución es una norma de derecho positivo que expresa todos y sólo los principios en ella formulados, enuncio una tesis de teoría del derecho. Cuando sostengo que si la constitución es una norma de derecho positivo, impone la crítica y la censura como inválidas de las normas que la contradigan, enuncio una tesis de meta-teoría (pragmática) o de epistemología del derecho. Cuando digo que las constituciones modernas han positivizado los derechos que la tradición iusnaturalista había teorizado como «innatos» o «naturales», enuncio una tesis de historia del derecho, sin compartir obviamente la idea de que tales derechos sean «innatos» o «naturales», pero reconociendo que como tales han sido concebidos en el ámbito de la filosofía política iusnaturalista. Cuando digo que la constitucionalización de los derechos fundamentales es el fruto de luchas sociales y de acuerdos políticos, enuncio una tesis de historia y de sociología del derecho. Cuando auguro la expansión del paradigma constitucional en las tres direcciones antes indicadas, sosteniendo que tal expansión está en la lógica de los

derechos fundamentales proclamados en nuestras constituciones y en las diferentes cartas de derechos como «universales» (es decir, atribuidos universalmente a todos), enuncio una tesis de filosofía política o, si se prefiere, de política del derecho. Cuando propongo definiciones estipulativas —desde la definición de 'expectativa' a la de 'derechos subjetivo' y, a partir de ahí, de 'derecho fundamental' y hasta de 'paradigma constitucional'—, enuncio tesis teórico-jurídicas puramente formales, carentes por sí mismas de significado, a las que sólo sobre la base de una interpretación semántica, como mostraré en el capítulo siguiente, corresponden, en cada caso, tesis jurídico-dogmáticas, sociológico-jurídicas, o axiológico-políticas.

Finalmente, como ha observado Susanna Pozzolo[6], mi pesimismo no se refiere en absoluto al derecho y las instituciones sino únicamente al poder, y camina de la mano de la idea de que solamente el artificio jurídico es capaz de limitar sus abusos (pp. 413 y 419); hasta el punto de que he recibido incluso la acusación contraria de excesivo «optimismo normativo»[7]. Como ha destacado Perfecto Andrés Ibáñez, he establecido la contraposición entre derechos y poderes, describiendo los primeros como límites impuestos a los segundos (pp. 63 y 71). En particular, no he afirmado nunca y no pienso en absoluto, como escribe García Figueroa, que «el derecho sea en sí malo» o, peor aún, que sea «intrínsecamente inmoral» (pp. 275-277 y 282), sino al contrario afirmo que lo que es en sí mismo un mal es el poder, en la medida en que sea poder sin reglas, esto es, poder que carece de los límites y los vínculos que el derecho, precisamente, le impone; y que en esa misma medida —siempre desbordante respecto al derecho, destinado inevitablemente a

6. S. Pozzolo, «Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli», en *Garantismo*, cit., pp. 403-427.

7. Son palabras de D. Zolo, «Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo», en L. Gianformaggio, *op. cit.*, § 3, pp. 449-453. En *Diritto e ragione*, cit., § 59.2, p. 927 (trad. cast. *Derecho y razón*, cit., p. 885), he asociado a los totalitarismos «una visión finalista y optimista del poder como bueno» a la que corresponde una concepción pesimista de la «sociedad mala», y al garantismo la opuesta «concepción pesimista del poder malo» (esto es lo que Zolo, *op. cit.*, p. 452, llama «pesimismo político») a la que corresponde la concepción ilustrada de la sociedad y la función garantista del derecho.

tener un cierto grado de inefectividad— son el poder y su ejercicio, por extra-jurídicos o anti-jurídicos, los que «presentan un 'grado irreductible de ilegitimidad'» (p. 277), que no concurre en sus límites jurídicos.

3

EL GARANTISMO Y LA TEORÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA FORMAL

3.1. *El carácter formal de los conceptos teóricos y su relevancia pragmática*

Llego así a la cuestión central, que ha ocasionado el mayor número de desacuerdos (y a veces, a mi entender, de equívocos). Es la cuestión, ya discutida en anteriores ocasiones, del estatuto epistemológico de la teoría del derecho como teoría formal y del consiguiente carácter formal de todos sus conceptos y de todos sus asertos.

Este carácter formal, ya señalado en el § 1.4, resultará mucho más evidente en la teoría axiomatizada del derecho de próxima publicación: que es una teoría formal porque axiomatizada y que es axiomatizable porque es formal. Añado aquí que es precisamente este carácter formal de la teoría el que, en una aparente paradoja, hace posible, en función de los distintos puntos de vista adoptados y de las consiguientes investigaciones empíricas y opciones ético-políticas, las diversas interpretaciones semánticas debidas no sólo a disciplinas jurídicas relativas a los diversos ordenamientos, sino también a la sociología del derecho y a la filosofía normativa de la justicia. Por lo demás, al elaborar la mayor parte de los conceptos teóricos utilizados por estas disciplinas, esta teoría adquiere una relevancia pragmática decisiva para la justificación de muchas de las tesis, tanto jurídicas como axiológicas, que de tales conceptos se sirven.

Tómese como ejemplo el problema de la guerra. Si en el plano de la teoría del derecho adoptamos, con Hans Kelsen, una definición de «ilícito» que alude a cualquier hecho al que corresponda una «sanción» no podrá decirse, dada la ausencia de sanciones sobre esta materia en el ordenamiento internacional, que la guerra es (siempre) un ilícito; tanto es así que Kelsen, para llegar a calificar a la guerra, a menos en la mayor parte de los casos, como un ilícito, se vio forzado a atribuirle igualmente alguna clase de sanción, y por tanto a sostener que el *bellum iustum* en respuesta a un ilícito internacional previo es en sí mismo una sanción[1]. Una tesis jurídica opuesta encontrará justificación en una definición teórica de «ilícito» como toda «conducta prohibida»: en este caso, a partir de la prohibición formulada en la Carta de Naciones Unidas (y por lo que respecta al caso italiano, en el artículo 11 de la Constitución), la guerra, es decir, el uso desregulado de la fuerza, será calificable como «ilícito» por oposición al uso regulado de la fuerza que es, por el contrario, la «sanción», cuya falta de previsión puede ser calificada, además, como una indebida laguna del ordenamiento, tanto estatal como internacional. No menor, como se verá en los §§ 3.5, 4.3 y 4.4, es la relevancia pragmática, por ejemplo, de las definiciones de «derechos fundamentales» como expectativas normativas a las que corresponden deberes y de las tesis teóricas que de esta definición se derivan a propósito de las relaciones de implicación entre los «derechos» y los «deberes»

1. Es la tesis defendida por Kelsen sobre la base del carácter «primitivo» del ordenamiento internacional: cf. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* [1920], trad. it. de A. Carrino, «Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale», en *Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, § 54, pp. 378-393; Íd., *General Theory of Law and State* [1945], trad. it. de S. Cotta y G. Treves, *Teoria generale del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959, parte II, cap. VI, pp. 332-337, 349 ss., 360-361 (trad. cast. *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México, 1988); Íd., *Law and Peace in International Relations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1952, pp. 36-55; Íd., *Reine Rechtslehre* [1960], trad. it. de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, § 42, apdo. *a*), pp. 352-354 (trad. cast. *Teoría pura del derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1991); Íd., «The Essence of International Law», en K. W. Deutsch y S. Hoffmann (eds.), *The Relevance of International Law. Essays in Honor of Leo Gross*, Schenkmann Publishing Company, Cambridge (Mass.), 1968, p. 87.

correspondientes. En ausencia de una estipulación normativa de tales deberes (considérese la falta de una legislación de actuación de muchos derechos sociales y de los derechos humanos internacionalmente reconocidos), podrá negarse la existencia de los derechos positivamente establecidos, o bien, al contrario, lamentar la presencia de una indebida laguna, según se reconozca o no, sobre la base de las definiciones de los términos teóricos empleados, la existencia al menos de un deber jurídico de introducir los deberes ausentes.

Naturalmente, como dije en el parágrafo anterior, bien puede suceder que los discursos sociológicos, los discursos jurídicos y los discursos filosófico-políticos se superpongan en un mismo contexto, ofreciendo interpretaciones complementarias de la teoría. Por ejemplo, ante la inefectividad observable en el plano *histórico* y *sociológico* de la prohibición de la guerra establecida positivamente en la Carta de Naciones Unidas y en numerosas constituciones estatales, puede afirmarse en el plano *jurídico*, además de la ilicitud de la guerra misma, la existencia de una laguna en las técnicas e instituciones de garantía, que a su vez bien puede ser interpretada como una violación indebida que reclama, desde el plano *jurídico* interno de las disciplinas internacionalistas y constitucionalistas, pero también desde el plano *axiológico* externo de una teoría política normativa, la introducción de las garantías ausentes: entre ellas, la prohibición de las armas, el castigo y la justiciabilidad de la guerra como crimen, la atribución a la ONU del monopolio del uso legítimo de la fuerza entre estados y similares. Estas tesis, sin embargo, no han sido formuladas directamente desde la (sino que constituyen otras tantas interpretaciones empíricas de la) teoría, la cual se limita a formular las definiciones formales de los conceptos de «efectividad», «norma», «prohibición», «ilícito», «garantía», «instituciones de garantía» y «laguna», que nos permiten leer la guerra como ilícito, en cuanto prohibida por las normas internacionales, y la ausencia de garantías adecuadas como una indebida laguna que es preciso colmar.

Insisto en la importancia de esta tesis meta-teórica, que atañe a la totalidad de los conceptos de la teoría, y no sólo a aquellos que, de aquí en adelante, ejemplificaré y analizaré al

haber sido objeto de crítica en nuestro debate. Precisamente, los conceptos de 'paradigma constitucional', 'derechos fundamentales', 'expectativa deóntica', 'derecho subjetivo', 'validez' y 'vigencia'.

3.2. *El concepto de paradigma constitucional*

Es formal, ante todo, el concepto de 'paradigma constitucional' o 'garantista'. Como ya he adelantado, dicho paradigma equivale, en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio. Es precisamente en su carácter formal, y por tanto en el reconocimiento del carácter «contingente» en el plano teórico-jurídico de sus contenidos, donde reside, a mi entender, la innegable y no opinable fuerza vinculante del paradigma constitucional; mientras la tesis de la conexión con la (esto es, con *una*) moral debilita su valor teórico, reduciendo el constitucionalismo a una ideología más o menos compartida que sublima como código moral la constitución existente. Prueba de ello es que el garantismo constitucional, como se verá con más detenimiento en el capítulo 7, ha ido expandiéndose históricamente y aún puede seguir haciéndolo, a tenor de las concretas necesidades incorporadas en él como derechos fundamentales, avanzando en diversas direcciones: en la tutela tanto de los derechos sociales como de los derechos de libertad; frente a los poderes privados y frente a los poderes públicos; en el plano internacional y en el estatal. No sólo. El lenguaje de los derechos fundamentales no es más que el lenguaje específico, aunque ciertamente el más evolucionado, a través del cual han llegado a ser tratados, en la cultura occidental, aquellos intereses vitales que se reconocían como universales o de todos. Pero ello no es obstáculo para que una teoría jurídica del garantismo pueda sacar provecho también de otros lenguajes y conceptos, como por ejemplo el de los bienes fundamentales y los bienes comunes, elaborados por otras culturas y dotados de una diferente, si bien no menos importante, función garantista. No se excluye, por ejemplo, en

esta perspectiva, la función garantista que podría desempeñar en el futuro una Carta de bienes fundamentales o comunes, sustraídos al mercado y protegidos por adecuadas garantías de inviolabilidad. En efecto, el derecho es sólo una forma y una técnica de garantía, a la que se pueden atribuir los contenidos más dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis. El derecho no es un fin en sí, al ser sus fundamentos axiológicos siempre externos o hetero-poiéticos respecto de sí mismo y los valores por él tutelados —justos o injustos, compartidos o no compartidos— algo diferente de la forma jurídica por medio de la cual se produce su tutela.

En este sentido, se entiende que la separación de derecho y moral sea un corolario meta-teórico del carácter formal e ideológicamente neutral de la teoría del derecho. No se trata de una mera cuestión de palabras, como parece sugerir Alfonso Ruiz Miguel cuando admite una «clara conexión» entre derecho y moral, en virtud de que «la positivación no trasmuta por arte de magia lo que era moral en algo que pasa a ser exclusivamente jurídico» (p. 226). Lo que la tesis de la separación entre derecho y moral rechaza no es la idea obvia de la positivación de determinados contenidos morales, sino la idea, de ninguna manera inocua y tampoco inocente, de que la convención jurídica positivice *la* moral en cuanto tal, esto es, «lo que era moral» no ya según los constituyentes, sino intrínseca u objetivamente. En efecto, decir que «derecho», en virtud de esta positivación, es únicamente el justo (o moral), siendo su moralidad una connotación de su «concepto», y que además el derecho justo (o moral) es precisamente el que expresan nuestras constituciones, constituye, como ya he adelantado, una mezcla de iusnaturalismo y de legalismo ético; que, por un lado, pone en entredicho las connotaciones liberales y laicas del paradigma constitucional y, por otro, corre el riesgo de transformarlo en un «fundamentalismo humanitario» —la expresión es de Danilo Zolo[2]— intolerante con las diferentes morales y culturas; favoreciendo de ese modo, como por lo

2. D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi,* Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 129.

demás ya sucedió en el pasado y sigue sucediendo, los valores imperialistas como factor de enfrentamiento y no de encuentro entre civilizaciones.

El mismo argumento vale, por lo demás, en relación con el positivismo jurídico. Adrián Rentería Díaz, aun haciéndose eco de mi distinción entre los diferentes tipos de discurso con los que cabe interpretar la teoría del derecho, sostiene que mi definición de los derechos fundamentales mantiene en realidad «un nexo con un universo normativo, axiológico» (p. 130), de tal forma que «resulta un tanto incomprensible (mi) insistencia en desear resolver la cuestión del fundamento de esos (y no otros) derechos fundamentales reduciéndola a una mera disputa sobre niveles de discurso y ámbitos disciplinarios» (p. 133). Y me invita, como también Iglesias Vila y García Figueroa, a «repensar mi posición iuspositivista» y a emprender, respecto del constitucionalismo, la misma operación de revalorización política que realizó Uberto Scarpelli respecto del positivismo en su clásico ensayo *Cos'è il positivismo giuridico*[3].

Son muchas las deudas que tengo con mi maestro Uberto Scarpelli. Sin embargo, lo que me separa de él es precisamente su valoración apriorística e incondicional del positivismo jurídico en cuanto tal, como si hubiera un nexo conceptual y no históricamente contingente entre el positivismo jurídico y los valores de la libertad y el estado de derecho de cuya garantía es condición necesaria pero no suficiente. Me separa, en suma, el positivismo ético o ideológico, que identifica la ley como valor en sí y en el cual, a su pesar, el propio Scarpelli acaba cayendo. También el positivismo jurídico, no menos —e incluso con aun mayor claridad— que el constitucionalismo, es un paradigma formal, fundado sobre el principio de mera legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente y, al tiempo, válido, que por lo demás puede recibir cualquier contenido. Es posible entonces repetir en este lugar, y a mayor razón, lo que Luis Prieto Sanchís ha dicho sobre el constitucionalismo: que es condición necesaria pero no suficiente del garantismo, dado

3. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.

que el principio de legalidad, como muestra la experiencia, puede convalidar cualquier contenido normativo. Comparto, pues, en principio, no sólo la defensa teórica y meta-teórica, sino también la defensa política hecha por Scarpelli del positivismo jurídico. No obstante, y para que esta defensa no se desvirtúe y caiga en el positivismo ético, hay un salto lógico que es preciso evitar y que solamente la separación entre derecho y moral, y la no reducción de la segunda al primero, podría impedir. Reconociendo así que el paradigma iuspositivista es un paradigma, como se ha dicho, formal, necesario pero no suficiente —que puede tener cualquier contenido—, para fundar el papel garantista del derecho por medio de la positivación de los valores jurídicos que se consideren merecedores de garantía. Una cosa, en definitiva, es el paradigma, ya sea positivista o constitucional, y otra son los valores y los contenidos positivados gracias a él.

3.3. *Definición y tipología de los derechos fundamentales*

Igualmente formal, como he sostenido en diversas ocasiones, es el concepto de 'derechos fundamentales', a propósito del cual Rentería Díaz me acusa de haber eludido la pregunta de Danilo Zolo acerca de cómo es posible que una definición formal de 'derechos fundamentales'[4] pueda servir de fundamento a las cuatro tesis de teoría de la democracia que quise derivar de ella en el ensayo en que la propuse originalmente (pp. 125-128). Ya he aclarado, en respuesta a una crítica análoga de Luca Bac-

4. Conforme a dicha definición, conviene recordar, «son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por '*status*' la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas» (*Diritti fondamentali,* cit., I, 1, p. 5; trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, [2]2005, p. 19).

celli[5], que esa definición sirve para fundar únicamente las dos primeras de las cuatro tesis citadas: por un lado la distinción, dada por definición, entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales y, por otro, la consiguiente indisponibilidad negocial de los primeros en cuanto derechos universales recogidos en normas heterónomas, así como de los límites sustanciales impuestos a la legislación (no en virtud de su carácter fundamental o universal sino únicamente) en virtud de su rango constitucional; mientras que, por el contrario, la tercera tesis, aquella según la cual la mayor parte de los derechos fundamentales no son derechos de ciudadanía sino derechos de la persona, es una tesis de derecho positivo, formulada sobre la base de las principales constituciones actuales y de las convenciones internacionales, y la cuarta —que alude a la distinción entre derechos y garantías— es una tesis meta-teórica sobre el carácter normativo de la lógica en relación con el derecho, de la que me ocuparé en el próximo capítulo.

Por lo que respecta a la pregunta, no ciertamente de teoría del derecho sino de filosofía política, formulada por Zolo y por Rentería Díaz acerca de los fundamentos axiológicos de los diferentes derechos fundamentales que nos ha legado la tradición histórica del constitucionalismo democrático —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales—, mi respuesta, situada también en el plano de la filosofía política, es la misma que ya tuve ocasión de manifestar en mi segunda réplica: los fundamentos se encuentran, a mi entender, en los valores de la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil, que por ese medio se persiguen[6]. No obstante, Rentería Díaz considera que al establecer «una suerte de línea continua entre (mi) definición (teórico-formal)

5. L. Baccelli, «Diritti senza fondamento», en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, edición de E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 201-204; trad. cast. «Derechos sin fundamento», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 197-202. Mi réplica se encuentra en *Diritti fondamentali*, cit., III, § 5, pp. 310-313 (trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 330-334).

6. «I fondamenti dei diritti fondamentali», en *Diritti fondamentali*, cit., III, §§ 4-8, pp. 298-345 (trad. cast. «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 314-371).

de derechos fundamentales, exenta de connotaciones axiológicas y válida para cualquier orden jurídico, y la tipología» antes mencionada que hace referencia a tipos de derechos a los que atribuyo un «valor positivo» (pp. 129-130), habría acabado diciendo «no sólo *qué son*» sino también «*cuáles deben ser*, en un plano que no es ni teórico ni dogmático, sino axiológico», los diferentes tipos de derechos fundamentales, contradiciendo así el carácter formal de mis definiciones.

No es así. Mis tipologías de derechos fundamentales y las diferentes clases de derechos que se mencionan, como subraya Valentina Pazè (p. 154), no son menos formales que la definición misma de derechos fundamentales. En ellas se dice qué son los derechos —los atribuidos a todos en cuanto personas, los atribuidos a todos en cuanto ciudadanos, los atribuidos a todos en cuanto personas capaces de obrar y los atribuidos a todos en cuanto ciudadanos capaces de obrar— y se denomina, por medio de las expresiones 'derechos de la persona', 'derechos del ciudadano', 'derechos civiles' y 'derechos políticos', las cuatro clases de derechos que surgen a partir de la definición inicial de 'derechos fundamentales'. Pero estas cuatro clases, o cada una de ellas, podrían, en cada ordenamiento particular, estar formadas por derechos diferentes y convertirse incluso en clases vacías. Lo mismo puede decirse de la distinción entre 'derechos de libertad' y 'derechos sociales', definidos unos como derechos fundamentales consistentes en expectativas negativas de no lesión y los otros como consistentes en expectativas positivas de prestación, sin que nada se diga de *cuáles son* tales derechos en los ordenamientos concretos. Sólo de manera contingente, y ni siquiera siempre, los diferentes derechos llegan a identificarse histórica y jurídicamente con los establecidos en las actuales constituciones: el *habeas corpus*, la libertad de prensa, de reunión y de asociación, el derecho de huelga, los derechos a la salud y a la educación, los derechos negociales y el derecho de voto. Podría incluso darse el caso, como ya sucede en algunos ordenamientos y ha sucedido en el pasado, de que algunos de estos derechos no sean o no hayan sido positivados, o que otros nuevos lo sean en el futuro, como el derecho a la vivienda, el derecho a una renta básica o

el derecho a la información. Menos aún mis definiciones dicen «cuáles deben ser en el plano axiológico» los derechos fundamentales: si me viera forzado a proponer una definición axiológica, además de extender la categoría de los derechos sociales a los derechos que acabo de mencionar, acogería sin duda la ofrecida por Michelangelo Bovero, que excluye la ciudadanía de la lista de los *status* que constituyen sus presupuestos, y que, sin embargo, habré de criticar desde la perspectiva de la teoría del derecho, por ser incompleta e inadecuada, como se verá en el § 7.3. Que luego mis definiciones hayan sido diseñadas, como dice Rentería Díaz, partiendo de sus finalidades explicativas y reconstructivas, incluidas las relativas a la democracia constitucional (pp. 136-137), no sólo no lo niego, sino que lo reconozco como función explicativa y pragmática de la teoría; cuya relevancia empírica resulta satisfecha por las interpretaciones semánticas que permite, merced tanto a los discursos jurídico-dogmáticos acerca de cuáles «son» los derechos fundamentales, como de los discursos filosófico-axiológicos sobre los derechos que «deben ser».

