LUIGI FERRAJOLI

La democracia a través de los derechos

El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político

Editorial Trotta

La democracia a través de los derechos

La democracia a través de los derechos.
El constitucionalismo garantista
como modelo teórico y como proyecto político

Luigi Ferrajoli

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

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

La traducción de esta obra ha sido financiada por el SEPS
Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche

Via Val d'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
seps@seps.it – www.seps.it

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Título original: La democrazia attraverso i diritti.
Il costituzionalismo garantista come modello teorico
e come progetto politico

© Editorial Trotta, S.A., 2014
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, 2014

© Perfecto Andrés Ibáñez, para la traducción, 2014

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-9879-536-3
Depósito Legal: M-21977-2014

Impresión
Cofás, S.A.

CONTENIDO

Introducción 9

Primera parte
El modelo teórico

1. La democracia constitucional 17
2. El constitucionalismo garantista 56
3. El constitucionalismo principialista 96

Segunda parte
El proyecto político

4. La actual crisis de la democracia constitucional 135
5. El futuro del constitucionalismo 171

Índice de nombres 237
Índice de materias 241
Índice general 257

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo es hoy la orientación prevaleciente en la teoría y en la filosofía del derecho. Tras la Segunda Guerra Mundial, se afirmó a partir de esa profunda innovación en la estructura de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental que fue la introducción de constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria, con el sustento del control jurisdiccional de constitucionalidad. Como consecuencia, trajo un cambio en las condiciones de validez de las leyes, ligadas ya no solo a las formas y los procedimientos de su producción, sino también a sus contenidos, es decir, a la coherencia de sus significados con los principios establecidos por las normas constitucionales, los primeros entre todos el de igualdad y los derechos fundamentales. Este cambio ha retroactuado sobre la naturaleza de nuestras democracias, haciendo a mi juicio inadecuadas las tradicionales concepciones puramente formales o procedimentales de la democracia como conjuntos de reglas del juego, independientes e indiferentes a los contenidos del juego democrático. En efecto, pues el mismo ha injertado en la democracia una dimensión sustancial, correspondiente a la dimensión sustancial de la validez de las leyes y diseñada por los límites y los vínculos jurídicos, de sustancia o contenido, impuestos a los poderes políticos de mayoría. En síntesis, ha impuesto la que cabe llamar *esfera de lo no decidible*: esto es, lo que ninguna mayoría puede válidamente decidir, o sea, la violación o la restricción de los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede legítimamente no decidir, es decir, la satisfacción de los derechos sociales constitucionalmente establecidos.

De esta innovación en la estructura del derecho y de la democracia se han ofrecido dos interpretaciones diversas, correspondientes, *grosso modo*, a dos diversas concepciones del constitucionalismo y por eso de la democracia constitucional. Por un lado, la anclada en el vie-

jo paradigma positivista, según la cual las constituciones rígidas se habrían limitado a injertar un ulterior nivel normativo, el constitucional, en la estructura en grados del estado legislativo de derecho, sin alterar su sintaxis interna ni por consiguiente sus dimensiones semántica y pragmática. Por otro, la opuesta y que actualmente prevalece, pospositivista y tendencialmente neoiusnaturalista, según la cual los principios ético-políticos de justicia introducidos en las constituciones —objeto de ponderación y no, como las reglas, de aplicación mediante subsunción— habrían restablecido la conexión premoderna entre derecho y moral y puesto fin a la separación entre las dos esferas producida en el derecho moderno, con la afirmación del paradigma positivista.