Más puntuales son las dos críticas a mi definición de los derechos fundamentales ofrecidas por José Luis Martí Mármol[7]. Esta definición, sostiene Martí Mármol, carecería de capacidad explicativa por ser, de un lado, demasiado extensa y, de otro, demasiado estrecha: *a*) demasiado extensa porque incluiría: *aa*) el derecho de los españoles a defender a España (art. 30.1 CE), *ab*) el derecho de un autor al acceso a un ejemplar único o raro de su propia obra (art. 14.7 de la ley española de Propiedad Intelectual), así como *ac*) derechos fútiles como el de saludarse por la calle (pp. 368-369 y 375); *b*) demasiado estrecha porque dejaría fuera algunos derechos, entre los que se encuentra el de la inviolabilidad del domicilio, derogable por el consentimiento del titular (nota 37, p. 396), o el derecho al sufragio pasivo (y, añadiría yo, a la libertad personal) de los que un sujeto puede ser privado mediante una condena (p. 376 y

7. J. L. Martí Mármol, «El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli. Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», en *Garantismo*, cit., pp. 341-364.

p. 396, nota 42). Tengo la impresión de que ambas críticas son el fruto de otros tantos malentendidos.

En relación con la primera crítica, si por una parte no veo por qué los dos primeros derechos mencionados en ella no deben ser considerados fundamentales, por otra temo que Martí Mármol, con respecto al tercer derecho, haya pasado por alto la condición de existencia de los derechos fundamentales, como de cualquier otra situación jurídica, expresada por el principio de legalidad o de positividad. Los derechos fundamentales existen en cuanto son adscritos por normas jurídicas positivas, cosa que *no por casualidad* no ha sucedido nunca en el caso del derecho a saludarse por la calle, salvo en el divertido ejemplo imaginado por Martí Mármol del país de Zembla, donde el constituyente habría incluido en una norma constitucional —una norma que además sería absolutamente rígida (según la tesis que, como diré en el § 6.1, Martí Mármol indebidamente me atribuye)— el derecho y la obligación correlativa de los ciudadanos de saludar por la calle a sus conocidos (pp. 379-380). Obviamente, criticaría la introducción de un derecho tan absurdo, que por lo demás yo mismo había sugerido por pura hipótesis en el plano teórico[8], sin negar en absoluto su carácter fundamental; de la misma forma que, añado, no niego el carácter fundamental de un derecho nada imaginario, y a mi entender mucho más criticable, como es el ya mencionado de los ciudadanos estadounidenses a portar armas, que les confiere la segunda enmienda de su gloriosa Constitución.

Igualmente infundada me parece la segunda crítica que supone un segundo malentendido consistente, como mostraré en el § 6.1, en la incomprensión del significado de 'indisponibilidad' y en la confusión entre 'indisponibilidad activa' (o no negociabilidad privada) e 'indisponibilidad pasiva' (o inviolabilidad por parte de los poderes públicos). Como ha recordado acertadamente Lorenzo Córdova Vianello (p. 450), la indisponibilidad activa, esto es, el poder de privarse de o de alterar los propios derechos fundamentales, es un corolario de su

8. *Diritti fondamentali*, cit., I, § 1, p. 6 (trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 21).

universalidad, como normas heterónomas que en ningún caso pueden ser modificadas por la autonomía privada. No tiene sentido, por tanto, afirmar que el derecho a la inviolabilidad del domicilio quedaría derogado por la voluntad de sus titulares de permitir la entrada en su casa a todas aquellas personas que deseen hacerlo, dado que el asentimiento del titular de un derecho no implica en absoluto la renuncia o la disposición, y mucho menos su violación. A su vez, la indisponibilidad pasiva, que será preferible denominar 'inviolabilidad' por parte de fuentes inferiores, es exactamente la determinada por la fuente que establece los derechos en cuestión. En otros términos, los derechos fundamentales establecidos por una constitución tienen el contenido (y, como veremos, el grado de rigidez) expresado por la constitución misma: por ejemplo, la privación del sufragio pasivo o de la libertad personal en ella establecidos, si por lo general no puede llevarse a cabo por medio de leyes ordinarias, sí puede serlo, como admiten la mayoría de las constituciones (incluida la española: art. 23.2 sobre el acceso de los ciudadanos «a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»; art. 17 sobre garantías penales y procesales en materia de privación de la libertad personal «en los casos y en la forma previstos por la ley»), como pena dictada en el ejercicio de la potestad punitiva. En definitiva, según la Constitución española, el derecho de acceso a cargos públicos es un derecho político que corresponde a quienes, los ciudadanos por así decir *optimo iure*, reúnen los requisitos previstos por la ley; y el derecho a la libertad personal consiste en la inmunidad frente a las detenciones arbitrarias y no en la inmunidad frente a cualquier tipo de detención.

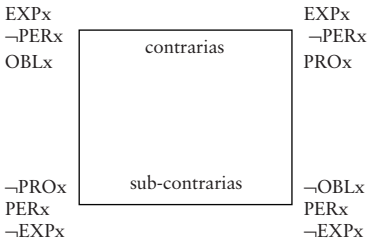
3.4. *El concepto de expectativa deóntica*

Igualmente formales, tanto como los correspondientes conceptos de obligación y de prohibición, son mis conceptos teóricos de expectativa positiva y de expectativa negativa. Bernardo Bolaños y Juan Antonio Cruz Parcero reconocen, tomando ambos como punto de partida el ensayo *Aspettative e garanzie*

de la que constituye un fragmento[9], que la mía es una teoría axiomatizada y por ello formal, que como tal nada dice sobre los contenidos concretos del derecho positivo, ni tampoco, por consiguiente, sobre las expectativas jurídicas que éste dispone o predispone. Sus tesis enuncian, sencillamente, las correlaciones lógicas, representables mediante el clásico cuadrado de oposiciones, entre expectativas positivas y expectativas negativas, que he llamado «figuras deónticas activas», y las obligaciones y prohibiciones que a ellas corresponden, que he denominado «figuras deónticas pasivas» (o «expectativas deónticas»)[10]. La que

9. B. Bolaños, «La estructura de las expectativas jurídicas», en *Garantismo*, cit., pp. 293-318; J. A. Cruz Parcero, «Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», *ibidem*, pp. 319-338. El texto objeto de análisis es «Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatizzata del diritto», en L. Lombardi Vallauri (ed.), *Logos dell'essere, logos della norma*, Adriatica Editrice, Bari, 1999, pp. 907-950, trad. cast. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, «Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho»: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho* 20 (1997), pp. 235-278, parcialmente reproducido en L. Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, cap. IV, pp. 141-168.

10. En «Aspettative», cit., y en «Expectativas», cit. (y en términos mucho más analíticos en el ya mencionado *Principia iuris*), he conectado el tradicional cuadrado deóntico de las oposiciones, formulado en términos de 'permiso' a un cuadrado equivalente y simétrico formulado en términos de 'expectativa'. Un término, este último, ajeno al léxico corriente de la teoría del derecho y de la lógica deóntica, que he definido y formalizado a través de sus correlaciones con el 'no permiso (de la omisión o de la comisión)' y que ha acabado revelándose fundamental para el análisis y la definición de diversos conceptos teóricos: en particular, del concepto de 'derecho subjetivo', de la tipología de los 'derechos', así como del concepto de 'relación jurídica' entre titulares de situaciones jurídicas pasivas (consistentes en expectativas positivas o negativas) y titulares de situaciones activas (consistentes en las obligaciones y las prohibiciones correspondientes). Correlativamente a las relaciones entre los no permisos y los permisos (positivos y negativos), también las que existen entre las expectativas y las no expectativas (positivas y negativas) pueden ser representadas por medio del mismo cuadrado de oposiciones:



Bolaños llama «expectativa legítima» y que yo llamo simplemente «expectativa jurídica» es la expectativa que una norma jurídica dispone (como en el caso, por ejemplo, de los derechos fundamentales) o predispone como efecto de un acto por ella hipotéticamente previsto (como, por ejemplo, en el caso de los derechos patrimoniales). He definido, además, como «garantías primarias» las obligaciones y las prohibiciones que corresponden, respectivamente, a las expectativas positivas y negativas, y como «garantías secundarias» las obligaciones atribuidas a un juez de anular o sancionar los actos lesivos, por acción o por omisión, de las garantías primarias.

Pues bien, tanto Bolaños como Cruz Parcero me atribuyen (y hacen objeto de crítica) una teoría suya sobre las expectativas, fruto de una interpretación semántica de estas figuras, que es enteramente diferente de la que se desprende de las definiciones teóricas por mí estipuladas. A tenor de mis definiciones, «expectativa positiva» y «expectativa negativa» son simplemente dos figuras deónticas a las que corresponden, respectivamente, la obligación y la prohibición de un mismo argumento, para otros sujetos. Bolaños, en cambio, entiende «expectativa» en el sentido de «pretensión» (p. 296), limitando además su significado únicamente a su lado activo, es decir, al derecho de obrar en juicio en defensa del derecho violado, con el objeto de hacer valer la que he denominado su «garantía secundaria»; por «derechos subjetivos», él afirma, se entiende, «en teoría del derecho», «el poder de exigir algo ante los tribunales» (p. 297). Sobre esta base cuestiona el significado que yo he atribuido a la expectativa imaginando, por ejemplo, el caso de un trabajador que «es libre de no recibir su salario» y el de un hombre «que puede dejar que le maten» (p. 298): formulaciones éstas a mi

Sobre esta base, el concepto de *expectativa* resulta caracterizado por las cuatro relaciones que se establecen con las correspondientes figuras activas del *permiso*: *a*) decir que de una acción no está permitida la omisión equivale a decir que existe una expectativa (de otro) de su comisión; *b*) decir que no está permitida la comisión equivale a decir que existe la expectativa de su omisión; *c*) decir que está permitida la omisión equivale a decir que no existe la expectativa de su comisión; *d*) decir que está permitida la comisión equivale a decir que no existe la expectativa de su omisión.

entender extravagantes, pues no tiene sentido llamar 'derecho subjetivo' —en el sentido por mí definido de expectativa (negativa) de no lesión o (positiva) de prestación— a la disposición de una persona a dejar que la maten o a renunciar al salario que le es debido.

Sobre todo, además —y pese a que yo he querido distinguir entre 'expectativas deónticas', que sólo implican el deber de otros de hacer o no hacer aquello que es objeto de expectativas positivas o negativas, y 'expectativas cognitivas', consistentes en la creencia más o menos fundada de que sucederá o no sucederá lo que es objeto de expectativas positivas o negativas[11]—, Bolaños interpreta 'expectativa' en el sentido de expectativa cognitiva, y más concretamente de «probabilidad deóntica» (p. 299). Sobre esta base, ofrece interesantes consideraciones sobre la importancia de la teoría de la probabilidad en la ciencia jurídica —yo diría, con más precisión, en la sociología del derecho— remontándose a las aportaciones de Pascal y de otros ilustres autores.

Se trata, indudablemente, de observaciones de gran interés. Nada tienen que ver, sin embargo, con mi concepto formal de 'expectativa' que, como el de 'derecho subjetivo', es un concepto que admite, «en teoría del derecho», definiciones estipulativas ni verdaderas ni falsas elaboradas por el propio teórico. La expectativas, como yo las he definido, no son «creencias» o «previsiones», como escribe Bolaños (pp. 300-301 y 314), más de lo que pueden serlo las obligaciones o las prohibiciones relativas a ellas. En todo caso, sus interpretaciones semánticas en términos probabilísticos ignoran su carácter deóntico o normativo, absolutamente central para la teoría del derecho y para la ciencia jurídica. Le interesarán, quizá, a la sociología del derecho y a la práctica jurídica. Lo que Bolaños llama «grado de probabilidad» equivale, en efecto, al «grado de efectividad» de los derechos (así como de las garantías primarias y secundarias correspondientes a ellos), esto es, al grado de probabilidad de sus respectivas realizaciones, comparado *ex post* con el nú-

11. «Aspettative», cit., § 3, p. 917 (trad. cast. «Expectativas», cit., § 3, p. 245).

mero de los actos que representan su ejercicio, su cumplimiento o su violación. En este sentido, la probabilidad deóntica de la actuación de las expectativas no es diferente de la probabilidad deóntica de la realización de los deberes que de ellas se derivan y, en general, de cualquier otra norma o situación jurídica.

3.5. *El concepto de derecho subjetivo*

Cruz Parcero, por su lado, critica en dos aspectos la «correlación fuerte» (p. 324) que yo habría establecido entre los derechos subjetivos, como expectativas negativas de no lesión o positivas de prestación, y los deberes correspondientes, esto es, las prohibiciones y obligaciones de los mismos argumentos que constituyen garantías primarias de tales derechos. En primer lugar opina que, a las expectativas positivas consistentes en derechos sociales a determinadas prestaciones (asistencia sanitaria, alimentación, educación, seguridad social) no correspondería la obligación de una conducta determinada, sino un genérico fin, no necesariamente «traducible en una conducta», como por ejemplo «la reducción del analfabetismo» o el «pleno empleo» (pp. 323-324). En segundo lugar, entiende que dicha correlación impediría incluir entre los derechos subjetivos los derechos de libertad, consistentes, según él, en facultades, esto es, en figuras deónticas activas (pp. 322 y 334-336), y no en expectativas pasivas.

Vuelve a manifestarse en estas críticas, a mi entender, la incomprensión del carácter formal de mis definiciones, que nada dicen sobre el contenido de los derechos en los diferentes ordenamientos. La correlación que ellas establecen entre expectativas y deberes (o garantías primarias) correspondientes es una relación lógica, en virtud de la cual el argumento de las primeras es exactamente el mismo —determinado o indeterminado, simple o complejo, y hasta plenamente realizable o irrealizable— que el argumento de los segundos. En el caso de los derechos a la educación o al trabajo, el deber no consiste en la genérica reducción del analfabetismo o en el pleno empleo,

que son políticas sociales, sino de proporcionar educación y trabajo a sus titulares.

Con respecto a los derechos activos —desde el derecho de libertad y de autonomía hasta el derecho de propiedad—, de ninguna manera quedan «fuera» (p. 322) de mi tipología de los derechos. Al contrario, he afirmado que al igual que los demás derechos subjetivos éstos no consisten sólo en facultades o en poderes, sino también en expectativas negativas, en virtud de las cuales los mismos no son «meras facultades», sino facultades reforzadas, precisamente, como derechos. Además, consisten en expectativas de no lesión, de no impedimento o de no amenaza, a las que corresponden las relativas prohibiciones atribuidas a otros sujetos, empezando por el legislador y las fuerzas de seguridad del Estado. Son, en definitiva, no sólo facultades, sino también inmunidades, esto es, libertades negativas en sentido fuerte, garantizadas por las correspondientes prohibiciones de lesión.

Sé bien que esta tesis de la correlación deóntica (y no óntica) entre derechos y garantías, sobre la que habré de volver en los §§ 4.3 y 4.4, se aparta, como escribe Cruz Parcero (p. 325), de la kelseniana, que ya he criticado en diversas ocasiones, según la cual, en ausencia de los correspondientes deberes, no existirían derechos subjetivos. Como he escrito otras veces, una tesis semejante, según la cual no existirían, por ejemplo, los derechos sociales a pesar de hallarse constitucionalmente reconocidos, si falta una legislación de desarrollo que disponga las obligaciones correspondientes e instituya los órganos competentes para cumplirlas, es abiertamente anti-positivista, dado que contradice el principal postulado del positivismo jurídico: el principio según el cual una norma existe si y sólo si ha sido puesta por la autoridad legitimada por el ordenamiento para su producción. En ella se niega, en efecto, como si la teoría tuviera funciones legislativas, la existencia de normas de derecho positivo que disponen tales derechos, en lugar de reconocer, en la ausencia de las obligaciones correspondientes, una laguna del ordenamiento consistente en su incumplimiento. No sólo. Como escribe muy acertadamente Michelangelo Bovero, decir que un derecho constitucionalmente establecido no existe sólo

porque no han sido dictadas las leyes de desarrollo equivale a reconocerle al legislador el poder de hacer vana, de abrogar o en todo caso de derogar la constitución, ocultando así su violación (pp. 237-238).

Resulta, por lo demás, sorprendente que Pablo de Lora no vea la «diferencia práctica» entre las dos tesis —la de la inexistencia de las normas que establecen derechos sociales en ausencia de los deberes correspondientes y la que califica dicha ausencia como laguna— «si no hay un mecanismo para instar al legislador para que colme esa laguna» (pp. 256-258). Una laguna, quiero aclarar, que es claramente técnica, estructural, y no «trivialmente» ético-política, como piensa De Lora (p. 257), pues conlleva la inaplicabilidad de las normas de derecho positivo en las que se contemplan tales derechos. La diferencia, para quienes se toman en serio el derecho positivo y por tanto también las constituciones, consiste en el hecho de que el reconocimiento de lagunas y garantías equivale al reconocimiento de un incumplimiento jurídico, que permite fundar un juicio sobre la ilegitimidad tanto jurídica como política, que sólo se resuelve con la aplicación de las normas violadas por medio de la eliminación de las lagunas y, cuando sea posible, de la creación de los «mecanismos» ausentes para completarlas.

Pero volvamos a la estructura de los derechos subjetivos y a sus relaciones con aquellos deberes en los que he situado sus garantías. Es cierto, como recuerda Cruz Parcero (p. 328), que las diferencias estructurales por mí identificadas entre *derechos fundamentales* (universales, iguales, indisponibles, inmediatamente establecidos por normas, garantizados por último sólo por medio de otras, diferentes normas de realización) y *derechos patrimoniales* (singulares, desiguales, establecidos por las mismas normas que establecen sus garantías, como efectos de los actos en ellas previstas) son tales que, en sentido estricto, como yo mismo he afirmado en diferentes ocasiones, sería preferible designar las dos clases de figuras con palabras diferentes: una operación que, por lo demás, he considerado imposible sin caer en una insostenible distorsión del lenguaje ordinario. Pero no es en absoluto cierto que yo haya desarrollado «dos subteorías, una de los poderes, la otra de los derechos fun-

damentales», «tomando claramente partido» por los segundos (*ibidem*) y no por los primeros: como si el análisis conceptual que pone de manifiesto las diferencias de estructura entre las diversas subclases dentro de una clase de argumentos implicase un juicio «valorativo». Al contrario, he identificado el rasgo común a las dos clases de derechos a partir del hecho de que ambas consisten en expectativas —unas universales (*omnium*), las otras singulares (*singuli*)— de no lesión o de prestación.

Con tres precisiones añadidas. La primera es que entre los derechos fundamentales se incluyen también los derechos-poder de autonomía civil y política que, por tanto, contrariamente a lo que me atribuye Cruz Parcero (p. 328), yo interpreto como derechos universales e iguales y no desiguales. Los que en cambio son singulares y desiguales, y consisten además en derechos-poderes, son los derechos reales o patrimoniales de propiedad sobre bienes determinados, que no han de ser confundidos con los derechos fundamentales e indisponibles de autonomía de cuyo ejercicio depende su disposición.

La segunda precisión se refiere a la noción de 'derecho subjetivo', con la cual en modo alguno entiendo, en contra de lo que afirma Cruz Parcero, «cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica» que presente «tres rasgos estructurales: *a*) la forma universal de su imputación, *b*) su estatuto de regla general y abstracta y *c*) su carácter indisponible e inalienable» (p. 329). Ésta es mi propia noción de 'derechos fundamentales', que he identificado, como recuerda el propio Cruz Parcero recogiendo en esa misma página la definición, con «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas o de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar». Por el contrario, la noción de 'derecho subjetivo' es una noción más extensa, de género, que incluye cualquier expectativa de no lesión o de prestación y por consiguiente también los derechos patrimoniales, identificables, contrariamente a los derechos fundamentales, con todos aquellos derechos que corresponden a un sujeto con exclusión de los demás.

La tercera precisión se refiere a mis distinciones (cruzadas) entre 'derechos de la persona' y 'derechos del ciudadano' y

entre 'derechos primarios' y 'derechos secundarios'. Estas distinciones, como ya he dicho en el § 3.3, son tan analíticas y formales como las demás en cuanto designan, respectivamente, los derechos adscritos a todos en cuanto personas, los derechos adscritos a todos en cuanto ciudadanos, los derechos adscritos a todos en cuanto personas o ciudadanos y los derechos adscritos a todos en cuanto personas o ciudadanos capaces de obrar. No designan, en definitiva, realidades ontológicas o naturales. La circunstancia referida por Cruz Parcero de que en México la libertad de expresión del pensamiento se reconoce únicamente a los ciudadanos y no a las personas puede dar pie a una crítica política o externa a la Constitución mexicana, pero no contradice en nada mi definición, sobre cuya base se dirá que ese derecho se configura en México como un derecho del ciudadano y no de la persona. No sólo. Incluso las nociones teóricas de 'persona', 'ciudadano' y 'capaz de obrar' son nociones no ontológicas sino formales, que no nos dicen (ni tienen por qué decirnos) nada acerca de los requisitos establecidos por el derecho positivo para que se le atribuya en cada ordenamiento a alguien el estatus de persona (de ser humano nacido, feto, embrión, animal inteligente o similares), de ciudadano (dotado de nacionalidad, o residente en el territorio de un Estado durante un determinado lapso de tiempo o similares) o de capaz de obrar (dotado de conocimiento y voluntad, de edad superior a un determinado número de años o similares).

3.6. *Los conceptos de validez y vigencia*

Son, por último, formales, esto es, independientes de las concretas normas sobre la producción normativa de los diferentes ordenamiento, las definiciones de los conceptos teóricos de 'validez' y de 'vigencia'. Alfonso Ruiz Miguel, quien por lo demás ha dejado constancia, al igual que Adrián Rentería Díaz, de mi distinción entre discursos de teoría del derecho, discursos de dogmática jurídica y discursos de teoría política, critica como débilmente explicativa la distinción entre estos dos conceptos, tomando el ejemplo del ordenamiento francés, en el cual la

ley, cuando no ha sido declarada previamente inválida por el *Conseil Constitutionnel*, resulta inatacable; o del ordenamiento austríaco, en el que el control de constitucionalidad puede ser reclamado únicamente por determinados tribunales superiores; o también de la experiencia estadounidense, en la que el control difuso de la inconstitucionalidad de las normas no conlleva su expulsión formal del ordenamiento, sino tan sólo su inaplicación en el caso concreto y, especialmente, si dicha inconstitucionalidad es pronunciada por el Tribunal Supremo, la caducidad de hecho vinculada al valor del precedente (pp. 218-220).

Son, sin duda, diferencias relevantes. No obstante, nada dicen, incluso en esos ordenamientos, acerca de la invalidez de las normas inconstitucionales, por mucho que se mantengan vigentes por una razón u otra, ni de la función crítica de la ciencia jurídica en relación con ellas. Sirven, sencillamente, para sugerir la tesis —de carácter no teórico-jurídico sino abiertamente teórico-político— de la (mayor) debilidad de las garantías constitucionales secundarias existentes en dichos ordenamientos. Si a continuación se afirmara, en el plano de la dogmática jurídica, que en un determinado ordenamiento el conflicto entre una norma de rango legal con la constitución no determina su invalidez, y que en ese mismo ordenamiento la validez y la vigencia de las leyes coinciden, ello querría decir que nos encontramos ante una constitución flexible, cuyas normas no están situadas en una posición jerárquicamente superior a las normas (esto es, a la producción de las normas) de rango legal. Pero ni siquiera en este caso la distinción conceptual entre vigencia y validez perdería su valor, precisamente porque 'validez' (e 'invalidez') son conceptos teóricos formales, que designan la conformidad y la coherencia (y la discrepancia o la incoherencia) de una norma respecto de las normas sobre su producción, cualesquiera que sean el ordenamiento y el nivel normativo de referencia. No es por tanto esta distinción —que está en condiciones de dar cuenta *incluso* de ordenamientos complejos como los dotados de normas constitucionales de rango superior a las normas de ley ordinaria— la que carece de capacidad explicativa, como escribe Ruiz Miguel (p. 219),

en relación con los ordenamientos elementales en los que la validez y la vigencia de las leyes vienen a coincidir. Es, el contrario, la tesis kelseniana de la identidad entre vigencia y validez la que carece de capacidad explicativa en las actuales democracias constitucionales, en las que la prescripción normativa y la actividad concreta de las jurisdicciones constitucionales muestran cotidianamente la existencia de normas legislativas vigentes pero inválidas.

En definitiva, la distinción entre el concepto de 'vigencia', vinculado exclusivamente a las formas del acto normativo, y el de 'validez', vinculado además a sus contenidos o significados prescriptivos, aumenta la complejidad conceptual de la teoría de acuerdo con la mayor complejidad estructural de los estados constitucionales de derecho, de tal forma que la primera logra explicar el fenómeno de la invalidez de las leyes vigentes a partir de su incoherencia con las normas constitucionales, sin que ello disminuya en absoluto su capacidad explicativa en relación con lo que sucede en los estados legislativos de derecho, en los que validez y vigencia de las leyes coinciden a causa de la ausencia de normas de grado superior a las leyes. De aquí surge una teoría dotada de un mayor grado de intensión, pero no de menor extensión, a la que servía para dar cuenta únicamente de los estados legislativos de derecho[12]. Sostener lo contrario sería como negar la consistencia teórica, por ejemplo, de los conceptos de 'derechos fundamentales' o de 'igualdad

12. La extensión de la teoría, esto es, de su campo de investigación, varía en efecto, según un conocido principio lógico, inversamente a la intensión de la teoría misma (E. Nagel, *The Structure of Science* [1961], trad. it. de A. Monti, *La struttura della scienza. Problemi di logica nella spiegazione scientifica*, Feltrinelli, Milano, 1968, cap. V, § 3, p. 111 y cap. XV, § 2, p. 591; trad. cast. *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, Paidós, Barcelona, 1989). Cuanto mayor sea la extensión de la teoría, menor será su capacidad analítica, es decir, la intensión de sus conceptos y de sus asertos y, por tanto, la idoneidad de dichos asertos para explicar la complejidad de ordenamientos positivos históricamente determinados. No es cierto, sin embargo, lo contrario. La mayor intensión de la teoría, esto es, su mayor adherencia a los actuales ordenamientos evolucionados, implica, simplemente, la menor extensión de algunos de sus conceptos y asertos, entre los que hay algunos, los más elementales, que son aplicables a sistemas jurídicos diferentes de los asumidos como objetos privilegiados de investigación.

jurídica', o bien de las nociones de 'separación de poderes' o de 'representación política', por el solo hecho de que existen ordenamientos elementales que carecen de derechos fundamentales y/o del principio de igualdad y/o de la separación de poderes y/o de la representatividad política de las instituciones legislativas.

4

EL GARANTISMO Y LA FUNCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

4.1. *La interpretación de la constitución y la jurisdicción constitucional*

Las «consecuencias más radicales de la distinción entre validez y vigencia», dice Alfonso Ruiz Miguel (p. 220), afectan al tercer orden de cuestiones mencionadas al comienzo: la función no sólo descriptiva de normas vigentes, sino también crítica respecto de las normas inválidas que, a mi entender, le corresponde a la ciencia jurídica y a la jurisprudencia en el paradigma teórico del constitucionalismo rígido. Estas implicaciones suscitan a Ruiz Miguel tres órdenes de preocupaciones y de inquietudes.

La primera inquietud es de carácter epistemológico. Una concepción semejante, que no permite distinguir de forma tajante entre tesis descriptivas de las normas vigentes y tesis críticas y ampliamente valorativas de las normas inválidas (p. 221), supone una amenaza para el carácter descriptivo y avalorativo de la ciencia jurídica y, al tiempo, para la distinción establecida por Bentham y Austin, y que yo comparto, entre «la dogmática», que interpreta el «derecho que es», y la «política jurídica», que proyecta y promueve el «derecho que debe ser». La segunda inquietud es de carácter específicamente teórico-jurídico: esa misma concepción supone una amenaza

para la certeza del derecho y para la rígida sujeción del juez a la ley que es, con seguridad, como yo mismo he sostenido en numerosas ocasiones, uno de los valores principales del garantismo y la principal fuente de legitimación de la jurisdicción. La tercera preocupación es de carácter teórico-político: se refiere a la excesiva discrecionalidad derivada de la indeterminación de muchos principios constitucionales, y por tanto del excesivo poder —tanto más preocupante a causa del carácter tendencialmente conservador o incluso reaccionario, minimizado por mi «excesivo optimismo», de gran parte de la cultura jurídica— que el constitucionalismo rígido atribuye a la jurisdicción constitucional (pp. 224-228).

A estas objeciones de Ruiz Miguel respondo con dos órdenes de consideraciones, uno de carácter epistemológico, otro de carácter fáctico. Observo, ante todo, que ciertamente no depende de mis tesis teóricas, sino de la estructura normativa de los estados constitucionales de derecho que mis tesis se limitan a reflejar, la posible y a veces opinable invalidez sustancial de las normas legales por incoherencia con principios constitucionales formulados en términos vagos y/o valorativos, y por tanto el carácter valorativo y no puramente descriptivo de los relativos juicios de inconstitucionalidad. Ni mucho menos depende de mis tesis teóricas, sino de la naturaleza lingüística de las normas constitucionales que son objeto de interpretación, y en particular de su grado de indeterminación, la incertidumbre del derecho y la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional: incertidumbre y discrecionalidad que de ninguna manera van a disminuir porque la teoría las niegue sino sólo, al contrario, si su reconocimiento sirve para promover un lenguaje constitucional más preciso y riguroso.

En segundo lugar, a mi entender, es conveniente reducir el alcance de las preocupaciones expresadas por Ruiz Miguel. Es seguramente cierto que la indeterminación lingüística de las normas constitucionales y de los juicios de valor que su interpretación precisa reduce la certeza del derecho y genera, como ha observado también Marina Gascón Abellán (pp. 34-35), una innegable discrecionalidad de los juicios de inconstitucionalidad que juega en contra de su legitimación política. No obstan-

te, esta indeterminación no anula el carácter tendencialmente cognoscitivo de la interpretación judicial como aplicación sustancial de las normas constitucionales y, por consiguiente, el fundamento específicamente legal de su legitimación y de su independencia. La discrecionalidad interpretativa de los jueces constitucionales es, en efecto, como la de cualquier otro juez, un rasgo inevitable de la aplicación jurisdiccional de la ley. Y no es ciertamente mayor que la discrecionalidad recurrente en la aplicación de cualquier otra ley, empezando por las leyes penales, que el propio Ruiz Miguel reconoce como inevitable. Considérese la discrecionalidad que exige la determinación judicial del significado de «peligrosidad» o de «indicios graves de culpabilidad» como presupuestos de la detención preventiva, o de «pequeña cantidad» de droga destinada al consumo propio, que es ciertamente superior a la exigida en el juicio acerca de si una determinada discriminación viola el principio de igualdad o si una determinada medida policial restrictiva de la libertad personal viola el principio constitucional del *habeas corpus*.

En definitiva, la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional, sobre la que volveré en los §§ 5.3 y 5.4, no es más alarmante que la discrecionalidad de la jurisdicción ordinaria, tanto civil como administrativa. Respecto de ésta, al contrario, adquiere un valor garantista. Apelo aquí a la distinción, habitualmente ignorada, que he establecido en referencia al derecho penal pero que tiene alcance teórico general: la que existe entre *incorporación limitativa* e *incorporación potestativa* de valores o criterios de valoración en el principio de legalidad[1]. La primera consiste en la incorporación de valores o criterios de valoración (considérense por ejemplo los derechos de libertad o el principio de igualdad) en los niveles normativos de grado superior. Valores y criterios que, por mucho que su interpretación sea discrecional, establecen *límites*, es decir, condiciones necesarias de validez que reducen y condicionan todos los poderes, tanto legislativos como judiciales, de nivel inferior. La segunda consiste en cambio en la incorporación, generada por

1. *Diritto e ragione*, cit., § 26.4, pp. 356-360 (trad. cast. *Derecho y razón*, cit., pp. 362-365).

la ausencia de estipulación de límites en los niveles normativos superiores (considérese el principio de mera legalidad «quod principi placuit legis habet vigorem»), de valores o criterios de valoración en los niveles normativos inferiores. Valores o criterios que corresponden a *potestades* discrecionales, esto es, a condiciones suficientes de validez que se traducen en una ampliación de todos los poderes de nivel inferior[2].

Es evidente que las constituciones democráticas, en la medida en que establecen límites y vínculos, introducen una incorporación limitativa respecto de la totalidad de los poderes públicos. Por eso no me parece justificada la preocupación manifestada por Marina Gascón Abellán cuando dice que los juicios de (in)validez constitucional, en cuanto juicios discrecionales, no favorecen el garantismo (p. 35). Realmente también en el plano constitucional sería deseable el máximo rigor lingüístico. Pero es cierto, sin embargo, que, aun siendo discrecionales, las valoraciones de inconstitucionalidad son siempre un factor de limitación de los poderes públicos en garantía de los derechos y de los principios constitucionalmente establecidos. En efecto, estas valoraciones reducen la discrecionalidad de los poderes legislativos, judiciales y administrativos, delimitando lo que podríamos denominar la «*legítima* esfera de lo decidible» en su competencia. Esto vale claramente en el caso de la jurisdicción de constitucionalidad, la cual actúa en defensa de lo que yo llamo la «esfera de lo indecidible» anulando o dejando de aplicar (y en un momento todavía anterior previniendo la aprobación de) leyes sustancialmente inválidas por constitucionalmente ilegítimas. Pero vale también para la jurisdicción ordinaria, pues la incorporación limitativa de principios o valores en la constitución reduce su discrecionalidad en la interpretación de las leyes, limitada y vinculada por el imperativo de la coherencia con las normas constitucionales. Es éste un hecho habitualmente

2. «De ello se sigue, en lo que se refiere a los juicios de validez, que cuanto más avalorativos sean sus criterios —como en el caso límite en el que es válido cualquier mandato del soberano—, tanto más valorativas, es decir, impregnadas de juicios de valor extra-jurídicos, pueden ser tanto la legislación como la jurisdicción; y viceversa» (*Diritto e ragione*, cit., p. 359; trad. cast. *Derecho y razón*, cit., p. 364).

ignorado. Por mucho que sean vagos y estén formulados en términos valorativos, los principios constitucionales sirven en todo caso para aumentar la certeza del derecho, ya que limitan el abanico de las posibles opciones interpretativas, obligando a los jueces a asociar a las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquéllos. Considérese, por ejemplo, la indeterminación semántica del delito de «ofensas a la religión por injuria a quien la profesa», previsto en el artículo 403 del Código Penal italiano: la sentencia de la Corte Constitucional núm. 188, de 8 de julio de 1975, ha declarado su legitimidad constitucional a condición de que la «figura de la conducta injuriosa se circunscriba a sus justos términos, marcados... por la exigencia de hacer compatible la tutela penal del bien protegido por la norma en cuestión con la más amplia libertad de manifestación del pensamiento en materia religiosa» establecida por el artículo 2.1 de la Constitución.

Así se explica la aparente paradoja generada, como ha recordado Perfecto Andrés Ibáñez (pp. 63-64), por los dos tipos de incorporación: la discrecionalidad judicial es tanto mayor cuanto menores sean los límites a la discrecionalidad legislativa. Sólo la estricta legalidad asegurada por la existencia de vínculos y garantías constitucionales, empezando por la taxatividad de las disposiciones legales, puede en efecto garantizar una correcta relación entre legislación y jurisdicción, es decir, entre política y administración de justicia, sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Esta tesis, elaborada inicialmente en relación con el derecho penal[3], tiene un alcance general. La legislación (y por tanto la política) vinculará al poder jurisdiccional y, por ello, hará valer la primacía del Parlamento y de la política, en la medida en que se encuentre vinculada por la constitución al uso, en particular, del lenguaje legal más unívoco y riguroso que sea posible. A su vez, los jueces estarán tanto

3. Remito a «Jueces y política», en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas* 7/4 (1999), pp. 76-77; «L'etica della giurisdizione penale»: *Questione giustizia* 1/5 (1999), pp. 498-500; «Il giudizio penale», en S. Nicosia (ed.), *Il giudizio. Filosofia, teologia, diritto, estetica*, Carocci, Roma, 2000, § 3, pp. 195-198, trad. cast. «El juicio penal», en L. Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., cap. VI, § 3, pp. 240-243.

más vinculados a la ley cuanto ésta circunscriba, con formulaciones precisas de los supuestos legales que les corresponde determinar, sus poderes, que de lo contrario serían absolutos. Sólo respetando la estricta legalidad penal, por ejemplo, la política puede asegurar el principio constitucional de reserva absoluta de ley en materia penal y reducir la discrecionalidad judicial imponiendo al juez el sometimiento *exclusivo* a la ley.

Un argumento análogo podría valer en relación con la cuestión, planteada por Ruiz Miguel (pp. 220-224), de la función crítica que el paradigma constitucional atribuye a la dogmática jurídica: una función no diferente, en el plano epistemológico, a la que dicho paradigma asigna a la jurisdicción. No hay duda de que esta función, en particular en el caso de la identificación de lagunas, no se ve favorecida, como afirma Ruiz Miguel, por esa tradición conservadora de la cultura jurídica a la que él se refiere. No es menos cierto, en todo caso, que al jurista, como él mismo sugiere, no le está permitido cubrir las lagunas estructurales que pueda detectar cuando no consiga deducir las normas ausentes a partir de otras normas, y que lo único que puede hacer en estos casos es denunciarlas y proponer su solución *de iure condendo* (p. 221); como tampoco puede hacer nada en el caso de las antinomias, cuando no esté en condiciones de resolverlas por vía interpretativa[4]. Es igualmente indiscutible el

4. Es útil precisar que —como se verá mejor en las definiciones formalizadas que estipularé en *Principia iuris*— tomo «antinomia» y «laguna» en un sentido mucho más restringido que el habitual. En concreto, como «vicios» del ordenamiento, porque no pueden ser subsanados directamente por el intérprete sino sólo, en el caso de las antinomias, por un pronunciamiento jurisdiccional de anulación (o de no aplicación) de una norma vigente pero inválida, y, en el caso de las lagunas, por un acto legislativo que introduzca la norma que falta. Por tanto, no entran entre las antinomias y las lagunas, en sentido estricto o estructurales, ni las llamadas antinomias que pueden ser resueltas con el criterio cronológico o mediante el de especialidad, ni las subsanables mediante la analogía o aplicando principios generales. Las antinomias y las lagunas en el sentido que yo propugno aluden a un fenómeno diverso, vinculado a la jerarquía de las normas, que la teoría debe delimitar y afrontar: el que, cuando no se han resuelto, hace inaplicable una norma de grado superior. En el caso de las antinomias por la presencia y la aplicación de una norma vigente y en contraste con ella, aunque sea de grado subordinado; y en el caso de las lagunas por la ausencia de las normas de actuación de aquélla, inaplicables, por tanto. En efecto, diré que mientras el criterio cronológico y el de especialidad son meta-normas constitutivas, en cuanto tales inviolables e inmedia-

carácter a veces ampliamente opinable y discrecional de estos asertos, a causa de la incierta frontera que separa la descripción y la valoración crítica. Pero ello no es obstáculo para que esta clase de juicios críticos —cuyo carácter opinable, repito, no difiere del de otras interpretaciones jurídicas, basadas en elecciones que muy a menudo implican juicios de valor— se hayan impuesto por el cambio epistemológico de la ciencia jurídica generado por la virtual divergencia deóntica introducida por el constitucionalismo rígido entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del derecho.

4.2. *La función crítica y normativa de la ciencia jurídica. Seis falacias ideológicas*

Así pues, el carácter formal de la teoría del derecho no excluye, sino al contrario implica, en su específica dimensión pragmática, la función crítica y normativa que dicha teoría le atribuye a la ciencia jurídica. Es ésta una tesis meta-teórica a mi entender central, vinculada a las tres divergencias deónticas entre «deber ser» y «ser» que, como se vio al comienzo, caracterizan el objeto de la teoría: *a*) al carácter positivo del derecho, esto es, al positivismo, que implica el carácter virtualmente *injusto* del derecho mismo con respecto a criterios de juicio externos a él; *b*) a la estructura gradual de las actuales democracias constitucionales, esto es, al constitucionalismo, que implica el carácter virtualmente *inválido* del derecho vigente con respecto a sus vínculos constitucionales; *c*) a la normatividad de cada grado o nivel normativo con respecto a los argumentos regulados por ella y a la consiguiente divergencia entre derecho y realidad, entre normas y hechos, entre sistema normativo y práctica jurídica, que implica el carácter virtualmente *inefectivo* del derecho tal como se refleja en las concretas conductas de sus destinatarios.

La teoría del derecho trata, en efecto, estas tres divergencias entre deber ser y ser (*del*, *en el* y *de* derecho), que remiten a

tamente operativas, el criterio jerárquico es una meta-norma regulativa, respecto de la cual las antinomias y las lagunas estructurales constituyen otras tantas violaciones.

otros tantos niveles de discurso, cada uno de los cuales es normativo respecto al otro: entre justicia y validez; entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad. Ignorar estas tres divergencias deónticas supone, en mi opinión, incurrir en otros tantos pares de falacias ideológicas, lamentablemente demasiado frecuentes y a veces convergentes: *aa*) la *falacia iusnaturalista*, que confunde la vigencia y/o la validez de las normas con su justicia, impidiendo la identificación de las normas vigentes y/o válidas aunque injustas; *ab*) la *falacia ético-legalista*, que confunde la justicia con la vigencia y/o con la validez, e impide reconocer las normas injustas aunque vigentes o válidas; *ba*) las dos *falacias paleo-positivistas*, que confunden vigencia y validez, asumiendo una el ser de las normas jurídicas como su deber ser y, con ello, impidiendo la constatación de su invalidez y de las consiguientes antinomias, y la otra, a la inversa, identificando el deber ser de las normas con su ser y, con ello, impidiendo la comprobación de su falta de vigencia y de las consiguientes lagunas; *ca*) la *falacia realista*, que confunde la efectividad con la validez, impidiendo ver su invalidez o la ilegalidad de lo que efectivamente sucede; *cb*) la *falacia normativista*, que al contrario confunde la validez con la efectividad, impidiendo ver la inefectividad de las normas válidas.

De las tres divergencias, la más importante para la ciencia del derecho en sentido estricto es evidentemente la que se da entre validez y vigencia, introducida por el constitucionalismo rígido al diferenciar el deber ser (constitucional) y el ser (legislativo) de las normas jurídicas. A partir de esta distinción es posible predicar simultáneamente, sobre la base de una pluralidad de normas de rango diferente, el permiso y el no permiso (por ejemplo, la libertad de pensamiento y los delitos de opinión), o bien la expectativa de un determinado comportamiento y a la vez su no expectativa por la falta de la obligación correspondiente (por ejemplo, el derecho a la salud sin que haya sido un servicio sanitario obligatorio para satisfacerlo). En caso de que el permiso y la expectativa fueran de rango constitucional, la contradicción únicamente puede ser salvada por la ciencia jurídica, sobre la base de las tesis deónticas de la teoría del derecho, identificando en la indebida presencia de la prohibición

una *antinomia* y en la indebida ausencia de la obligación una *laguna*. En todo esto no hay nada particularmente extraño: en un sistema nomodinámico la lógica está en la teoría, y no siempre en el derecho, el cual, por tanto, bien puede ser ilegítimo respecto a sí mismo.