En la primera parte de este libro, dedicada al constitucionalismo como *modelo teórico*, se discuten y critican ambas concepciones, a las que se contrapone una tercera, no intermedia sino diversa de ambas. Es la concepción del constitucionalismo y de la democracia que he llamado «garantista» y que se funda en las tesis desarrolladas en *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Conforme a esta última, a diferencia de lo que sostiene la primera concepción, el constitucionalismo es un modelo normativo de ordenamiento producido por un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, gracias al cual la validez de las leyes y la legitimidad de la política están condicionadas al respeto y a la actuación de las garantías de los derechos estipulados en las constituciones. Además, se distingue de la segunda concepción por entender que la estipulación de principios y derechos fundamentales en constituciones rígidamente supraordenadas a todas las otras fuentes equivale a la imposición, a la producción normativa en su totalidad, de límites y vínculos aplicables a sus violaciones exactamente como en el caso de las reglas. De este modo, en el plano teórico, el constitucionalismo garantista viene a representar el pleno desarrollo tanto del positivismo jurídico, dado que consiste en la positivización de las mismas opciones a las que el legislador debe ajustarse, como del estado de derecho y de la democracia, puesto que comporta el sometimiento de todo poder, incluso del político y legislativo, a normas formales y sustanciales, dirigidas, en primer término, a limitar y vincular su ejercicio y, en un segundo momento, a censurar o a remover sus violaciones, en garantía de los derechos de todos. De aquí resulta una virtual y en alguna medida fisiológica ilegitimidad del derecho positivo vigente en relación con el dictado constitucional, que la ciencia jurídica debe verificar y la política y la jurisdicción reparar o corregir.

Esta ilegitimidad es en cierta medida fisiológica, dado que las normas constitucionales que imponen al planeamiento legislativo la introducción y el respeto de las garantías de los derechos establecidos en ellas pueden muy bien ser violadas, por acción o por omisión. Pero la

misma, como se verá en la segunda parte, dedicada al constitucionalismo como *proyecto político*, está convirtiéndose actualmente en patológica. En efecto, pues está en curso una profunda crisis del paradigma constitucional, que afecta tanto a las formas representativas de la democracia como a su sustancia constitucional, comprometiendo el papel del gobierno de la política y las funciones reguladoras y garantistas del derecho. Esta crisis se manifiesta en el desarrollo, a escala estatal y extra- o supraestatal, de poderes económicos y financieros carentes de límites y controles, en la subordinación a ellos de las políticas de gobierno y en la agresión al conjunto de los derechos sociales y del trabajo, por obra de una política tan impotente frente al capital financiero como omnipotente en relación con los sectores sociales más débiles. En el último capítulo se propondrá la expansión del constitucionalismo con las garantías que le son inherentes, en cumplimiento de sus prescripciones normativas y a la altura de los nuevos poderes económicos globales, como el principal cometido de la política y como la única alternativa racional a un futuro de desórdenes, violencias, opresiones y desigualdades, y también de involuciones autoritarias y antidemocráticas.

En el origen de las tesis expuestas en este libro se encuentran dos intensos y para mí fecundos debates sobre un ensayo —«Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»— publicado, junto con mis réplicas, en la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), y en el volumen brasileño *Garantismo, hermeneutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*, editado por Lenio Luiz Streck y André Karam Trindade. Por tanto, estoy en deuda y deseo dar las gracias a cuantos han participado en esa discusión: João Mauricio Adeodato, Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, Mauro Barberis, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Alfredo Copetti Neto, Alfonso García Figueroa, Andrea Greppi, Liborio L. Hierro, André Karam Trindade, Francisco Laporta, Alexandre Morais De Rosa, José Juan Moreso, Rafael Tomaz de Oliveira, Giorgio Pino, Luis Prieto Sanchís, María Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Alfonso Ruiz Miguel, Pedro Salazar Ugarte, Carlos Luiz Strapazzon, Lenio Luiz Streck y Sergio Urquhardt de Cademartori. Las críticas y estímulos que he recibido han sido preciosas para mí, y me han inducido a precisar, aclarar y, en algunos casos, a corregir las tesis mantenidas inicialmente. Por eso, la discusión ha servido para remover algunas incomprensiones recíprocas y también para reducir disensos y divergencias, debidos en muchos casos, sobre todo, a la diversidad de los aparatos conceptuales en uso. Además, me ha resultado particularmente clarificador el largo diálogo sobre el constitucionalismo mantenido con Juan Ruiz Manero —*Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación* (Trotta, Madrid, 2012)— que, gracias al formato y a la inmediata sucesión de las réplicas y contrarréplicas, ha tenido la virtud de

disipar algunos equívocos y malentendidos que separan nuestros planteamientos. Por último, he discutido este libro con Perfecto Andrés Ibáñez, Lucia Antonazzi, Alexander Araujo de Souza, Mauro Barberis, Tatiana Effer, Carlo Ferruccio Ferrajoli, Dario Ippolito, Raniero La Valle, Fabrizio Mastromartino, Giorgio Pino, Roberto Schiattarella, Salvatore Senese, Simone Spina y Hermes Zaneti, a los que agradezco sus observaciones.