Se resuelve así, en mi opinión, la *vexata quaestio* de la normatividad de la ciencia jurídica: de la teoría del derecho, por un lado; de las disciplinas jurídicas positivas, por otro. De normatividad de la teoría se puede hablar solamente desde dos puntos de vista. El primero es el del innegable carácter estipulativo y por tanto normativo de los postulados y de las definiciones teóricas, que tienen siempre el carácter no de descripciones o determinaciones verdaderas o falsas del significado (como son en cambio las dogmáticas, definiciones léxicas vinculadas a dictado legislativo) sino de convenciones y, por consiguiente, de prescripciones según la forma «asumo o convengo o propongo que se entienda por 'acto jurídico', por 'norma jurídica', por 'derecho subjetivo', por 'derechos fundamentales' o similares aquello que presente las siguientes connotaciones...». El segundo aspecto es el expresado por los principios de la lógica deóntica, que he denominado *principia iuris tantum* por ser externos al derecho pero no a la teoría, en oposición a los principios internos al derecho porque consisten en normas jurídicas y que por eso he denominado *principia iuris et de iure*[5]. Se trata de los principios representados en el nivel teórico por medio de los dos cuadrados, conectados y simétricos, de las relaciones deónticas: el de las figuras deónticas activas expresadas en términos de 'permiso' (esto es, de permiso de la comisión y/o de la omisión, de no permiso de la omisión y de no permiso de la

5. Sobre la distinción entre *principia iuris tantum* y *principia iuris et de iure*, que va a ser ampliamente ilustrada en la introducción al libro ya mencionado *Principia iuris*, remito de momento a «Diritti fondamentali e democrazia costituzionale», en *Analisi e diritto. 2002-2003*, Giappichelli, Torino, 2004, § 1, pp. 331-335. En ese mismo volumen de *Analisi e diritto*, cit., se encuentran también los ensayos de R. Guastini «Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica», pp. 413-416, y de P. Comanducci «Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali», pp. 317-329, traducidos al castellano en *Garantismo*, cit., «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», pp. 245-249, y «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales», pp. 105-118.

comisión), sobre cuya base es posible identificar las antinomias, y el de las figuras deónticas pasivas expresadas en términos de 'expectativas' (esto es, de expectativas positivas o de la comisión, de expectativas negativas o de la omisión, de no expectativas de la comisión y/o de la omisión, siendo las dos primeras correlativas a los no permisos y las otras dos a los permisos, respectivamente negativos o de la omisión y/o positivos o de la comisión), sobre cuya base es posible identificar las lagunas[6].

Son estos principios teóricos *iuris tantum* los que confieren a las disciplinas jurídicas positivas una función crítica y normativa respecto de las antinomias y las lagunas que se dan en su objeto. Pero esta función crítica y normativa, en cuya promoción consiste la dimensión pragmática de la teoría, no es diferente a la que desempeña la (o una) lógica o la (o una) matemática con respecto a cualquier otro lenguaje o discurso empírico. Dicha función está atribuida a la ciencia jurídica de los concretos ordenamientos jurídicos empíricos por el cambio de su estatuto epistemológico introducido por el paradigma del constitucio-

6. Véase el cuadrado deóntico de las modalidades activas y de las expectativas pasivas reproducido en la nota 29. Es oportuno hacer hincapié en el hecho de que las cuatro figuras del cuadrado lógico de las oposiciones interpretado en sentido deóntico (de un lado, en términos de 'permitido que', 'no permitido que', 'permitido que no' y 'no permitido que no'; de otro lado, en términos de 'no expectativa que no', 'expectativa que no', 'no expectativa que' y 'expectativa que') las tomo no como operadores lógicos, sino como términos teóricos. La consecuencia meta-teórica de esta opción, que será aclarada en detalle en el ya mencionado *Principia iuris*, es que el entero sistema de los modos deónticos, habitualmente entendido como una específica lógica modal aplicada al lenguaje prescriptivo, será tratado como una parte o una premisa de la teoría, la dedicada precisamente a los sistemas deónticos o prescriptivos en general. Aquí me limito a justificar esta opción con el carácter nomodinámico de ese particular sistema deóntico que es el derecho positivo, en el cual las modalidades y las expectativas no son más que las diferentes situaciones jurídicas producidas (o no producidas) como significados y efectos de actos preceptivos (en coherencia o no con las normas de rango superior). A causa de este carácter, las relaciones y oposiciones deónticas entre situaciones jurídicas no siempre son verdades analíticas, como serían si estuvieran referidas a sistemas nomoestáticos, como la moral o el derecho natural, en los cuales las normas existen y son válidas si han sido deducidas de otras normas y no cabe por tanto la posibilidad de imaginar la existencia ni de antinomias ni de lagunas. Dichas relaciones son, por el contrario, tesis o principios teóricos (*iuris tantum*) que el derecho positivo, sobre cuya base son empíricamente interpretables, puede, de hecho, cumplir o no cumplir.

nalismo rígido, tal como éste ha sido definido y analizado por la teoría. Tal estatuto ya no puede volver a ser el de una «ciencia jurídica contemplativa», conforme a la eficaz expresión de Santiago Sastre Ariza (pp. 285 ss.), puramente «descriptiva» de su objeto si bien con las opciones inevitables requeridas por la interpretación. En efecto, el cambio estructural del derecho se proyecta, retrospectivamente, en el plano meta-teórico, exigiendo a las disciplinas jurídicas positivas, si es que están dispuestas a asumir positivamente las normas constitucionales como normas vinculantes, que identifiquen y critiquen su incumplimiento y reclamen su aplicación por parte del legislador.

En resumen, el análisis de la estructura de las actuales democracias constitucionales desarrollado por la teoría del derecho permite reconocer el grado superior de las normas constitucionales respecto de la legislación, permite calificar como antinomias y como lagunas las posibles divergencias deónticas entre los dos niveles normativos y, consiguientemente, permite asignar un carácter (también) crítico y normativo (además de, obviamente, explicativo) a las disciplinas jurídicas positivas; a las que impone denunciar las antinomias y lagunas y, por tanto, criticar el derecho vigente, promover su corrección y, en todo caso, proponer la solución de los inevitables problemas, conflictos y aporías generados por la complejidad estructural de su objeto. Por esta razón la crítica interna de ese producto humano, lingüístico y artificial que es el derecho por parte de la ciencia jurídica y la normatividad de ésta en relación con la legislación y la jurisprudencia no pueden, como escribe Sastre Ariza (p. 288), ser consideradas un «vicio». Es, en efecto, de la discusión y el análisis crítico, mucho más que de una supuesta «descripción» del derecho que pueda «abrir milagrosamente el acceso al accidentado territorio en el que reside la verdad», de lo que dependen tanto el desarrollo del conocimiento jurídico como su «capacidad para resolver problemas».

La ciencia jurídica, añade acertadamente Sastre Ariza, retomando una tesis de Letizia Gianformaggio[7], actúa así como

7. L. Gianformaggio, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», § 4, en Íd., *op. cit.*, p. 35.

«garantía», dado que sirve para promover la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad constitucional (p. 290). Ello no significa, sin embargo, contrariamente a lo que sostiene Sastre (pp. 290-291), que el paradigma constitucional que he elaborado implique un «fraccionamiento de la moral», esto es, «la adopción de un punto de vista interno de carácter moral», el de la constitución, añadido al punto de vista externo de carácter ético-político. El punto de vista constitucional no deja de ser un punto de vista enteramente jurídico, que puede tener o no correspondencia con el punto de vista moral de cada uno de nosotros, en caso de que la constitución incluya valores que no compartamos. Como se dijo en los §§ 1.1 y 2.2, el constitucionalismo ético o ideológico, que moldea el punto de vista externo conforme al interno concibiendo el diseño de las «constituciones vigentes como el mejor de los mundos posibles», según las palabras de Gerardo Pisarello y de Antonio de Cabo (p. 482), es radicalmente ajeno al paradigma teórico del garantismo y del constitucionalismo.

4.3. *Los cambios en la estructura del derecho y de la democracia introducidos por el constitucionalismo*

Riccardo Guastini considera no «persuasivas» (p. 245) las tesis recién expuestas sobre la función crítica y normativa atribuida a la ciencia jurídica por el paradigma constitucional tal como ha sido desarrollado en la teoría[8]. Por un lado, infravalora la novedad introducida por las constituciones rígidas, admitiendo que «el juicio de invalidez sustancial consiste en reconocer una contradicción entre dos normas» —lo que «no se ve es cómo ese reconocimiento... pueda constituir un juicio de valor» (p. 246)—, pero añadiendo que «el fenómeno de la invalidez sustancial no es una peculiaridad de los ordenamientos jurídi-

8. R. Guastini, «Rigidez», cit., pp. 245-249. Críticas similares aparecen en P. Comanducci, «Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. Mazzarese (ed.), *op. cit.*, pp. 84-86, trad. cast. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, [3]2006, pp. 88-90.

cos con constitución rígida», dado que también en un régimen de constitución flexible es inválido por razones sustanciales el reglamente del ejecutivo que esté en conflicto con la ley, del mismo modo que son inválidos los «actos de aplicación», tanto «jurisdiccionales como administrativos», «en contraste con la ley» (p. 247). Por otro lado, niega que la constatación de una «laguna técnica», como es la que él mismo, a diferencia de De Lora, reconoce en la falta de actuación de los derechos sociales constitucionalmente establecidos por el legislador, sea «una directiva, una propuesta, una recomendación —en definitiva, una prescripción, en sentido amplio— dirigida al legislador (la prescripción, obviamente, de cubrir la laguna en cuestión)» (p. 245).

Como he dicho en una de mis respuestas a la entrevista de Alfonso García Figueroa publicada como apéndice a *Garantismo* (p. 529), no he afirmado nunca que el reconocimiento de una contradicción entre normas de diferente grado, una legislativa y la otra constitucional, sea un «juicio de valor»: juicios de valor son únicamente los requeridos por las opciones interpretativas que los jueces constitucionales (de forma no diferente, por lo demás, a lo que sucede en cualquier otra case de juicio) han de tomar en los juicios de invalidez (o de validez) que les corresponde formular, cuando el texto normativo aplicado se expresa en términos vagos y valorativos.

Dicho esto, por mi parte, no encuentro nada persuasivas las tesis de Guastini de que, por una parte, «el reconocimiento de una contradicción entre normas» no comportaría la prescripción de resolverla y, por otra, que «el reconocimiento de una laguna técnica es evidentemente una cosa distinta de la recomendación de colmarla, dirigida al legislador: es una constatación, no una prescripción» (p. 248). Son observaciones únicamente explicables por la obsesión del cientifismo, identificado con la actitud puramente descriptiva. Son sofismas, que, además, están en abierta contradicción con el derecho positivo. Si es verdad, en efecto, que en los ordenamientos dotados de constitución rígida existe una obligación del juez constitucional de anular las normas que sean constitucionalmente inválidas (lo que he denominado «garantía secundaria») y que a las expectativas

positivas, como las de los derechos sociales, les corresponde la obligación de satisfacerlas con leyes de desarrollo adecuadas (lo que he denominado «garantía primaria»), entonces la «constatación» de una laguna o de una antinomia —aunque tenga lugar en el plano doctrinal— implica la «prescripción» de corregirlas. La dimensión pragmática de los asertos de la teoría que hacen uso de modos deónticos (por ejemplo, la tesis según la cual «si de una cosa existe el permiso, entonces no existe la prohibición», o bien «a un derecho subjetivo corresponde, dependiendo de que consista en una expectativa negativa o en una expectativa positiva, la prohibición de violarlo o la obligación de satisfacerlo») consiste precisamente en el hecho de que tales asertos, al hacer posible la «constatación» de antinomias y lagunas, sugieren y demandan su crítica, así como su solución por vía legislativa o judicial. Y es una dimensión que sólo puede negarse negando a su vez la normatividad de las normas constitucionales respecto de la legislación: que es —me temo— lo que tiende a hacer Guastini cuando habla, a propósito de los derechos sociales, de «normas programáticas» (pp. 245 y 247), esto es, no inmediatamente preceptivas, reexhumando una vieja categoría, dada por muerta en Italia por la Corte Constitucional, por medio de la cual nuestra Corte de Casación intentó, en los primeros años cincuenta, congelar y en la práctica neutralizar la primera parte de la Constitución italiana.

Es innegable que en cualquier ordenamiento nomodinámico, aunque cuente con una constitución flexible, existen, como escribe Guastini, reglamentos y «actos de aplicación» sustancialmente inválidos por estar «en contraste con la ley» (p. 247). Pero éste es un fenómeno hasta cierto punto análogo, aunque en parte también distinto al de la invalidez sustancial de las leyes. Análogo porque dichos actos de aplicación, sean jurisdiccionales, negociales o administrativos, están igualmente destinados a ser anulados, en el caso de que se alegue su invalidez, por la actuación de los órganos jurisdiccionales que tienen la *obligación* de anularlos; y diferente porque las leyes inválidas por contravenir la constitución no son en modo alguno «actos de aplicación», como Guastini acertadamente designa a los actos del primer tipo, y producen consecuencias no equiparables

a las producidas por la invalidez sustancial de las sentencias, de los negocios o de los actos administrativos. De aquí derivan, por lo demás, los cuatro cambios estructurales de paradigma, a que me he referido más veces, y que afectan: *a*) al *derecho*, a causa de la disociación entre vigencia y validez de las leyes y de la virtual aparición de antinomias y de lagunas no inmediatamente salvables por el intérprete; *b*) a la *democracia*, a causa de los límites y de los vínculos al poder político legislativo sobre los que descansa el edificio de la democracia constitucional; *c*) a la *jurisdicción*, a causa del control de constitucionalidad de las leyes inválidas exigido a los jueces que tienen competencia para aplicarlas; *d*) a la *ciencia jurídica*, a causa de la función crítica que tiene asignada en relación con las antinomias y las lagunas[9]. Ninguna de estas cuatro implicaciones se sigue, en cambio, de la invalidez sustancial de los demás actos jurídicos preceptivos; los cuales, a excepción de los reglamentos, consisten en actos singulares —negocios privados, declaraciones judiciales, disposiciones administrativas— que: *a*) no generan antinomias, pues las antinomias consisten en un conflicto entre normas y no en cualquier clase de vicio, formal o sustancial, de un acto de aplicación de normas; *b*) son plenamente compatibles en cuanto sujetos a las leyes, con la omnipotencia del legislador; *c*) no están destinados a ser «aplicados» a través de nuevos actos preceptivos, sino sólo a ser ejecutados o cumplidos; *d*) no entran a formar parte del universo normativo que forma el objeto empírico de la ciencia jurídica.

En conclusión, es precisamente el enfoque positivista el que impone el reconocimiento del carácter normativo, de una parte, de la ciencia jurídica y, de otra, de la filosofía política. Excluye, por un lado, que la dogmática jurídica pueda ignorar la normatividad interna al derecho mismo que se expresa en las actuales constituciones rígidas, y por tanto que no se censure el «ser» del derecho vigente —sus antinomias y sus

9. He desarrollado estas tesis en «Il diritto come sistema di garanzie»: *Ragion pratica* I/1 (1993), pp. 143-161; trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, [4]2004, cap. I, pp. 15-35; «Juspositivismo critico y democracia constitucional», en *Epistemología*, cit., § 8, pp. 265-282.

lagunas— respecto de su «deber ser» constitucional. Por otro lado, ese enfoque implica que derecho positivo no es más que el producido positivamente, independientemente de su injusticia, cuya valoración y censura corresponde a la filosofía política. La función normativa de las tesis deónticas de la teoría en relación con la dogmática y con la filosofía política no es, en definitiva, distinta ni menos ideológicamente neutra que la función de la lógica. Enunciando la incompatibilidad entre permiso de la comisión y prohibición y entre permiso de la omisión y obligación, así como, por otro lado, la implicación entre derechos (ya sean expectativas positivas o negativas) y deberes (sean obligaciones o prohibiciones) correspondientes, estas tesis se revelan como *principia iuris tantum*, es decir, principios internos a la teoría, que no admite contradicciones, pero externos al derecho positivo, que es un sistema nomodinámico en el que las normas existen (o no existen) porque han sido producidas (o no producidas) y no porque sean deducidas de supuestas normas naturales o de razón. De aquí la función crítica y normativa que en una teoría positivista del derecho se atribuye a la dogmática jurídica, a la filosofía política y a la sociología del derecho a partir de las (inevitables) divergencias deónticas, ilustradas en páginas anteriores, entre los diferentes niveles normativos y los relativos puntos de vista desde los que el derecho puede ser contemplado: el jurídico interno de la validez del que se ocupa la primera, el axiológico externo de la justicia propio de la segunda, el descriptivo externo que compete a la tercera.

4.4. *Las garantías fuertes o las garantías débiles correlativas a los derechos fundamentales*

Michelangelo Bovero, interviniendo sobre la cuestión de las relaciones entre derechos y garantías y sobre la cuestión conectada con ella de las lagunas de garantías, propone una brillante recomposición de las diferencias entre mis tesis y las de Riccardo Guastini[10]. Ambas tendrían, observa, dos presupues-

10. M. Bovero, «Derechos, deberes, garantías», en *Garantismo*, cit., pp. 233-244. Las divergencias son las que provienen de las críticas a mis tesis sobre las

tos comunes: *a*) una misma aproximación positivista y *b*) una misma definición de «derecho subjetivo» como pretensión o expectativa a la que corresponde un deber atribuido a otros sujetos. La discrepancia estaría en el hecho de que Guastini, de acuerdo con Kelsen, considera que cuando no existe el deber no existe tampoco el correspondiente derecho subjetivo. A mi entender, en cambio, el hecho de que el deber no exista no supone que no debiera jurídicamente existir y que, por tanto, exista un deber jurídico de establecerlo, esto es, de cubrir la laguna generada por la falta de su introducción. Detrás de la «convergencia en la definición», escribe con precisión Bovero, se esconde una «divergencia en la concepción de los derechos» (p. 234), que evidentemente remite a una diferencia en la concepción del positivismo jurídico y, añado, de la ciencia jurídica, como se ha visto en el parágrafo anterior. Según la interpretación de Bovero (pp. 234-235), mientras el positivismo jurídico de Guastini tiene una connotación predominantemente imperativista (una norma que atribuye un derecho es tal si y sólo si puede ser exigida coercitivamente por medio de sanciones), el positivismo jurídico como yo lo concibo tiene una connotación predominantemente normativista (una norma es tal si y sólo si ha sido producida sobre la base de las normas relativas a la producción de normas).

Bovero propone la superación de la discrepancia observando que, cuando hablamos de deberes correspondientes a un derecho subjetivo, estamos en realidad hablando de dos deberes diferentes y conceptualmente distintos: *a*) de un lado, el deber de cumplir o de no lesionar el derecho (lo que yo llamo «garantía primaria») acompañado o no, en caso de violación,

relaciones entre derechos y garantías, formuladas por R. Guastini, «Tre problemi di definizione», en *Diritti fondamentali*, cit., pp. 43-48, y de mi réplica, *ibidem*, pp. 156-171, trad. cast. de R. Guastini, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 57-62 y 180-196. La misma divergencia ha sido expresada por P. Comanducci, «Forme», cit., trad. cast. «Formas», en *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., que conecta la crítica ya mencionada en el § 4.3 acerca de mi tesis meta-teórica sobre la normatividad de la ciencia jurídica con la crítica de mis tesis teóricas sobre las relaciones de implicación entre derechos y deberes (o garantías) correspondientes y sobre las lagunas consistentes en la ausencia de los segundos en presencia de los primeros.

del deber del juez de aplicar la sanción (lo que yo llamo «garantía secundaria»); *b*) de otro, y antes aun, el deber de introducir los dos deberes del primer tipo (lo que, recuerda Bovero, yo llamo la «obligación de obligar»). Los dos deberes del primer tipo pueden también estar ausentes, en cuyo caso estaríamos en presencia de una laguna; pero subsistiría de todas maneras el deber del segundo tipo, el cual, escribe Bovero, es la norma siempre *implícita* en (esto es, correlativa a) cualquier derecho subjetivo. De aquí se sigue que la «existencia» de este segundo deber, el que enuncia la «exigencia» (p. 238), es decir, el deber de introducir deberes del primer tipo, puede avalar —en el plano empírico-descriptivo y no simplemente en el plano normativo— nuestra común definición de derecho subjetivo como expectativa a la que corresponde un deber. Para evitar malentendidos y resolver definitivamente la cuestión, concluye Bovero, será conveniente utilizar dos términos diferentes para designar los dos tipos de deberes: reservando únicamente para los primeros el término «garantías» («primarias» y «secundarias») y llamando al segundo, que no es en absoluto una garantía (primaria) de no lesión o de realización, «obligación jurídica imperfecta», esto es, «obligación política» (p. 242): la obligación, precisamente, de «obedecer a la constitución» (p. 243).

Se trata indudablemente de una propuesta de gran relevancia, que permite resolver no sólo la disputa teórica, clarificando analíticamente sus términos, sino también la cuestión meta-teórica del estatuto y la función de la ciencia jurídica. Personalmente, acepto sin lugar a dudas el fondo. No puedo sin embargo aceptar, en el marco del sistema de conceptos ya formalizado y estructurado en el trabajo teórico citado al comienzo de estas páginas, la revisión terminológica propuesta, y en particular la redefinición restringida de 'garantía' como suma lógica tan sólo de las garantías primarias y secundarias y no también de la obligación de establecerlas. Pero la sustancia no cambia. Gracias a las sugerencias de Bovero, la discrepancia con Guastini puede quedar resuelta afirmando que la simple enunciación de un derecho fundamental implica en todo caso una garantía, aunque no siempre se trate de una garantía primaria o de una garantía secundaria.

Seguiré, por consiguiente, denominando 'garantía' a cualquier deber correspondiente a una expectativa y por tanto también a un derecho subjetivo: no sólo sus garantías primarias y secundarias, sino también la obligación de obligar (o de prohibir), esto es, de introducir los dos mencionados tipos de garantías. Diremos, por tanto, que un derecho que carece de garantías primarias y/o secundarias no sólo existe, sino que no es en absoluto cierto que carezca de garantías, pues implica siempre la garantía —una meta-garantía, por así decir— consistente en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias ausentes. Convendrá únicamente precisar que mi distinción entre garantías primarias y secundarias, que llamaré *garantías fuertes*, no es en absoluto exhaustiva del entero dominio extensional del concepto de garantía, el cual incluye también la *garantía débil* consistente en la obligación de introducir las garantías fuertes y, por tanto, de cubrir las eventuales lagunas.

5

EL GARANTISMO Y LA SEPARACIÓN DE PODERES

5.1. *Tres cuestiones en materia de «conflictos» entre derechos*

Luis Prieto Sanchís me ha reprochado mi concepción «fuertemente coherentista» del conjunto de derechos constitucionalmente establecidos, en singular tensión con mi «visión conflictualista del sistema jurídico», caracterizado por las inevitables antinomias y lagunas respecto de su «deber ser constitucional» (pp. 46-47)[1]. Críticas análogas han sido formuladas por José Juan Moreso, por Paolo Comanducci y por Andrea Greppi[2]. Se trata por tanto de otra cuestión central, que es preciso discutir detenidamente porque, a mi entender, se han ido produciendo en torno a ella varios equívocos y malentendidos.

Adelanto que no pienso en absoluto no existan conflictos entre derechos fundamentales. Ésta sería una extraña tesis

1. «En otras palabras», añade Prieto Sanchís, «las patologías que denuncia Ferrajoli (antinomias y lagunas) y que resultan ser cruciales en la configuración de su modelo de juez y de jurista, parecen ser siempre verticales o nomodinámicas, producto de un desajuste entre el *deber ser* constitucional y el *ser* de las normas inferiores... lo que Ferrajoli no parece considerar es la aparición de esas patologías dentro del proprio documento constitucional; en particular, no parece considerar la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, ni el problema de su limitación legal en nombre de otros derechos o valores constitucionales» («Constitucionalismo y garantismo», cit., pp. 46-47).

2. J. J. Moreso, «Sobre los conflictos entre derechos», en *Garantismo*, cit., pp. 159-170; P. Comanducci, «Problemi», cit.; A. Greppi, «Democracia», cit.

ético-cognoscitivista, desmentida además por cualquier texto constitucional que reconociese simultáneamente dos derechos en conflicto patente: por ejemplo, un derecho de huelga sin límite alguno de materia, incluyendo por tanto la prestación del servicio en los hospitales, y un derecho a la salud igualmente ilimitado; o también entre derechos de libertad activa, por ejemplo de opinión, sin los límites que a los mismos imponen los derechos de inmunidad como el de la privacidad, la tutela frente a las injurias o calumnias y similares. Conflictos de este tipo, como admiten tanto Prieto (p. 49) como Moreso (p. 160), han sido por mí reconocidos y ejemplificados[3], y no tengo dificultad para reconocer la existencia de otros del mismo género, como algunos de los que ellos señalan. Simplemente he criticado la tendencia habitual en la actual filosofía jurídica a generalizar, enfatizar y dramatizar la existencia de conflictos entre derechos, cualquiera que sea su naturaleza, y una especie de satisfacción en desvelarlos y sacar a la luz el mayor número de ellos, con ejemplos extremos e incluso imaginarios. Una inclinación como ésta, sobre todo cuando se extiende a las relaciones entre el ejercicio de los derechos secundarios de autonomía y el conjunto de los derechos fundamentales, lleva a mi entender a reforzar la tendencia natural de los primeros, consistentes en (derechos-)poderes, a acumularse en formas absolutas y, en general, a debilitar la fuerza vinculante de los segundos. En efecto, no podemos olvidar que las amenazas más graves para la democracia provienen hoy de dos potentes ideologías de legitimación del poder: la idea de la omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de la libertad de mercado como nueva *Grund-norm* del presente orden globalizado.

Distinguiré tres cuestiones en relación con nuestro problema: *a*) la relativa a la naturaleza de los conflictos más frecuentemente ejemplificados, que precisa un análisis conceptual diferenciado de los diferentes derechos (supuestamente) en conflicto; *b*) la relativa a sus criterios de solución, generada por el carácter a veces indeterminado del límite que cada de-

3. *Diritti fondamentali*, cit., III, § 6, pp. 328-331 (trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 351-354).

recho encuentra en las garantías de los demás; *c*) por último, la de los espacios de discrecionalidad en los que a mi entender se resuelven gran parte de los conflictos imaginables. En cuanto a la primera de estas cuestiones reiteraré, sustancialmente, con algunas precisiones, mis tesis anteriores. Con respecto a la segunda, aceptaré gustoso las acertadas indicaciones de Luis Prieto Sanchís y de José Juan Moreso. Con respecto a la tercera, analizaré los diversos tipos de conflictos y las opciones precisas para su solución, sobre la base de los diferentes sujetos legitimados al efecto.

5.2. *Un análisis diferenciado: derechos de inmunidad, derechos de libertad activa, derechos sociales y derechos de autonomía*

Tanto Prieto como Moreso afrontan la primera cuestión analizando los cuatro tipos de relaciones entre los derechos que yo he distinguido (pp. 49 y 160), de los que yo habría ignorado o infravalorado su carácter conflictual. Se trata, en particular, de las relaciones de los demás derechos fundamentales con: *a*) los derechos de libertad-inmunidad, *b*) los derechos de libertad activa, *c*) los derechos sociales, *d*) los derechos de autonomía, tanto civiles como políticos. De las tesis formuladas sobre estas relaciones, que espero presentar de manera más rigurosa en la teoría axiomatizada del derecho en curso de publicación, pretendo dar ahora, aunque sea esquemáticamente, una explicación más clara y precisa que la ofrecida en los textos que han sido objeto de crítica[4].

El desencuentro con Prieto afecta principalmente a la primera de estas relaciones: la que se establece entre las libertades consistentes en meras inmunidades, como la libertad de conciencia o la inmunidad frente a la tortura, que, en mi opinión, al no implicar ningún ejercicio sino sólo la expectativa negativa de su no lesión, no interfieren con otros derechos fundamen-

4. En particular, en el fragmento de *Diritti fondamentali*, cit., p. 330 (trad. cast. *Derechos fundamentales*, cit., pp. 353-354), reproducido tanto por Prieto como por Moreso, en el cual me limito a enumerar los cuatro tipos de relaciones entre derechos que serán analizados a continuación.

tales, en los que no encuentran ningún límite y respecto de los cuales representan, por el contrario, un límite. Según Prieto, en cambio, también estos derechos pueden encontrar límites y por tanto pueden entrar en conflicto con otros derechos (p. 50). Existiría, por ejemplo, un conflicto entre la libertad religiosa de los testigos de Jehová que rechazan las trasfusiones de sangre para sí mismos y para sus hijos, o entre los creyentes de una religión que impone el sacrificio de corderos, y el derecho a la vida y a la salud.

No estoy de acuerdo. Descartado que se pueda hablar de «libertad religiosa» del hijo a propósito del rechazo de las trasfusiones por los padres en su beneficio (un sujeto, en efecto, sólo es titular de sus *propios* derechos fundamentales, y no de los derechos de los demás), la libertad religiosa de los adultos y, antes aun, su inmunidad frente a tratamientos sanitarios obligatorios derivada del derecho a la intangibilidad del propio cuerpo, no están en absoluto en conflicto con su «derecho» a la vida o a la salud. Como mucho, están en conflicto con un supuesto deber de supervivencia y de cuidar la propia salud, que bien podría figurar en una constitución paternalista. En este caso el derecho a la intangibilidad del propio cuerpo sería efectivamente un derecho limitado, igual que la libertad religiosa; pero lo sería no por otro derecho fundamental, esto es, por una expectativa de no lesión, sino, precisamente, por el deber público, manifiestamente antiliberal, de recibir tratamientos sanitarios obligatorios. Más débil aún me parece el segundo ejemplo propuesto por Prieto. El derecho a sacrificar corderos según determinadas formas impuestas por la religión, por hipótesis contrarias a la salud pública, no es en absoluto una inmunidad fundamental, sino un derecho de libertad activa —la libertad *de* culto— cuyo ejercicio, como el de todos los demás derechos activos de libertad, encuentra un límite en la prohibición del daño a terceros. Si, a partir de ahí, las formas del sacrificio no fueran lesivas de (el derecho a) la salud pública, la libertad activa de culto resultaría limitada por una prohibición y en ningún caso por el derecho de otros.

Llegamos así al segundo tipo de conflictos: los que se suscitan entre derechos de libertad activa y otros derechos funda-

mentales y que yo también, como afirma Prieto, he señalado (p. 50) y que no tengo dificultad en admitir, empezando por todos los que recoge Moreso. Son los casos, ya mencionados en el párrafo anterior, de la libertad de información, que como dice Moreso puede entrar en conflicto con (y encontrar el límite del) «derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen» (p. 163); o del derecho de huelga, que a su vez puede entrar en conflicto con el derecho a la salud cuando es ejercido, por ejemplo, por el personal sanitario. Pero se trata, en estos casos, de un «conflicto» que ha sido resuelto ya habitualmente por las propias constituciones: por ejemplo, por el artículo 20.4 de la Constitución española, en el que se establece que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título... y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen»; o por el artículo 21, apartado 3 de la Constitución italiana, que incluso prevé la posibilidad de que algunos actos de ejercicio de la libertad de manifestación del pensamiento, por ejemplo las injurias o la difamación, se configuren como «delitos». El mismo discurso vale para el derecho de huelga, que como escribe Moreso bien puede encontrar límites (legales) no sólo en otros derechos fundamentales, sino también en otros bienes jurídicos (p. 166), igualmente previstos, por lo general, en las propias normas constitucionales que lo establecen: «el derecho de huelga», afirma por ejemplo el artículo 40 de la Constitución italiana, «se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan»; «la ley que regule el ejercicio de este derecho», dice a su vez el artículo 28.2 de la Constitución española, «establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». En todos estos casos, en definitiva, los derechos de libertad activa tienen exactamente los contenidos y, por tanto, los límites —unos y otros, repito, contingentes en el plano histórico, pero de ninguna manera casuales en el plano jurídico y en el axiológico— establecidos por las normas que los enuncian.

No veo, en cambio, ninguna clase de conflicto en el otro ejemplo propuesto por Moreso: el que se daría entre la libertad de prensa y la facultad «de distribuir periódicos con polvo de ántrax» con el consiguiente «grave peligro para la integridad

física de los lectores» (pp. 163 y 167). Aquí la libertad de prensa no tiene nada que ver. Nos encontramos, en efecto, ante un delito de atentado contra la salud pública, previsto en todos los códigos penales como límite a la libertad extra-jurídica o salvaje que he llamado «natural».

El tercer tipo de conflictos es el que se da entre derechos sociales y otros derechos fundamentales. A propósito de este tipo de «conflictos» Prieto comparte mi tesis de que no deben confundirse los costes económicos y las obvias dificultades que de hecho se presentan para la satisfacción de los derechos sociales con las antinomias de derecho entre derechos. Dicho esto, reconozco sin más, como ya he hecho otras veces, la inevitabilidad de las opciones, sobre la que insiste Moreso, que incumben a la política y versan sobre la medida y las prioridades relativas a su garantía. Podrán establecerse, como he tenido ocasión de señalar, vínculos constitucionales presupuestarios al gasto público. Pero es claro que, siendo indiscutible la obligación de dictar una legislación de desarrollo que permita satisfacer sus «contenidos esenciales»[5], esas opciones corresponden al legislador ordinario y a la administración pública y ninguna constitución podrá nunca determinar previamente su medida.

Hay, finalmente, una cuarta clase de posibles «conflictos», que es con mucho la más importante porque afecta al núcleo de la democracia constitucional: las relaciones entre derechos y poderes, esto es, entre derechos de libertad y derechos sociales, por un lado, y derechos-poder de autonomía, tanto políticos como civiles, por otro[6]. Por lo que respecta a estas relaciones,

5. Éstos son los términos empleados por el artículo 52.1 de la Carta de derechos fundamentales aprobada en Niza por el Consejo europeo el 7-8 de diciembre de 2000: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el *contenido esencial* de dichos derechos y libertades» (las cursivas son mías).

6. En diversas ocasiones he insistido en el hecho de que no hay conflicto, sino subordinación, entre el ejercicio de los derechos secundarios de autonomía y el conjunto de los derechos fundamentales; así en *Diritti fondamentali*, cit., III, § 3, pp. 293-297; § 5, p. 313; § 6, pp. 329-331 (trad. cast. *Los fundamentos*, cit., pp. 308-314, 333-334 y 353-354). Remito además a mis «Il diritto privato del futuro: libertà, poteri, garanzie», en P. Perlingieri (ed.), *Il diritto privato futuro*, Esi, Napoli, 1993, pp. 13-30; «Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado», en M. Carbonell, H. A. Concha Cantú,

Prieto comparte mi tesis de que el ejercicio de los primeros (y no su titularidad) se manifiesta en actos negociales o legislativos de grado subordinado al nivel constitucional y, por tanto, limitado por los derechos que en dicho nivel han sido establecidos (p. 51).

No hacen lo mismo Moreso y Comanducci. Moreso menciona una serie de derechos que pueden ser limitados por la autonomía privada: el derecho de los trabajadores a vestirse como prefieran frente a la directiva del empleador para que usen un uniforme determinado; el derecho, por ejemplo, de un defensor de los animales a entrar o permanecer en una asociación privada de cazadores; la libertad de contraer o no contraer matrimonio, que se vería afectada por un testamento que vinculara una disposición testamentaria al matrimonio del heredero o legatario designado (p. 164). En ninguno de estos tres casos, a mi entender, se produce un conflicto entre (o una violación, o una privación de) derechos fundamentales, ya que el trabajador, el defensor de los animales o el heredero son absolutamente libres de aceptar las condiciones contractuales, societarias o testamentarias que les son impuestas. Tanto es así que el propio Moreso en los casos en que se produce en cambio una efectiva violación o privación de (o, si se prefiere, un auténtico «conflicto» con los) derechos fundamentales declara que, «obviamente», el derecho de autonomía encuentra el límite de los derechos fundamentales (p. 164-165): eso es lo que sucede en los casos que él mismo propone de la violación del derecho a la imagen y la dignidad de la persona por parte del empleador que exigiera a sus empleadas ponerse en *top-less*; de las violaciones del principio de igualdad frente a discriminaciones arbitrarias en las relaciones privadas; o de las lesiones a la libertad de matrimonio por parte de un empleador que condicionase la estabilidad de la relación contractual a que el trabajador no contraiga matrimonio. Exigencias, discrimina-

L . Córdova y D. Valadés (coords.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, UNAM, México, 2002, pp. 101 ss.; «Proprietà e libertà»: *Parolechiave* 30 (2003), pp. 13-29 y, en particular, el § 4, pp. 23-27; «Per un costituzionalismo di diritto privato»: *Rivista critica del diritto privato* XII/1 (2004), pp. 11-24 y, en particular, el § 2, pp. 12-18.

ciones y chantajes de este tipo serían seguramente inválidos y a veces incluso ilícitos.

Más de fondo es la crítica de Paolo Comanducci, para quien mi tesis de que los 'derechos secundarios de autonomía' son poderes que, en cuanto tales, se encuentran sometidos en un estado de derecho a los límites y los vínculos impuestos por la ley, llevaría a establecer una «clara jerarquía» de tipo «normativo en sentido ético-político», «instrumental a la obtención de fines o valores ético-políticos» (pp. 112-113). Aquí, en mi opinión, hay un malentendido que reaparece una y otra vez en nuestras discusiones. La jerarquía no existe entre los derechos secundarios de autonomía, tanto políticos como civiles, y los derechos primarios de libertad o los derechos sociales, todos igualmente fundamentales, universales e indisponibles por sus titulares. Jerarquía es la que existe, en cambio, entre lo que puede ser dispuesto por los actos —legislativos, administrativos o negociales— en que se traduce directa o indirectamente el ejercicio de los derechos políticos o civiles y el conjunto de los derechos fundamentales, siendo (el contenido decisional de) los primeros de grado jerárquicamente inferior a los segundos, sean éstos de rango constitucional (en cuyo caso sirven para limitar la legislación) o incluso simplemente de rango legislativo (en cuyo caso alcanzan a limitar la negociación). En otras palabras, la tesis criticada de la llamada subordinación de los derechos secundarios a los primarios, esto es, de los derechos-poder a la ley, conforme a la lógica del estado de derecho, es una fórmula elíptica, referida no ya a la relación entre las dos clases de derechos, usualmente ambas de rango constitucional, sino a la relación entre el conjunto de tales derechos y las normas, las situaciones y en general los efectos de grado inferior producidos por el ejercicio de los derechos 'de obrar' o derechos 'activos': los únicos, precisamente, que a diferencia de las simples inmunidades fundamentales y de los derechos sociales admiten un ejercicio activo. Ello vale, por lo demás, no sólo para los derechos-poder de autonomía, cuyo ejercicio tiene como efecto —indirectamente, a través de la representación, en los derechos políticos, o directamente, como expresión de la voluntad negocial, en los derechos civiles— normas o situa-

ciones jurídicas cuya incoherencia con las normas superiores determina su *invalidez*. Vale además para los derechos de libertad activos, cuyo ejercicio, como hemos visto a propósito de la segunda clase de conflictos, encuentra el límite del respeto a los derechos de los demás, cuya violación, a través por ejemplo de injurias o difamaciones, determina su *ilicitud*. En todo este discurso, en definitiva, no hay nada de «normativo», como me reprocha Comanducci. Es sencillamente el desarrollo descriptivo de la estructura escalonada de los actuales ordenamientos complejos, como son los que estructuran las democracias constitucionales.

5.3. *Los criterios de resolución de los conflictos. Interpretación y ponderación*

Por lo que respecta, en cambio, a la segunda de las cuestiones mencionadas al comienzo —relativa a los criterios de resolución de los conflictos, por lo demás reducida y desdramatizada por lo que se acaba de decir en relación con la primera— acepto plenamente las críticas de mis críticos, a los que agradezco las aclaraciones que me sugieren. Comparto, en particular, si bien en los límites y con las precisiones que formularé en el próximo parágrafo, la afirmación de Prieto de que no siempre existe «una nítida frontera» entre los derechos y los límites que les vienen impuestos por otros derechos (p. 50). Estos derechos, dice, «están limitados, pero los límites también lo están y precisamente por los propios derechos, sin que *desde la constitución* pueda deducirse en qué casos triunfan unos u otros. Por eso el juicio de ponderación que tan corriente resulta en la jurisprudencia sobre derechos» (pp. 50-51)[7].

De ahí se sigue que dicho juicio, habitualmente confiado a la jurisprudencia constitucional, que requiere la elección entre

7. Sobre el juicio de ponderación, cf. L. Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 123-158.; Íd., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 175 ss.; C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

distintas soluciones constitucionalmente posibles, haya de ser inevitablemente caracterizado por un grado más o menos amplio de discrecionalidad interpretativa. En esta perspectiva, sin embargo, como ya he dicho en el § 4.1, el juicio constitucional, aunque basado en la ponderación entre varios principios constitucionales, no es distinto, en el plano epistemológico, de cualquier otro juicio jurisprudencial. Se trata en todo caso de un juicio vinculado a la «verificación» de sus presupuestos, aunque sea en el sentido aproximado y relativo que es propio de toda determinación jurisprudencial. Podemos incluso admitir que el juicio constitucional de ponderación implica generalmente —pero no siempre (basta pensar en la indeterminación de muchísimos tipos penales)— un espacio mayor de discrecionalidad que el juicio ordinario de subsunción. Pero este espacio es siempre una cuestión de grado, cuya medida, como he sostenido en diversas ocasiones, depende de la semántica del lenguaje de las normas o de los principios aplicados[8]. Si es verdad, como ha afirmado José Juan Moreso, que para el juez constitucional existe una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles»[9], es igualmente cierto que también para el juez ordinario existe una pluralidad de mundos legislativamente posibles.

En cualquier caso, también la jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, implica siempre, por la presencia de espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la valoración probatoria, una específica *esfera de lo decidible*: la ligada precisamente a la *decidibilidad* de la verdad procesal, y en particular al carácter *opinable* de la verdad jurídica y al carácter *probabilístico* de la verdad fáctica[10]. Obviamente, la jurisdicción dispone de una esfera de lo decidible mucho más estrecha que la que se abre a la legislación, al estar vinculada a la aplicación y no simplemente limitada por el respeto a las normas sobre su producción. Pero la presencia de una esfera de lo decidible va siempre unida al ejercicio del poder.

8. *Diritto e ragione*, cit., cap. I, § 5 y cap. III, § 9.

9. J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, p. 167.

10. *Diritto e ragione*, cit., cap. I, § 5.4.

En esto, la jurisdicción no constituye una excepción, pues como ha recordado Perfecto Andrés Ibáñez es un «saber-poder», es decir, un mixto de conocimiento y de decisión, cuya legitimación política depende del predominio del primero sobre la segunda (p. 65), tal como exige la estricta legalidad, es decir, la taxatividad del lenguaje legal y la consiguiente decidibilidad de la verdad procesal. He establecido, en efecto, una estricta correlación, válida para cualquier jurisdicción, entre el grado de taxatividad de las leyes aplicadas y el grado de legitimación del poder judicial; hasta el punto de que he caracterizado dicho poder como «poder de disposición» carente de legitimación cuando, por la total ausencia de estricta legalidad, se convierte en arbitrio[11]. En definitiva, el hecho de que las funciones y las instituciones de garantía hayan sido erigidas para tutelar la «esfera de lo indecidible» no implica necesariamente que en la vigilancia de esa esfera —esto es, en la tarea de valorar las indebidas antinomias y las indebidas lagunas, y en general al juzgar y resolver los casos llevados ante ella— la jurisdicción no realice una actividad que se mueve a su vez dentro de una «esfera de lo decidible», inevitablemente discrecional y caracterizada muy a menudo por la presencia de juicios de valor.

5.4. *Discrecionalidad política y discrecionalidad judicial. La separación de poderes*

Conviene detenerse en la relación entre discrecionalidad y conflictos. Tengo la impresión de que la tendencia al uso inflacionario de la categoría del «conflicto entre derechos» (o «entre principios», sean constitucionales o no) se manifiesta en la configuración como «conflictos» de todas las opciones, hasta las más fisiológicas, exigidas por la inevitable discrecionalidad que es propia del ejercicio de cualquier poder. Si esto es cierto, y en la medida en que lo sea, la cuestión de los conflictos puede ser

11. *Ibidem*, cap. III, § 12. Recuérdese por lo demás el nexo entre vínculos a la legislación y vínculos a la jurisdicción al que me he referido en el § 4.1.

no sólo redimensionada en su alcance, sino también iluminada por el análisis de los distintos tipos de discrecionalidad.

En relación con los objetivos de nuestro análisis, podemos distinguir dos tipos de discrecionalidad: la *discrecionalidad política*, que es propia de las funciones de gobierno y de las funciones legislativas, y la *discrecionalidad judicial*, vinculada en cambio a la actividad interpretativa y probatoria requerida por la aplicación de las normas legales al objeto del juicio. Se trata de dos tipos de discrecionalidad profundamente distintos, que remiten a fuentes de legitimación a su vez diversas: la representación política en el caso de la legis-lación, la sujeción a la ley en el caso de la juris-dicción. Conviene preguntarse si es adecuado y oportuno hablar, en estos casos, de «conflictos» entre derechos.