No es inútil subrayar desde ahora el carácter no académico de tales controversias. Estas no solo responden a concepciones teóricas diversas de las constituciones y de la democracia, sino que tienen también relevantes implicaciones prácticas: la normatividad débil o fuerte asociada a las normas constitucionales sustanciales, según se las conciba como principios ponderables entre sí o como reglas que imponen su actuación legislativa y su aplicación jurisdiccional; la promoción de un papel activo y creativo de la jurisprudencia, o bien la defensa de su rígida sujeción a la ley y por esto de la separación de poderes; la primacía de la jurisdicción o, en cambio, de la innovación legislativa, y por consiguiente de la política, en la actuación garantista del proyecto constitucional, siempre incompleta e imperfecta; la consiguiente opción estratégica por una integración jurídica supranacional basada preferentemente en el papel de garantía confiado al activismo de las jurisdicciones según el modelo del *rule of law*, o bien por un constitucionalismo rígido multinivel, ampliado a los múltiples poderes políticos y económicos globales y actuado por la política mediante la construcción, a su altura, de funciones e instituciones de garantía de los derechos estipulados en las cartas estatales e internacionales; el valor pragmático del constitucionalismo: si es solo un modelo teórico de derecho y de práctica jurídica o también, como sostendré en el último capítulo, un proyecto político de construcción de la democracia; la concepción, en fin, de la ciencia jurídica: si puede sostenerse aún su carácter solo descriptivo o no valorativo, siempre defendido por el viejo positivismo jurídico, o si, por el contrario, debe reconocérsele un papel crítico y de proyecto frente al derecho ilegítimo, es decir, frente a las indebidas antinomias y lagunas generadas por la virtual divergencia entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del derecho positivo mismo.

Naturalmente, las concepciones teóricas del derecho no son ni verdaderas ni falsas. Son más o menos adecuadas a las finalidades explicativas y reconstructivas perseguidas por la teoría. Además de una dimensión semántica, consistente en su alcance empírico y en su capacidad explicativa tienen una relevante dimensión pragmática, dado que valen para reconstruir el imaginario jurídico en torno a esos particulares objetos de investigación, tan artificiales como las teorías, que son el derecho positivo y los sistemas políticos. Este imaginario, cuando se afirma en la cultura jurídica y en la política, retroactúa sobre los sistemas institucio-

nales que son objeto de la reflexión teórica, contribuyendo a modelar su normatividad y a orientar las prácticas y la deontología de los operadores del derecho y de los actores de la política. De aquí la relevancia práctica de las teorías y en general de las culturas jurídicas y políticas, determinada por su papel ampliamente performativo del artificio institucional, que es, al menos en parte, como ellas lo conciben y lo teorizan.

Primera parte

EL MODELO TEÓRICO

I

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1.1. *Los itinerarios de la modernidad jurídica. Tres modelos de derecho: jurisprudencial, legislativo y constitucional. Tres normas de reconocimiento. Tres nociones de validez.* De forma esquemática, cabe distinguir tres paradigmas o modelos teóricos de derecho, correspondientes *grosso modo* a otras tantas experiencias históricas desarrolladas en el continente europeo en los últimos siglos: el paradigma jurisprudencial, el legislativo y el constitucional[1]. Conviene precisar que se trata de tres paradigmas teóricos, que no describen ningún ordenamiento histórico real, y consisten en modelos conceptuales que solo identifican las normas de reconocimiento y los rasgos distintivos predominantes y caracterizadores de las correspondientes experiencias históricas[2].

1. M. Fioravanti ha formulado una distinción análoga —entre «Estado jurisdiccional», «Estado legislativo» y «Estado constitucional»— con referencia a las concretas vicisitudes históricas del moderno Estado europeo, en «Estado y constitución», en Íd. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derechos*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13-29. La misma distinción ha sido acogida por M. Barberis en *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Módena, 2012, § 2, pp. 33-50; Íd., «Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo»: *Teoria politica* II (2012), § 2, pp. 194-198. Véase también, sobre el estado jurisdiccional y la sucesiva formación del estado de derecho, L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma/Bari, 2001 e Íd., «Justicia y administración», en M. Fioravanti (ed.), *El Estado moderno...*, cit., pp. 65-102.