El campo privilegiado de la *discrecionalidad política* en materia de derechos fundamentales es indudablemente el de la política social. En *Derecho y razón* he señalado una diferencia estructural entre los derechos de libertad y los derechos sociales. De los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones, es posible predeterminar legalmente (y es lo habitual que sean predeterminados constitucionalmente) sus límites (por ejemplo la prohibición de las injurias y la difamación, la prohibición de llevar a cabo reuniones en las que se porten armas o de las asociaciones secretas, además del sistema de penas limitativas de la libertad personal y de las relativas garantías penales y procesales) pero no sus contenidos, ya que dentro de tales límites son infinitos e indefinidos los actos que constituyen su ejercicio. De los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones, es posible por el contrario predeterminar sus contenidos (la asistencia sanitaria, la instrucción obligatoria, la vivienda y, en general, los mínimos vitales), pero no sus límites ni su medida, que dependen en cambio del grado de desarrollo económico y social de cada país[12]. De aquí el diverso espacio reservado a la política: virtualmente mínimo, al ser predeterminable constitucionalmente y en todo caso legalmente, en

12. Véase *Diritto e ragione*, cit., § 60.4, p. 958 (trad. cast. *Derecho y razón*, cit., pp. 915-916).

materia de derechos de libertad; inevitablemente máximo porque indeterminado y no predeterminable en su medida, salvo por lo que respecta a la obligación de satisfacer sus contenidos mínimos, en materia de derechos sociales. De las dos clases de conflictos reconocidos y analizados en el § 5.2, la primera, la de los innegables conflictos de los derechos de libertad activa entre sí o con otros derechos fundamentales, es recurrente en la medida en que los espacios de la política no se encuentren, como se vio entonces, circunscritos por los límites impuestos a tales derechos en las propias constituciones; la segunda, la de los supuestos conflictos entre derechos sociales, queda en cambio confiada a las opciones políticas sobre aquellos derechos sociales que se consideren prioritarios y a la medida de su satisfacción, más allá de los mínimos esenciales. En resumen, la primera puede ser reducida, mientras que la segunda es irreductible, y corresponde al espacio fisiológico de la política; la cual, podemos añadir, extrae su legitimación formal de la representación política y el grado de su legitimación sustancial de la medida en que los diferentes derechos fundamentales son por ella efectivamente garantizados.

Totalmente diversa es la *discrecionalidad judicial*, que se manifiesta en esa específica actividad tendencialmente cognoscitiva que es la aplicación de la ley, aunque sea constitucional. En este caso la discrecionalidad es la que se da en el marco de la sujeción a la ley y que queda por tanto limitada a la interpretación de las normas que han de ser aplicadas: las normas constitucionales para los jueces constitucionales (acompañada de la interpretación de la ley ordinaria sobre la que versa el juicio); las normas con rango de ley para los jueces ordinarios (acompañada de la interpretación de la ley constitucional a fin de valorar los rasgos de invalidez de la ley que se aplica). De aquí su legitimación legal, y no político-representativa. Pablo de Lora me pregunta si es justo que las «controversias razonables» sobre el significado y el alcance normativo de las normas constitucionales, que indudablemente intervienen en las cuestiones de inconstitucionalidad, sean decididas (como yo creo que ha de ser) por una mayoría de jueces, esto es, por parte de Tribunales constitucionales, y no por una mayoría de ciuda-

danos, esto es, por parte de la mayoría de sus representantes (p. 252). La misma pregunta —sobre quién «tiene la última palabra sobre el alcance de los derechos en situaciones difíciles», y por qué razón deberíamos aceptar como «verdadero que la determinación del significado de los derechos no tiene nada que ver con la autodeterminación política del pueblo»— ha sido formulada por Andrea Greppi (p. 352). La respuesta es sencilla: por la misma razón —el valor garantista de la separación de poderes— por la que las controversias sobre el significado y el alcance de las normas, esto es, sobre la interpretación de las leyes está (siempre ha estado) confiada, en el paradigma del estado de derecho, a jueces independientes y no al propio legislador: a la juris-dicción, como digo, y no a la legis-lación.

Obviamente, como ya he dicho en el § 5.2 a propósito de los derechos sociales y del alcance de los límites constitucionalmente establecidos a los derechos de libertad activa, las leyes realizan continua y legítimamente opciones políticas sobre la prioridad que conviene atribuir a los diferentes tipos de derechos. Pero estas decisiones no son opciones interpretativas, es decir, relativas al «significado» de los derechos constitucionalmente establecidos. Consisten más bien en el establecimiento de normas nuevas, más innovadoras y discrecionales —incluso cuando se trata de leyes por así decir «de actuación» de los derechos constitucionalmente establecidos— que las opciones que se producen en la aplicación jurisdiccional de las normas constitucionales. Es en estas opciones, relativas a las técnicas de garantía más adecuadas a los distintos tipos de derechos, a las prioridades adoptadas y a la asignación de los recursos, donde reside el espacio autónomo de la política, que por tanto mis tesis no sirven en absoluto, contrariamente a la acusación que me hace Greppi de «despolitización de la democracia», para «expulsar definitivamente del espacio de decisión ocupado por los derechos y sus garantías» (p. 355).

Al espacio propio de la jurisdicción y de la discrecionalidad judicial pertenecen, en cambio, solamente las controversias y decisiones interpretativas relativas al significado de las leyes que han de ser aplicadas, tanto las ordinarias como las constitucionales. Ello debería ser suficiente para alejar el fantasma del

supuesto «gobierno de los jueces» que obsesiona a una parte de la filosofía política y, sobre todo, de la clase política. En efecto, también el juicio de constitucionalidad consiste, repito, en la aplicación de la ley, y por tanto en una actividad cognoscitiva no diferente, en el plano epistemológico, de la que realizan otros órganos jurisdiccionales. Consiste, precisamente, en la aplicación de las normas constitucionales a las leyes ordinarias, esto es, en la determinación, aunque sea opinable y discutible, de la invalidez constitucional de estas últimas. Por eso su fuente de legitimación no es la fuente político-representativa propia de las instituciones de gobierno, sino la sujeción a la ley. Afirmar, como escribe Greppi, que la «responsabilidad de la interpretación» de la ley requiere «controles democráticos sobre la interpretación de los derechos y de sus garantías» —esto es, «procedimientos que representen la voluntad política de la mayoría» (p. 354), o afirmar que «los procesos deliberativos que acompañan el ejercicio de los derechos políticos no son de naturaleza sustancialmente distinta a los procesos interpretativos que llevan a la determinación del significado de los derechos» (p. 356)— equivale a negar el espacio propio de la jurisdicción, en contraste con toda la tradición teórica y práctica del estado de derecho. Pensar, como De Lora y Greppi, que las «controversias razonables» sobre el significado de las normas que se aplican puedan o deban ser resueltas por una mayoría de legisladores antes que de jueces (p. 254) y que la «última palabra» sobre ellas «corresponda a la comunidad política» (p. 356) equivale a rechazar el principio de separación de poderes y a desentenderse de la diferencia entre legis-lación y juris-dicción, entre poder legislativo y poder judicial: uno legitimado por la representación, el otro, por la sujeción a la ley. «Todo estaría perdido», como escribió Montesquieu, si el poder judicial quedara unido al poder legislativo[13]. La separación y la independencia de la función jurisdiccional respecto de las funciones legislativa y de gobierno garantiza, en efecto, su carácter tendencialmente cognoscitivo, en virtud del cual

13. *De l'esprit des lois*, XI, § 6 (trad. cast. *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 107).

una sentencia es válida y justa no porque querida o compartida por una mayoría política, sino porque fundada en una correcta comprobación de sus presupuestos de hecho y de derecho. Esta independencia de los jueces frente a los actores políticos en la determinación del objeto del juicio es, en efecto, la principal garantía de su imparcialidad: la cual, como escribe Andrés Ibáñez recordando a Norberto Bobbio, tiene para la jurisdicción el mismo valor que la neutralidad valorativa tiene para la investigación científica (p. 63).

Añado que toda esta cuestión es claramente una cuestión de filosofía política y no de teoría del derecho. Se puede perfectamente sostener, como hace De Lora retomando las tesis de Jeremy Waldron, que sería justo, oportuno o en último caso preferible que la interpretación de la constitución y el consiguiente juicio de invalidez de las leyes fueran decididos por mayorías políticas, y no por una Corte Constitucional; o también, de forma más general, que las controversias interpretativas que surgen en la concreta aplicación de la ley fueran a cada ocasión remitidas a las asambleas legislativas, como por lo demás ya sucedía con la institución del *référé legislatif* introducido por la Revolución francesa y mantenido hasta la promulgación del *Code civil* de 1804. Pero habrá que admitir que semejantes juicios, claramente jurisdiccionales, supondrían una flagrante derogación del principio de separación entre el poder legislativo y el poder jurisdiccional; que comprometerían a los parlamentos, que ya se han pronunciado al formular las leyes en términos quizá vagos elegidos por ellos mismos, en una permanente actividad de interpretación auténtica; y que, finalmente, una opción semejante tiene a sus espaldas el mito insostenible del juez «boca de la ley». La teoría del derecho no se pronuncia sobre esta cuestión. Se limita a definir el principio de la separación de los poderes como independencia orgánica (en la formación de los órganos) y funcional (en el ejercicio de las funciones) entre poder legislativo y poder judicial, al margen de cuál sea, por un lado, el valor político que a ese principio se atribuya, y por otro el hecho de su inclusión o no (o si se prefiere la medida y las formas de su adopción) en los concretos ordenamientos positivos.

6

EL GARANTISMO Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

6.1. *Indisponibilidad privada e inviolabilidad pública. El grado de rigidez de las constituciones*

Llego así al quinto orden de cuestiones indicadas al comienzo: las planteadas en torno a mi concepción de la democracia, ciertamente distinta, si no opuesta, a la concepción politicista y mayoritarista que configura básicamente la democracia como voluntad del pueblo y, en su nombre, de la mayoría de sus representantes.

Desarrollaré a este propósito dos consideraciones preliminares. La primera es de carácter descriptivo y tiene que ver con el objeto de estudio de la teoría y de la ciencia jurídica: una teoría jurídica de la democracia dotada de capacidad explicativa no puede hoy ignorar los límites y los vínculos constitucionales al principio de mayoría que existen ya en casi todos los ordenamiento democráticos. Límites y vínculos que, nos guste o no, son un rasgo empírico de tales ordenamientos del que una teoría de la democracia debe dar cuenta, salvo que quiera negar, con ellos, el carácter democrático de las actuales democracias constitucionales.

La segunda consideración es de carácter valorativo. Estos límites y estos vínculos son, a mi entender, a su vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo —como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen— en un

sentido más directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación política. Son contra-poderes, fragmentos de soberanía popular en manos de todos y cada uno, en ausencia de los cuales la democracia misma, como las trágicas experiencias del siglo XX han mostrado, puede ser arrollada por mayorías contingentes.

Temo que estas dos consideraciones no sean hoy compartidas por muchos teóricos de la democracia como simple expresión de la voluntad popular. Me he referido ya en el capítulo anterior a las dudas manifestadas por Pablo de Lora y Andrea Greppi sobre la función de la jurisdicción en la comprobación de las violaciones de derechos fundamentales y, por tanto, sobre el valor garantista de la separación de poderes. Mucho más radical es la crítica que me dirige José Luis Martí Mármol, quien ha sostenido que mi teoría de los derechos fundamentales, que él considera «fundamentalista», tendría efectos «devastadores» y «terribles» sobre «la teoría de la democracia y sobre la democracia misma» (pp. 366, 383 y 391). En el origen de esta acusación, a su vez terrible y devastadora, está la tesis según la cual todos los derechos fundamentales, establecidos por la constitución o por leyes ordinarias, habrían sido por mí configurados como «materialmente constitucionales» (p. 384) porque caracterizados por su indisponibilidad tanto activa como pasiva y, además, por estar «dotados de una rigidez absoluta» (*ibidem*, pp. 384, 380 y *passim*). Serían, por eso, «origen de la validez tanto los derechos fundamentales, por decirlo así, *constitucionales* (los que sí están previstos por la constitución), como los derechos fundamentales *legislativos* (los previstos por una ley ordinaria)» (p. 384). En resumen, todos estos derechos impondrían «por razones conceptuales un límite absoluto, completamente infranqueable, a lo que los poderes públicos, incluidos los democráticos, pueden hacer en su funcionamiento legítimo». «Una teoría de los derechos fundamentales como la de Ferrajoli», concluye Martí Mármol, «impide la reforma constitucional (al menos en la parte dedicada a los derechos)» (p. 387): sobre esa base «cualquier cambio en los derechos fun-

damentales constitucionales implica un golpe constitucional» (p. 374).

Se da el caso de que yo no sostengo ninguna de estas tesis que Martí Mármol me atribuye. En contestación a Riccardo Guastini, que me había dirigido una crítica análoga apoyándose en un fragmento de mi primer ensayo sobre derechos fundamentales en el que yo hablaba, de manera genérica y sumaria, de indisponibilidad tanto activa como pasiva, he aclarado que por indisponibilidad entiendo únicamente la indisponibilidad activa, esto es, la imposibilidad de que los derechos fundamentales sean objeto de actos de *disposición* por parte de sus titulares[1]. Y esto porque, como he dicho en el § 3.3, tales derechos han sido establecidos mediante normas heterónomas, que escapan a la disponibilidad de sus titulares, en el sentido, sencillo y banal, de que dichas normas, constitucionales o no, existen con independencia de lo que pensemos o hagamos con ellos. La prueba está en el hecho de que un acto jurídico consistente en su disposición, por ejemplo en la alienación o modificación, sería inexistente antes aun que inválido. Y lo mismo vale también para el caso de la libertad de domicilio, el único contra-ejemplo propuesto por Martí Mármol, dado que, como ya he dicho, el consentimiento no ya a su violación sino de la entrada de alguien en el domicilio propio no es en absoluto un acto de disposición. En este sentido, y sólo en este sentido, la indisponibilidad es un corolario de la universalidad. Si en un determinado ordenamiento pudiéramos privarnos por vía negocial de tales derechos, éstos dejarían de ser en él universales y, por tanto, fundamentales, y se convertirían en derechos disponibles, desiguales y, por tanto, patrimoniales.

Cosa bien distinta es la llamada «indisponibilidad pasiva» que, para evitar malentendidos, repito, será preferible denominar «inviolabilidad» por parte de fuentes de rango inferior a aquellas en las que los derechos han sido establecidos. Los derechos fundamentales de ninguna manera tienen, conforme

1. *Diritti fondamentali*, cit., II, § 3, pp. 139-141 (trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 160-163). El fragmento criticado por Guastini se encuentra en *Diritti fondamentali*, cit., I, § 3, p. 15.

a las tesis teóricas por mí sostenidas, una rigidez absoluta como escribe Martí Mármol, ni tampoco una «absoluta indisponibilidad (política)» como escribe también Andrea Greppi (pp. 354 y 357), sino exactamente el contenido establecido por las normas en las que se formulan y el grado de inviolabilidad determinado por el grado de rigidez asociado a las decisiones políticas del constituyente. Ya he mencionado en el § 5.2 los límites de contenido impuestos por ejemplo por la Constitución italiana y la española a la libertad de manifestación de pensamiento y al derecho de huelga. Añado ahora que los derechos fundamentales establecidos por las leyes ordinarias en materia de trabajo o por el código de procedimiento penal en materia de libertad personal son obviamente modificables mediante leyes ordinarias, si no se encuentran amparadas por específicas disposiciones constitucionales. A su vez, los derechos fundamentales establecidos en una constitución, si no existen normas constitucionales que establecen una rigidez absoluta o un grado de rigidez mayor que el previsto para las restantes normas constitucionales, son modificables a través de los procedimientos normales de revisión constitucional.

Una cuestión completamente distinta, de política del derecho, es la de los diferentes grados de rigidez que consideremos justo, deseable o en definitiva oportuno asociar a las diferentes clases de normas constitucionales. Indudablemente, una teoría política de las constituciones bien podría (y a mi entender debería) proponer una diferenciación de los procedimientos más o menos agravados de revisión, en función del valor político asociado a las diferentes normas —procedimentales y sustanciales— contenidos en ellas. Pero es obvio que ésta no es en absoluto una tesis de teoría del derecho, sino una tesis de filosofía política y al mismo tiempo un deseo o una propuesta política, la de quien sostiene (como yo mismo he hecho en diversas ocasiones) que al menos esos derechos fundamentales que consideramos vitales deban ser amparados por una rigidez absoluta, como ya sucede, por lo demás, en muchos ordenamientos[2].

2. El artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 establece que no son admisibles los cambios de la propia Ley en

6.2. *Democracia constitucional y principio de mayoría. Los límites de la democracia política*

De otro tenor son las observaciones críticas desarrolladas por Pedro Salazar Ugarte, quien reabre la cuestión, ya debatida en diferentes ocasiones con Michelangelo Bovero, de la pertinencia o no de la concepción puramente formal o política de la democracia[3]. Según la tesis que yo he mantenido, sería inadecuada e incompleta una definición de la democracia que no especificara que el sufragio universal y el principio de las mayorías son sus condiciones sólo formales, esto es, relativas a la forma y al método (al «quién» y al «cómo»), y por tanto no dijera nada acerca de la sustancia o de los contenidos (el «qué») que no es lícito decidir a ninguna mayoría. Sería una definición insuficiente para dar cuenta no sólo de las actuales democracias constitucionales, sino de la propia democracia política o formal, cuyo funcionamiento y cuya supervivencia requieren cuando menos que no sea lícito a las mayorías decidir la supresión de las minorías o en último término las reglas mismas de la democracia política.

Salazar defiende de mis críticas —y en particular de la recién mencionada según la cual, sobre la base de una definición semejante, habría que considerar democrático un sistema en el que

caso de que éstos afecten a sus primeros veinte artículos, a la división del *Bund* en *Länder* o a la participación de los *Länder* en la legislación. Más amplio aún es el listado de materias, que incluye la totalidad de los derechos fundamentales y sus garantías, que el artículo 288 de la Constitución portuguesa y el artículo 60 de la Constitución brasileña de 1988 declaran «intangibles» y ponen fueran del alcance del poder de revisión. En Italia, además, en la sentencia núm. 1146 de 1988, la Corte constitucional ha afirmado: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por las leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Dichos principios son tanto aquellos que la propia Constitución explícitamente indica como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139 Constitución italiana), o aquellos que no expresamente mencionados entre los que no pueden ser objeto del procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana».

3. P. Salazar Ugarte, «Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas», en *Garantismo*, cit., pp. 429-445.

le estuviese permitido a la mayoría destruir la democracia— la «definición formal» propuesta por Bobbio. A diferencia de las demás connotaciones formales clásicas, observa, la definición bobbiana recoge en efecto seis «universales procedimentales» correspondientes a otras tantas reglas del juego, que tanto él mismo (p. 431) como el propio Bobbio[4] consideran «puramente formales», la última de las cuales establece que «ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones»[5]: que es, precisamente, la regla que pone a la democracia a salvo de su autodestrucción. Por lo demás, entre los derechos de la minoría, en cuanto derechos de «todos los ciudadanos», la primera de las seis reglas de Bobbio incluye también el «derecho de expresar la propia opinión», que igualmente, por tanto, «ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar». Finalmente, añade Bobbio y recuerda Salazar (p. 431), «estoy dispuesto a admitir que para que un Estado sea verdaderamente democrático, no basta con la observancia de estas reglas, quiero decir que reconozco los límites de la democracia solamente formal, pero no tengo dudas sobre el hecho de que basta la inobservancia de una de estas reglas para que un gobierno no sea democrático, ni verdadera ni aparentemente»[6].

Así pues, admite Bobbio, las seis reglas mencionadas son condiciones necesarias, pero no suficientes («no bastan»), para definir la (verdadera) democracia. Y una definición, sería fácil objetar, es completa solamente si indica los dos tipos de condiciones. Pero, sobre todo, no todas las seis reglas de Bobbio son «puramente formales». No lo es la sexta regla (ni parte de la primera), la cual, estableciendo «qué» no es lícito decidir, impone un límite sustancial, si bien obvio y elemental, a las demás reglas del juego democrático. Entonces, sólo caben dos posibilidades: o excluimos la sexta regla de las condiciones

4. N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, edición de M. Bovero, Einaudi, Torino, 1999, p. 381 (trad. cast. *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 460).

5. *Ibidem*.

6. *Ibidem*, p. 382 (trad. cast., p. 461).

necesarias para que haya democracia, o bien admitimos que la definición que la incluye es en realidad una definición que requiere reglas no sólo «puramente formales» sino *también* sustanciales. En otras palabras: o nos conformamos con una definición de democracia que identifique requisitos solamente formales, y será entonces una definición de la «democracia del riesgo», como le gusta decir a Anna Pintore[7], además de una democracia virtualmente antiliberal, expuesta en todo momento a los peligros de la autodestrucción por la omnipotencia (es decir, del absolutismo político) de las mayorías; o bien, si adoptamos la sexta regla, habremos de estar dispuestos a aceptar una definición de la democracia como democracia (no sólo formal, sino también, aunque sea mínimamente) sustancial en cuanto inclusiva de un elemento de sustancia o de contenido. El mismo discurso vale para las «pre-condiciones» de la democracia que, como recuerda Salazar (p. 432), Michelangelo Bovero identifica con algunos derechos fundamentales[8]: una pre-condición, en efecto, es en cuanto tal un requisito esencial, y por tanto ha de ser incluida, como condición *sine qua non*, en la definición del término definido.

Todo esto no significa —convendrá precisar para evitar nuevos malentendidos— que la teoría del derecho proponga, recomiende o defienda un modelo o una concepción de la democracia sustancial, quizá máxima antes que mínima: entendiendo «sustancial», es obvio, no en el sentido corriente, criticado por Bobbio y recordado por Lorenzo Córdova Vianello (pp. 453-454), de un genérico fin de igualdad económica, sino en el sentido correlativo y consiguiente al de

7. «Después de todo, creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no a la inversa... Asumir como fundante el valor ético político de la autonomía supone la dolorosa consecuencia de aceptar su principal corolario, es decir, el riesgo de que sea ejercida de forma inepta, malvada o incluso autodestructiva; por eso, como se ha dicho, la democracia es el régimen del riesgo y es un régimen trágico» (A. Pintore, «Diritti insaziabili», en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 194; trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 265).

8. M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000, cap. II, § 6, pp. 38-41 (trad. cast. *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002).

«validez sustantiva», y no sólo «formal», impuesta a las normas de grado jerárquicamente inferior a la constitución como condición de su legitimidad constitucional. La teoría del derecho se limita a identificar las diferentes dimensiones de la democracia constitucional ya mencionadas en el § 1.3 —las dos dimensiones formales, una política y la otra civil, y las dos dimensiones sustanciales, una liberal y la otra social— cada una de las cuales (hecha excepción de la política) puede de hecho estar ausente o resultar en alguna medida inefectiva, en caso de que falten o sean violados los correspondientes derechos fundamentales (civiles, de libertad y sociales). Son, en cambio, filosófico-políticas o jurídico-dogmáticas las tesis que recomiendan en abstracto o registran con respecto a concretos ordenamientos las garantías de todas (o de alguna de) estas dimensiones y de los derechos fundamentales correspondientes.

En el plano filosófico-político, por lo demás, no tengo dificultad para admitir que en mi opinión, como escribe Salazar, «democracia y constitucionalismo tienden a confundirse» (p. 437): a condición, sin embargo, de que «constitucionalismo» y «democracia» —que sin adjetivos designan, como escribe Susanna Pozzolo (p. 405), conceptos diferentes y virtualmente opuestos, uno «el ideal del gobierno limitado y dividido», el otro la idea del «poder ilimitado» del pueblo— sean entendidos uno en el sentido de «democracia constitucional» y el otro en el sentido de «constitucionalismo democrático». Pueden existir, en efecto, democracias no constitucionales, como aquellas en las que no se hubiera impuesto ningún límite al «pueblo soberano», y constituciones no democráticas que no establezcan, por ejemplo, el sufragio universal. Pero esto no significa en absoluto que el «pacto que funda la democracia constitucional», como sostiene Salazar, al implicar «la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo que queremos hacer con nuestros derechos fundamentales», equivalga a «renunciar a la democracia para abrazarnos con fuerza al mástil del constitucionalismo» (p. 442); o bien que «sustraer a la unanimidad de los ciudadanos la capacidad de adoptar» las decisiones «que atentan contra los derechos fundamentales» es «una idea loable pero no es una tesis democrática» (*ibidem*). Esta sustracción no es más que

la sexta regla de Bobbio, poco antes defendida por el propio Salazar como condición necesaria de la democracia. Por lo demás, esta sexta regla y, en general, las normas sobre la rigidez constitucional —añado dándole la vuelta al viejo lugar común, retomado por De Lora, según el cual esas normas les «atarían las manos a las generaciones futuras» (p. 253) y por tanto a sus soberanas decisiones democráticas— sirven para garantizar el futuro de la democracia, de los derechos fundamentales, y con ellos precisamente, cualquier cosa que signifique este término, de la «soberanía popular» de las generaciones futuras: atando las manos, es cierto, a las generaciones en cada momento presentes, a fin de impedir que sean ellas las que amputen las manos a las generaciones futuras.

Llego así a la aporía que me atribuye Salazar Ugarte: «¿Cómo podemos hablar de *democracia constitucional* sin referirnos, de un modo u otro, a la idea de *soberanía popular*» (p. 441) o a la idea, conectada con ella, de «voluntad general» (p. 442)? Se trata, también en este caso, de una vieja cuestión, a la que contestaré con otra pregunta: ¿Es realmente necesaria para la (definición de la) democracia la (idea de) soberanía popular? ¿No será mejor repetir, con Kelsen, que «el concepto de soberanía debe ser radicalmente eliminado» y que «ésta es la revolución de la conciencia cultural de la que estamos más necesitados»?[9]. Ello es así porque la soberanía es *potestas legibus soluta*, esto es, poder absoluto, no sometido a límites ni reglas, y por tanto incompatible con el modelo del estado de derecho, que excluye la existencia de poderes absolutos, y en mayor medida incompatible con el del estado constitucional de derecho. Y el pueblo —«la unanimidad de los ciudadanos» de la que habla Salazar— no es un macro-sujeto dotado de una voluntad general unitaria, pues eso es, como nos ha enseñado una vez más Kelsen, algo que no existe[10], sino una pluralidad heterogénea de sujetos dotados de intereses, opiniones y volun-

9. Es el texto que cierra el ensayo de H. Kelsen *Il problema della sovranità*, cit., § 65, p. 469.

10. H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* [1931], trad. it. de C. Geraci, «Chi deve essere il custode della costituzione?», en Íd., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 275-276.

tades distintas y en conflicto entre sí. Por eso, como he dicho en otras ocasiones, si queremos seguir hablando de «soberanía popular», debemos entenderla, de un lado, como el conjunto de los poderes y contrapoderes que son los derechos fundamentales, atribuidos a todos y cada uno de los sujetos, esto es, al pueblo entero, como otros tantos fragmentos de soberanía; y de otro, y sobre todo, como una garantía negativa contra el despotismo, en el sentido de que la soberanía, como dice por ejemplo el artículo 1 de la Constitución italiana, «pertenece al pueblo», o sea, a nadie más que al pueblo, y por tanto nadie, ni siquiera sus representantes, puede legítimamente apropiarse de ella.

Más bien, es la doctrina rousseauniana sobre la soberanía como «voluntad general» la que acaba enredándose en una insuperable aporía. «La soberanía», admitió contradiciéndose el propio Rousseau, «no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes; no son sino sus comisarios; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley»[11]. Por ello, «si tomamos el término en todo el rigor de su acepción, habría que decir que no ha existido nunca verdadera democracia, y que no existirá jamás... No es posible imaginar al pueblo continuamente reunido para ocuparse de los asuntos públicos... Si hubiese un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Pero un gobierno tan perfecto no es propio de hombres»[12]. Del mismo modo, podríamos añadir, que la misma doctrina, desmontada con esas palabras por su propio autor.

11. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, trad. it. de R. Mondolfo, *Del contratto sociale*, en Íd., *Opere*, edición de P. Rossi, Sansoni, Firenze, 1972, lib. III, cap. XV, p. 322 (trad. cast. *El contrato social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 94).

12. *Ibidem*, lib. III, cap. IV, p. 309 (trad. cast., p. 66).

6.3. *Democracia constitucional y derechos fundamentales. Sobre el concepto de autonomía*

Susanna Pozzolo ha observado que en mi trabajo la noción de «democracia constitucional» hace referencia preferentemente a la sustancia de las decisiones (las que pueden ser tomadas y las que no pueden no serlo), y no tanto a sus formas y procedimientos; al hecho de que el pacto constitucional en que se funda sirve de garantía para todos por igual, y no ya al hecho (por lo demás, nunca visto, porque es imposible) de que dicho pacto sea querido o compartido por todos; en suma, hace referencia mucho más a los derechos fundamentales estipulados por las constituciones como límites y vínculos a cualquier poder, que al autogobierno y, por tanto, a la voluntad y a la autonomía de los ciudadanos (pp. 410 y 419). En efecto, esta autonomía, añade Pozzolo, una vez estipulado el pacto constitucional se convierte en poder (pp. 412-413): en poderes privados, los derechos civiles o de autonomía negocial; en poderes públicos, a través de la mediación representativa, los derechos políticos o de autonomía política. Y cualquier poder, por democrático que sea, en el paradigma de la democracia constitucional está sometido a límites y vínculos, como son los derechos fundamentales, con el propósito de impedir su degeneración, por su intrínseca vocación, en formas absolutistas o despóticas (pp. 413 y 419). Es precisamente ésta la función de las constituciones, en una interpretación que se aparta de la concepción heredada de la tradición iuspublicista alemana, desde von Gerber hasta Schmitt. Las constituciones, en mi opinión, no son pactos suscritos o compartidos por la totalidad del pueblo como expresiones de una supuesta unidad o voluntad[13], que es en el mejor de los ca-

13. C. F. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* [1880], trad. it., «Lineamenti di diritto pubblico tedesco», en *Diritto pubblico*, edición de P. Lucchini, Giuffrè, Milano, 1971, Apéndices, II, pp. 200-201: «El pueblo es la base natural fundamental de la personalidad del Estado. Ello significa que el Estado existe en virtud de este pueblo, que el Estado representa al pueblo mismo en su configuración política. El pueblo, sin embargo, no es la suma de los individuos vivos en un momento determinado, sino que es un todo espiritualmente unido por una historia común, que encuentra en la generación actual únicamente su manifestación presente. El pueblo así entendido es llevado, en el Estado y por medio del Estado, a

sos una tesis ideológica y en el peor una afirmación antiliberal; son más bien pactos de no agresión (por medio de la estipulación de los derechos de libertad) y de solidaridad (mediante la estipulación de los derechos sociales), tanto más necesarios cuanto más política y culturalmente diversos y virtualmente en conflicto sean los sujetos cuya pacífica convivencia se pretende garantizar. Y un pueblo (el mítico *demos*), en mi opinión, no existe como sujeto unitario anterior a la constitución, sino que es generado por la constitución misma en cuanto pacto de convivencia mediante el cual se estipula la igualdad en derechos fundamentales, y por tanto la igual identidad y dignidad de cada uno de sus miembros como persona y como ciudadano.

Todo esto no significa en absoluto que yo no comparta, como me han reprochado tanto Pozzolo (p. 409) como Greppi (p. 351), el principio liberal «según el cual cada uno es el mejor juez de sus intereses» (p. 409). Este principio representa sin duda la fuente de legitimación externa de los derechos activos de libertad y de autonomía privada: pero sólo en la medida en que se trate únicamente de los «intereses propios» y no de los intereses de otros, como son siempre los afectados, bien que en una pluralidad de formas, por el ejercicio de los derechos-poder de autonomía. No veo la «posible ambigüedad» que Pozzolo encuentra en el «uso del término» *autonomía*, que yo entiendo, no genéricamente, como «el valor sobre el que se fundan las concepciones ilustradas y liberales» de todos los derechos fundamentales, sino en un sentido más «restringido», para designar únicamente los «derechos-poder» de autonomía privada y política (p. 415). Al contrario, he redefinido (los derechos de) libertad y (los derechos de) autonomía como categorías distintas, a partir del análisis de sus profundas diferencias de estructura, ignoradas y dejadas de lado por la tradición liberal, al incluirlas en la única e indiferenciada categoría de las «liber-

la unidad jurídica». A su vez Carl Schmitt definió la 'constitución' como expresión de la «unidad política de un pueblo», esto es, como el acto que «constituye la forma y la especie de la unidad política, cuya existencia se presume» (C. Schmitt, *Verfassungslehre* [1928], trad. it. de A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, § 1, p. 15 y § 3, p. 39; cf. también *ibidem*, § 18, pp. 313 ss.; trad. cast. *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1982).

tades» (según la tesis de Locke) o en la de los «derechos civiles» (en la tipología de Marshall). Precisamente, he identificado los derechos de *autonomía* con el conjunto de los derechos que he llamado «formales», «secundarios» o «instrumentales» porque, con independencia de que sean civiles o políticos, se refieren a las formas y a los sujetos habilitados para las decisiones; y derechos de *libertad*, por el contrario, con el conjunto de los derechos que he llamado «sustanciales», «primarios» o «finales» porque, como los derechos sociales, se refieren a la sustancia de las decisiones que no deben o que deben ser tomadas[14].

6.4. *Derechos y poderes en el paradigma constitucional*

La crítica de Pozzolo debe ser, por tanto, en mi opinión, invertida. No es ciertamente la distinción sino, por el contrario, la secular confusión entre derechos de libertad y derechos de autonomía la que genera una equívoca ambigüedad «en el uso del término autonomía». Esa confusión ignora y oculta —con las consecuencias que de ello se derivan en la concepción de sus relaciones, ilustradas en el § 5.2— la diferencia estructural entre las dos figuras, y precisamente el carácter de derechos-poder de los derechos civiles y políticos de autonomía: entendido el 'poder' como cualquier facultad cuyo ejercicio, a diferencia de lo que sucede en los derechos de libertad, produce efectos jurídicos.

Es sobre esta distinción y oposición entre «poder y derechos» y sobre la «irrefrenable tendencia» del primero, en ausencia de garantías, «al abuso» en perjuicio de los segundos, sobre la que se funda, escribe Perfecto Andrés Ibáñez, todo el modelo teórico y normativo del garantismo (p. 61): cuyo rasgo característico, según se dijo en el § 1.1, es la «distancia insuperable entre el modelo y la realidad», entre normatividad y efectividad, entre el «deber ser *del*» y «*en el*» derecho y su ser

14. *Diritti fondamentali*, cit., III, § 2, pp. 284 y 287 (trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., III, § 2, pp. 293 y 298). Sobre la distinción entre libertad y autonomía remito a los textos citados en n. 6, p. 88.

efectivo, que se traduce por un lado en el margen irreductible de «ilegimidad estructural, tanto política como jurídica», de cualquier poder (p. 71), y por otro en una legitimación no ya apriorística, sino siempre y sólo *a posteriori*, contingente y sectorial, esto es, referida únicamente a su ejercicio válido en concreto (p. 62).

Andrés Ibáñez ha recordado las raíces históricas y teóricas de este modelo en el derecho penal (p. 60). Y ha hecho explícitos, en relación sobre todo con la práctica judicial, muchos de sus corolarios: los errores y los horrores intrínsecos al proceso inquisitivo, carente de las garantías del contradictorio, de la defensa, la publicidad y la presunción de inocencia (p. 67); la ilegitimidad de la prisión preventiva y la hipoteca que impone a toda la dinámica del proceso (*ibidem*); el papel de la motivación, como garantía de la prueba y de la correcta interpretación de la ley y por tanto el carácter siquiera tendencialmente cognoscitivo y no meramente potestativo del juicio (pp. 68-70); en fin, la prohibición, lamentablemente desatendida por la jurisprudencia dominante, de usar en el proceso pruebas ilícita o inválidamente formadas, de la que depende la legitimidad del proceso mismo (pp. 70-73).

Aunque nacido en el derecho penal, sin embargo, el paradigma garantista, añade Perfecto Andrés Ibáñez (p. 61), ha mostrado una extraordinaria capacidad expansiva, como modelo teórico y normativo capaz de dar cuenta, en diversos sectores y planos del derecho positivo, de las garantías de todos los derechos fundamentales. Es de esta expansión, que ha sido objeto de numerosas intervenciones, de la que conviene hablar en el próximo capítulo.

7

EL GARANTISMO Y SUS DIMENSIONES

7.1. *Garantismo y derechos sociales*

Llegamos así al sexto y último orden de cuestiones de los señalados al comienzo. Como ha recordado también Valentina Pazè (p. 149), el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no sólo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no sólo a los poderes públicos y en el ámbito internacional y no sólo estatal. De esta capacidad expansiva se han ocupado Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova Vianello, Ermanno Vitale, Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo[1].

Miguel Carbonell ha escrito páginas clarificadoras sobre los orígenes y las razones históricas y políticas del estado social y sobre el cambio de paradigma del estado de derecho producido por la positivación de los derechos sociales que se han ido sumando a los derechos de libertad. Gracias a esta ampliación del modelo del estado de derecho, que consiste en imponer a la esfera pública no sólo límites sino también vínculos, no sólo

1. M. Carbonell, «La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli», en *Garantismo*, cit., pp. 171-207; L. Córdova Vianello, *op. cit.*; E. Vitale, «Ciudadanía, ¿último privilegio?», *ibidem*, pp. 463-480; G. Pisarello y A. de Cabo, «Guerra y derecho: el pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli», *ibidem*, pp. 481-492.

prohibiciones de lesión (o garantías negativas) sino también obligaciones de prestación (o garantías positivas), el estado ha ampliado y reforzado sus fuentes de legitimación. Ya no es «percibido», escribe con eficacia Carbonell, como un potencial «enemigo de los derechos fundamentales y comienza a tomar, por el contrario, el papel de promotor de esos derechos» (p. 179), como actor de satisfacción.

En este nuevo papel del estado, el derecho social más significativo en el plano teórico y en el político, añade acertadamente Carbonell, es el derecho a una renta básica (pp. 184-189). Este derecho permitiría no sólo asegurar el mínimo vital en una época en que el desempleo ha llegado a convertirse en un fenómeno estructural y se ha roto, de manera quizá irreversible, el nexo entre supervivencia y trabajo. Serviría asimismo para reforzar la autonomía contractual de los trabajadores, emancipándolos de su total dependencia respecto del mercado de trabajo y, por tanto, de la explotación y el chantaje que se produce en los desiguales intercambios que son propios de las relaciones laborales.

No es una perspectiva utópica. Es verdad que los derechos sociales y las correspondientes «obligaciones sociales», que Carbonell analiza en detalle ofreciendo interesantes propuestas garantistas (pp. 192-203), cuestan. Cabe sin embargo afirmar que cuesta todavía más, en términos de ausencia de desarrollo económico, su insatisfacción. Prueba de ello, en un mundo globalizado como el actual, son las condiciones de creciente miseria que se dan en los países subdesarrollados, donde el hambre, la enfermedad y la mortalidad precoz minan la capacidad productiva individual y, con ello, el crecimiento de la economía en su conjunto, a diferencia de lo que sucede en los países ricos, cuyo desarrollo económico no habría sido posible si no se hubiera logrado la garantía de los mínimos vitales.

Por otro lado, los derechos de libertad también tienen un coste. La distinción teórica entre garantías negativas (de los derechos de libertad) y garantías positivas (de los derechos sociales) —unas consistentes en límites o prohibiciones de lesión, otras en vínculos u obligaciones de prestación— se refiere únicamente a la estructura típica de las dos clases de derechos.

En concreto, observa Carbonell (pp. 190-192), también los derechos sociales, como por ejemplo los derechos a la salud y al medio ambiente, requieren límites y prohibiciones de lesión; y también los derechos de libertad, de la seguridad individual frente a las agresiones a la libertad personal frente a la arbitrariedad represiva, requieren obligaciones de hacer a cargo de costosos aparatos policiales y judiciales. Finalmente, desarrollando una serie de indicaciones tomadas de la más reciente literatura progresista, Carbonell muestra que también los derechos sociales son, o en todo caso pueden llegar a ser, justiciables a través del desarrollo de técnicas adecuadas de garantía secundaria[2].

7.2. *Garantismo, democracia internacional y paz*

Mucho más difícil e improbable parece el desarrollo de un garantismo y de un constitucionalismo internacionales y la construcción de una esfera pública global. Frente a esta deseable perspectiva, Lorenzo Córdova Vianello ha desarrollado tres órdenes de argumentos (pp. 458-459): en primer lugar, su carácter irreal, dado que el mundo avanza en una dirección totalmente contraria a la propuesta por el paradigma de la democracia constitucional; en segundo lugar, el peligro de que la desaparición de la soberanía de los Estados, exigida también jurídicamente en virtud de que son ellos mismos los que se encuentran sujetos a los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos, se traduzca de hecho, en ausencia de garantías de rango supraestatal, no en el reforzamiento y expansión de los mecanismos de tutela, sino en una crisis de los tradicionales instrumentos estatales de garantía; en tercer lugar, la precondición en gran medida utópica y, sin embargo, recono-

2. Véanse V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, ²2004; G. Pisarello, «Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales», en M. Carbonell (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, CNDH, México, 2002; Íd., *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

cida por el paradigma constitucional global, de la instauración de un gobierno mundial democrático.

Se trata, obviamente, de dificultades enormes e innegables. Sin embargo, nada hay en ellas que menoscabe la «lógica garantista» del paradigma teórico del constitucionalismo global, como escriben Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo (p. 482). Ya otras veces he hecho hincapié en dos distinciones a propósito del realismo. La primera es entre realismo a corto plazo y realismo a largo plazo: podemos pensar que la perspectiva de un garantismo global es a corto plazo irreal, pues choca con los intereses de los países ricos y de las grandes potencias. Pero la hipótesis menos realista a largo plazo es que la realidad pueda permanecer estable durante mucho más tiempo, sin que la creciente desigualdad, el hambre y la miseria de la gran mayoría de la población del planeta, en contradicción además con esas cartas internacionales de derechos que todos celebran, acabe trayendo un futuro de guerras, revoluciones, violencia y terrorismos capaces de acabar con nuestras democracias y nuestros desaprensivos tenores de vida.

La segunda distinción, aún más importante, es entre realismo y pesimismo, entre imposibilidad teórica e improbabilidad práctica, y es necesaria para que nadie pueda tomar la primera como justificación y cobertura de la segunda. Las dificultades y los obstáculos que se oponen a la construcción de una democracia internacional son todos de carácter político, y en ningún caso de carácter teórico. Podemos (y debemos) ser pesimistas sobre el futuro del mundo. No hay ninguna garantía de que el derecho y la razón vayan a prevalecer, ni siquiera a largo plazo, salvo quizás después de nuevos «nunca más», como los expresados en las Cartas internacionales y constitucionales del siglo XX, formulados en respuesta a nuevas catástrofes y nuevas severas lecciones de la historia. Pero es preciso saber que, frente a semejantes catástrofes, no hay alternativa al derecho y a la razón[3]; y que las alternativas bien podrían realizarse si

3. «Respecto a las grandes aspiraciones del hombre», formuladas en las numerosas Cartas y declaraciones de derechos, ha escrito Norberto Bobbio, «ya vamos con excesivo retraso. Procuremos no incrementarlo con nuestra desconfianza, con

la política de los países más ricos recuperara la capacidad de construcción e innovación y estuviera a la altura de los intereses a largo plazo de la humanidad entera, que son también, en una visión no miope, sus propios intereses.

Esta alternativa, requerida no por un derecho cosmopolita imaginado y deseado, como en tiempos de Kant y también del primer Kelsen, sino por el derecho internacional vigente, queda bien perfilada en la intervención de Gerardo Pisarello y de Antonio de Cabo. Por mi parte, no la he identificado nunca con la instauración de un «super-Estado» (p. 486), ni con un «Estado mundial», como escribe De Lora (p. 251), ni, como imagina Córdova Vianello, con una «forma de gobierno democrático» mundial (p. 459), basada quizá en una improbable representación política planetaria. La democratización de los órganos de gobierno de la ONU es, en efecto, ciertamente deseable. Pero la garantía de la paz y de los derechos fundamentales estipulados en las cartas internacionales vigentes requiere la creación no tanto de *instituciones de gobierno*, como de *instituciones de garantía*, primaria y secundaria, separadas e independientes porque legitimadas no por el principio de las mayorías, sino por la sujeción a la ley y, en particular, a las normas que establecen los derechos y la paz[4]. Requiere, en suma, la aplicación y la implementación de una constitución cosmopolita ya existente en el plano normativo —la Carta de la ONU, la Declaración Uni-

nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder. La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad moviéndose en dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. El camino de la paz y de la libertad pasa, ciertamente, por el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre... No se me oculta que el camino es difícil. Pero no existen alternativas» (N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* [1989], ahora en Íd., *Teoria generale della politica*, cit., pp. 439-440; trad. cast. *Teoría general de la política*, pp. 520). De forma análoga, T. Mazzarese, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo», cit., § 5, p. 57: «abandonado el derecho... no quedaría en efecto más alternativa que un incierto uso indiscriminado de la fuerza y del arbitrio».

4. He formulado la distinción entre «instituciones de gobierno» e «instituciones de garantía» en «Democrazia senza Stato?», en S. Labriola (ed.), *Ripensare lo Stato*, Giuffrè, Milano, 2003, § 3, pp. 207-209, trad. cast. «¿Es posible una democracia sin Estado?», en L. Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 144-147.

versal de Derechos Humanos de 1948, los Pactos de 1966 y las demás Cartas internacionales y regionales de derechos— que es preciso cumplir, llenando las enormes lagunas de garantías que hoy posibilitan su violación y la hacen vana.

Esto permite e impone, como escriben Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, la crítica «no sólo moral o política sino también jurídica» de la configuración actual de las relaciones internacionales (p. 481): de la «guerra infinita» proyectada por la Administración estadounidense, el consiguiente estado de «excepción permanente» por ella instaurado a nivel planetario, la pobreza y el hambre que provocan cada año la muerte de millones de seres humanos en contradicción con todos los derechos establecidos en esas Cartas internacionales que se proclaman con tanta solemnidad. Impone, en particular, a la ciencia jurídica la lectura de esta situación y de las conductas que llevan a ella como «violaciones e incumplimientos» (p. 482) del derecho vigente, así como el diseño y elaboración de garantías tendentes a impedirlas. Es también a partir de esta función de la cultura jurídica de donde puede surgir, en apoyo de las grandes movilizaciones pacifistas de estos últimos años, ese «nuevo sentido común» (p. 490) acerca de la ilegitimidad del orden existente y del carácter vinculante del derecho internacional, que constituye el principal factor de efectividad de los derechos por él reconocidos.

De esta constitución cosmopolita, aún embrionaria e inefectiva, afirman Pisarello y De Cabo, la norma fundamental es la prohibición de la guerra, que por tanto es un «contrasentido» moral y político legitimar como sanción, según la ya mencionada tesis sostenida por la vieja doctrina y retomada también por Kelsen. Entre derecho y guerra, que es violencia sin reglas, existe en efecto una contradicción insuperable, siendo el derecho la negación de la guerra y la guerra la negación del derecho. Ello no equivale a decir que el pacifismo institucional debe implicar la renuncia al uso de la fuerza contra el terrorismo y la aceptación de una especie de «abolicionismo penal global» (p. 485). Implica, por el contrario, afirmar precisamente que en la «respuesta asimétrica» (*ibidem*) dada por el derecho, mediante las formas regladas de la sanción punitiva, a la violencia

sin reglas del terrorismo y la guerra, radica no sólo la diferencia y la antinomia entre derecho y terrorismo, sino también la capacidad de deslegitimación, depotenciación, criminalización y, así, de neutralización del segundo por parte del primero. Es precisamente en la eliminación de la asimetría entre Estado y terrorismo, entre la reacción legal a la violencia criminal y la criminalidad misma —esa misma asimetría de la que surgió el derecho penal en los orígenes de la cultura jurídica— donde se sitúa la causa principal del fracaso de la guerra «preventiva». La respuesta de la guerra ilegal y a su vez terrorista, al anular la asimetría entre instituciones públicas y organizaciones terroristas, priva a las primeras de su mayor fuerza política, rebajándolas al nivel de las segundas o, lo que es lo mismo, elevando las segundas al nivel de las primeras como Estados enemigos y beligerantes.

7.3. *Garantismo y ciudadanía*

Ermanno Vitale me pide que resuelva una incoherencia: la que se daría entre mi crítica a la ciudadanía como último privilegio conferido por el nacimiento, como presupuesto de algunos derechos —el primero de los cuales es el derecho a tener derechos que, en expresión de Hannah Arendt, supone el derecho de acceso y residencia en nuestros países ricos—, y mi definición teórica de los derechos fundamentales como derechos atribuidos universalmente a todos en cuanto personas capaces de obrar o ciudadanos. Más coherente con mi crítica de la ciudadanía, que él comparte por entero, sería a su entender una noción de derechos fundamentales, como la de Michelangelo Bovero, anclada únicamente en los *status* de persona o de capaz de obrar[5]. De este modo, la totalidad de los derechos de ciu-

5. M. Bovero, «Diritti e democrazia costituzionale», en *Diritti fondamentali*, cit., p. 252 (trad. cast. «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 234). Véase mi réplica en *Diritti fondamentali*, cit., III, § 2, pp. 286-287 (trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 297-298).

dadanía se transformarían en derechos de la persona (p. 478), incluyendo los derechos políticos, cuyo presupuesto se situaría en la residencia y no en la nacionalidad.

Se manifiesta de manera ejemplar, en esta cuestión, la necesidad señalada más arriba de diferenciar entre distintos tipos de discurso y distintos planos de análisis, unos de teoría del derecho, otros de filosofía política o de la justicia. Comparto enteramente —y yo mismo he sostenido en otras ocasiones— la tesis de Vitale de que todos los derechos fundamentales *deberían* estar anclados en la condición de persona y/o de capaz de obrar, y no ya en la ciudadanía: una categoría que un constitucionalismo global debería dejar atrás junto con la de soberanía estatal. No obstante, una noción de derechos fundamentales como ésta es una noción de filosofía política normativa, que enuncia el «deber ser externo» del derecho positivo. Si, por el contrario, la entendemos como una definición de teoría del derecho resulta ser una noción carente de alcance empírico y de capacidad explicativa, pues no va a dar cuenta de los muchos derechos fundamentales —no sólo políticos, sino también de libertad y sociales— que en los ordenamientos actuales siguen estando vinculados a la ciudadanía.

Todo esto no priva de fundamento a la crítica externa, de tipo ético-político, de nuestras actuales democracias constitucionales. Ante todo porque en ellas la ciudadanía, en contraste con su papel originario de factor de igualdad e inclusión, opera como factor de exclusión en relación con los millones de inmigrantes que presionan nuestras fronteras y que, cuando consiguen traspasarlas, quedan relegados, conforme a la tipología propuesta por Vitale (pp. 467-468), a la condición de «súbditos», porque carecen de derechos políticos, o peor aún de «siervos» en el caso de que se vean forzados a caer en la clandestinidad; en segundo lugar, por la aporía generada por el hecho de que todos los derechos fundamentales, también los que están vinculados en nuestros ordenamientos a la condición de ciudadano, han sido configurados por las Cartas internacionales como derechos de la persona, incluido el derecho a emigrar del propio país previsto por el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al que debería

corresponder, lógicamente, el deber de otros países y/o de la comunidad internacional de hacer posible la inmigración.

Por lo demás, la crítica de esta segunda aporía es relevante también desde el punto de vista de la crítica interna, ya que en ella se pone de manifiesto la contradicción de nuestros ordenamientos con el derecho internacional, que por lo general ha sido explícitamente incorporado a ellos por medio de las constituciones estatales. No sólo. Mi crítica de la ciudadanía es relevante desde el punto de vista interno también por una segunda contradicción, que se manifiesta no sólo en el «deber ser» externo del derecho, sino también en el nivel de su actual «ser constitucional» y por tanto de su deber ser interno. Nuestras constituciones estatales, en efecto, confieren también casi todos los derechos fundamentales a todos los individuos en cuanto personas, y no en cuanto ciudadanos, aunque luego se encarguen de hacerlos vanos con la atribución exclusiva a los ciudadanos —éste es el «truco» del que habla Vitale (p. 473)— del derecho de residencia en el territorio del Estado. Es claro que el reconocimiento de esta doble antinomia —con el derecho internacional y con el derecho constitucional— debería cuando menos despertar en nuestros países una mala conciencia sobre la ilegitimidad de nuestras legislaciones contra la inmigración y servir para promover una política exactamente opuesta a la de la total exclusión. El derecho de la persona a emigrar y a inmigrar, como escribe Vitale, debería sobre esta base operar como «idea regulativa de las políticas en materia de inmigración». En la práctica ello «no significa negar que los flujos migratorios deban ser regulados: significa que los flujos deben regularse con la finalidad de favorecerlos» y no de «impedirlos» sobre la base de un erróneo «culturalismo que hoy ha reemplazado al racismo», o de permitir su «gestión como si se tratara de mercancías o de recursos a disposición de los procesos económicos (como una fuerza de trabajo que carece de derechos fundamentales)». «Significa, por ejemplo, reconocer a los inmigrantes «extracomunitarios» la posibilidad «razonable» de obtener la ciudadanía de la Unión Europea... después de una permanencia relativamente

breve»: por ejemplo después de cinco años, si no de uno, como establecía la constitución jacobina de 1793 (p. 474).

7.4. *Sobre los fundamentos de los derechos fundamentales*

¿Es suficiente, se pregunta finalmente Valentina Pazè, anclar la perspectiva por mí delineada de este triple proceso de expansión del paradigma garantista únicamente en el derecho positivo, esto es, en las cartas constitucionales e internacionales de derechos, o, por el contrario, es necesario argumentarla también en el plano de la filosofía política? En general, ¿las constituciones deben ser obedecidas porque han sido impuestas, o bien han sido impuestas y deben ser obedecidas porque son justas (p. 149)?

He tenido ya ocasión de responder a estas preguntas, como recuerda Pazè, distinguiendo los discursos de filosofía política sobre el «deber ser externo» de los discursos de la ciencia jurídica sobre el «ser interno» del derecho positivo; sosteniendo la autonomía (y la primacía) del punto de vista externo al derecho como corolario del positivismo jurídico; rechazando además toda forma de legalismo ético, incluida la variante del constitucionalismo ético. Pero Valentina Pazè me invita a ir un poco más allá en esta cuestión, que es de filosofía política y no de teoría del derecho, y en la que ella distingue dos sub-cuestiones: la cuestión meta-ética de la posibilidad de argumentar racionalmente sobre los fundamentos de los derechos fundamentales y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, la cuestión ético-política de la consideración de determinados derechos como fundamentales sobre la base de un determinado sistema de valores (p. 150).

En cuanto a la primera de ellas pienso, como he adelantado en el § 2.1, que el no cognitivismo ético, esto es, la idea de que los principios y los juicios ético-políticos no son tesis asertivas y menos aún cognoscitivas acerca de un determinado orden moral objetivo, no implica en absoluto la renuncia a una aproximación racional al problema de los fundamentos. No implica, como escribe Pazè, «la adhesión a una forma de

irracionalismo emotivista *à la* Kelsen», según la ecuación paleo-neopositivista entre no cognoscitivismo ético y emotivismo retomada, en nuestro debate, por García Figueroa (p. 270). En este sentido, escribe Pazè, el mío sería un «anticognoscitivismo débil», que no sólo admite sino que reclama una justificación racional de los derechos fundamentales, esto es, de sus fundamentos axiológicos (obviamente no absolutos, ni objetivos), que yo por lo demás he situado, como recordé en el § 3.3, en los valores de la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil contra la ley del más fuerte. Por lo demás, la teoría del derecho penal mínimo como minimización de la violencia, antes que un paradigma teórico, es un modelo de filosofía política del derecho penal, respecto del cual se proponen dos criterios de justificación: la prevención y la minimización de los delitos y la prevención y la minimización de las penas excesivas y/o arbitrarias[6].

Valentina Pazè se pregunta, sin embargo, cuál puede ser el sentido preciso de mi tesis según la cual, mientras «son necesariamente iuspositivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecida por la ciencia jurídica, que tiene como referencia los concretos ordenamientos del derecho positivo», en cambio, «la determinación, en el campo de la filosofía de la justicia, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental no puede no ser 'iusnaturalista', para quien quiera continuar usando esta vetusta palabra» (p. 148)[7]. ¿La referencia al iusnaturalismo, pregunta Pazè, es una referencia genérica, que alude a «cualquier estrategia de justificación de tipo ético» y que adopta «un punto de vista externo al derecho», o bien es una referencia a una específica versión del iusnaturalismo, la racionalista y utilitarista que se remonta a Thomas Hobbes (p. 151)? Escojo, sin duda, la primera respuesta; a pesar de que no podemos dejar de reconocer a Hobbes el mérito de haber ofrecido la primera potente justificación utilitarista del artificio jurídico como instrumento de

6. *Diritto e ragione*, cit., cap. V.

7. *I diritti fondamentali*, cit., III, 4, p. 305 (trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 323).

garantía de la paz y del derecho a la vida, así como la primera formulación del concepto mismo de derechos fundamentales, con la elaboración de ese derecho como derecho de todos. Es verdad, por lo demás, como escribe Pazè, 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» (p. 152): sobre los «nunca más» formulados 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.

En relación con la segunda cuestión, diré enseguida que he rechazado la idea de que los derechos fundamentales tengan su fundamento en sí mismos, y no en fines o valores respecto de los cuales son medios necesarios, en el mismo fragmento que cita Pazè (p. 153), porque elude la cuestión. Pazè me pregunta, por cierto, cómo es que he incluido entre los criterios de justificación la igualdad y no la libertad (*ibidem*). Respondo: sólo porque la libertad es uno de los derechos fundamentales, cuya justificación es precisamente el problema del que estamos tratando. Si dijéramos que el fundamento o la justificación de los derechos de libertad es la libertad, o que el fundamento del derecho a la salud o a la educación está en la salud y en la educación, no estaríamos dando un argumento, sino incurriendo en una petición de principio.

Pero ¿cuál es el nexo, pregunta sobre todo Pazè, entre la universalidad de los derechos y mis cuatro valores o principios ético-políticos, entendida la primera como medio para realizar los segundos? El nexo consiste en el hecho de que éstos, a mi entender, ofrecen criterios para identificar no sólo qué derechos está justificado tutelar, sino también la extensión de la clase de sujetos a los que es justo que les sean reconocidos. El derecho de voto que una norma no razonable atribuyera únicamente a las personas con un determinado «color del cabello» (p. 155) sería ciertamente, en el plano jurídico, un derecho fundamental. No obstante, la razón por la que consideraríamos no razonable e inaceptable no sólo una norma semejante, sino también la norma que atribuyera derechos políticos únicamente

a los varones adultos y no a las mujeres —esto es, la razón del «nexo que el derecho instituye entre una cierta clase de sujetos y una determinada categoría de derechos»— está en mi primer criterio, es decir, en el principio de igualdad, que evidentemente se refiere a (la igual dignidad de) todos los seres humanos y que, en este sentido, es un valor fundante y por ello no precisa de ulterior fundamento.

Añado que los cuatro valores por mí indicados operan tanto por separado como de manera conjunta: en el sentido de que cada uno de ellos es suficiente y al menos uno de ellos (y no necesariamente todos) es necesario para justificar los derechos fundamentales sometidos a la prueba de la argumentación. De hecho, dichos valores convergen y se refuerzan recíprocamente, dando lugar, más que a conflictos, a una fecunda sinergia. La atribución de derechos políticos sin discriminación de sexo, censo o nivel de instrucción es, por ejemplo, una condición necesaria para la democracia, que requiere una relación de representación entre gobernantes y (todos los) gobernados, así como la tutela del más débil y de la paz, al ser la discriminación un factor de opresión que justifica la insurrección e impide la convivencia pacífica. Lo mismo puede decirse de los derechos de libertad, sin cuya garantía quedan vacíos los derechos políticos, y de los derechos sociales, cuya satisfacción es a su vez una condición necesaria para la efectividad de todos los demás derechos.

CONCLUSIÓN

Observo, al final de esta larga respuesta, que la mayoría de los disensos expresados a través de las críticas recibidas no se refieren a cuestiones de teoría del derecho sino de meta-teoría, es decir, de filosofía de la ciencia jurídica y, sobre todo, de filosofía política: la concepción del positivismo y del constitucionalismo, el significado de la tesis meta-teórica de la separación entre derecho y moral, la naturaleza y la función de la teoría del derecho y de las disciplinas jurídicas positivas, la concepción de la democracia constitucional y de sus relaciones con el principio de mayoría y con los derechos fundamentales, la función garantista de la jurisdicción y de la separación de poderes, las diversas formas de legitimación política de los distintos tipos de poder, el carácter realista o utópico de las diferentes vías de expansión del paradigma garantista, los fundamentos axiológicos, en fin, de la ciudadanía y de los derechos fundamentales.

Todo ello, en mi opinión, supone una clara confirmación de las dos tesis expuestas en el § 1.4. Ante todo la necesidad de distinguir entre diferentes tipos y niveles de discurso —teórico-jurídicos, filosófico-políticos, jurídico-dogmáticos, sociológicos y/o históricos— todos ellos esenciales para el conocimiento del derecho; en segundo lugar, la función de la teoría del derecho como teoría formal, orientada a la construcción y a la clarificación de los conceptos y susceptible de recibir diferentes inter-

pretaciones semánticas formuladas desde los distintos puntos de vista y los correspondientes enfoques disciplinares.

Ninguno de estos diferentes enfoques requiere que se supriman o se oculten nuestras opciones morales o políticas de fondo. Prueba de ello es este mismo debate, en el curso del cual las preferencias de cada uno han ido saliendo claramente a la luz y se han revelado, además, aun en las discrepancias, ampliamente comunes porque todas ellas se orientan, con acentos y lenguajes distintos, a la defensa de la libertad y la democracia. Ni implica tampoco que los distintos enfoques, por diferentes que sean, no tengan relación alguna entre sí. Al contrario, cualquiera de ellos es siempre esclarecedor para los demás y puede orientar sus opciones y su desarrollo. Esto también ha quedado probado en nuestro fecundo debate, a cuyos participantes hago llegar una vez más mi gratitud.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Abramovich, V.: 115
Alexy, R.: 12s., 24, 29s.
Andrés Ibáñez, P.: 14s., 33, 37, 67, 77, 93, 98, 111s.
Arendt, H.: 119
Austin, L.: 28, 63

Baccelli, L.: 45s.
Bayón, J. C.: 14
Bentham, J.: 28, 63
Bernal Pulido, C.: 91
Bobbio, N.: 15s., 98, 104s., 107, 116s.
Bolaños, B.: 50ss.
Bovero, M.: 48, 55, 78ss., 103ss., 119
Bulygin, E.: 27

Cabo, A. de: 45, 74, 113, 116ss.
Cantarero, R.: 14
Caracciolo, A.: 110
Carbonell, M.: 9, 74, 88, 91, 113ss.
Carrino, A.: 40
Cattaneo, M. A.: 13
Comanducci, P.: 71, 74, 79, 83, 89ss.
Concha Cantú, H. A.: 88
Córdova Vianello, L: 11, 17, 49, 89, 105, 113, 115, 117
Cotta, S.: 40
Courtis, C.: 115
Cruz Parcero, J. A.: 50ss., 54, 55ss.

Deutsch, K. W.: 40
Dworkin, R.: 24

Frosini, V.: 12

García Figueroa, A.: 12, 23s., 27, 30, 32, 35, 37, 44, 75, 123
Gascón Abellán, M: 11ss., 64, 66
Geraci, C.: 107
Gerber, C. F. von: 109
Gianformaggio, L.: 13s., 37, 73
Greppi, A.: 5, 11, 17, 23, 83, 96s., 100, 102, 110
Guastini, R.: 27, 71, 74ss., 78ss., 101

Habermas, J.: 29s.
Hart, H. L. A.: 12s.
Hobbes, Th.: 123

Hoffmann, S.: 40

Iglesias Vila, M.: 23, 28ss., 34ss., 44

Jori, M.: 13

Kant, I.: 34, 117
Kelsen, H.: 15s., 40, 55, 60, 79, 107, 117s., 123

Labriola, S.: 117
Locke, J.: 111
Lombardi Vallauri, L.: 51
Lora, P. de: 23, 56, 75, 95, 97s., 100, 107, 117
Losano, M. G.: 40

Marshall, T. H.: 111
Martí Mármol, J. L.: 48s., 100ss.
Mazzarese, T.: 9, 24, 74, 117
Mondolfo, R.: 108
Montesquieu, Ch. L.: 97
Monti, A.: 60
Moreso, J. J.: 83ss., 87ss., 92

Nagel, E.: 60
Nicosia, S.: 67
Nino, C.: 24

Pascal, B.: 53
Pazè, V.: 11, 18, 47, 113, 122ss.
Pintore, A.: 105
Pisarello, G.: 45, 74, 113, 115ss.
Pozzolo, S.: 37, 106, 109ss.
Prieto, L.: 11s., 16s., 23, 44, 83ss., 91

Rentería Díaz, A.: 11, 18, 23, 44ss., 48, 58
Ródenas, A.: 51
Rossi, p.: 108
Rousseau, J.-J.: 108
Ruiz Manero, J.: 51
Ruiz Miguel, A.: 11, 14, 18, 23, 25, 31, 43, 58s., 63ss., 68

Salazar Ugarte, P.: 9, 103ss.
Sastre Ariza, S.: 15, 73
Scarpelli, U.: 44s.
Schmitt, C.: 109s.

Terradillos, J.: 14
Treves, G.: 40

Valadés, D.: 89
Vázquez, R.: 24, 32ss.
Vitale, E.: 46, 113, 119ss.

Waldron, J.: 98

Zagrebelsky, G.: 12
Zolo, D.: 37, 43, 45s.