2. Lo he precisado con cierta amplitud en «Intorno a 'Principia iuris'. Questioni epistemologiche e questioni teoriche», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, LED, Milán, 2011, § 14.1.2, pp. 236-239, respondiendo a las observaciones críticas de I. Birocchi, «Una lettura storica (A proposito di Luigi Ferrajoli, 'Principia iuris')», *ibid.*, § 2.3-2.4, pp. 42-52. Sobre el paradigma constitucional, remito a *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, 3 vols. (en adelante, los tres volúmenes —I. *Teoría del derecho*; II. *Teoría de la democracia*; III. *La sintaxis del derecho*— se indicarán como PI I, PI II y PI III, y las defini-

El primer modelo es el del derecho *jurisprudencial* premoderno. Según este, que refleja la experiencia histórica del derecho romano y del derecho común hasta la época de las codificaciones, el derecho, al no existir un monopolio incontestado de la producción normativa ejercido por fuentes predeterminadas, consiste principalmente en un patrimonio de máximas, categorías, principios y precedentes judiciales transmitido por la cultura y la práctica jurisprudencial y doctrinal. Por eso se trata de un sistema normativo que, según la terminología kelseniana, puede muy bien caracterizarse como tendencial y prevalentemente *nomoestático*. En efecto, pues su norma de reconocimiento es la *justicia* o *racionalidad* intrínsecas. Es obvio que en la experiencia histórica premoderna existían también leyes, decretos, ordenanzas y estatutos. Sin embargo, estas normas, por la heterogeneidad, el pluralismo y el particularismo de los ordenamientos que convivían en los mismos territorios[3], terminaban al cabo del tiempo por insertarse y amalgamarse en el *corpus iuris* transmitido por la tradición subyaciendo al principio normativo de la interna coherencia y plenitud, de hecho ampliamente inactuado. Dicho de otro modo, la existencia y la validez de las normas de derecho común, más allá de las derogaciones representadas por el derecho estatutario, dependían de su *sustancia* o contenido prescriptivo. En efecto, la lógica era interna y no externa al sistema jurídico. *Veritas, non auctoritas facit legem*: en este modelo, la norma de reconocimiento de las normas jurídicas es la verdad, es decir, la intrínseca justicia o racionalidad. De aquí la confusión entre derecho y moral, o sea, entre validez y justicia. Por ejemplo, una máxima de Gayo prevalecía en juicio sobre una de Ulpiano, o al revés, al ser considerada más justa o en todo caso más apropiada. Por eso el *ius-naturalismo* era la filosofía del derecho que reflejaba esta experiencia. En fin, sin este anclaje histórico en la experiencia práctica del derecho, no se explicaría el predominio milenario de esta doctrina.

El segundo modelo es el *legislativo* o *páleo-positivista*, introducido con esa primera revolución institucional que fue la afirmación del monopolio estatal de la producción normativa. Según él, cuya norma de reconocimiento es el *principio de legalidad*, las normas existen porque han

ciones y los teoremas con las letras D y T seguidas de numeración progresiva). Cf. también *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid, [10]2009, parte V; y, para una síntesis sumaria, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, [2]2011, cap. I.

3. Sobre el particularismo jurídico premoderno anterior al proceso de unificación y simplificación del derecho promovido con las codificaciones, cf. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976, caps. I y II.

sido producidas y no porque se las deduzca[4]. Se trata de sistemas normativos susceptibles de ser caracterizados, según el léxico kelseniano, como *nomodinámicos*. En efecto, pues, en ellos, la existencia y la validez de las normas se reconocen por su *forma* de producción, y no por sus contenidos. *Auctoritas, non veritas facit legem*[5]: ya no es el prestigio de los doctores y tampoco su intrínseca justicia o su racionalidad lo que funda la pertenencia de una norma jurídica a un ordenamiento determinado, sino la autoridad de la fuente. De aquí la separación de derecho y moral, o de validez y justicia, que no es más que un corolario del principio de legalidad. Si la existencia de las normas depende únicamente de su positividad, pueden muy bien darse normas positivas injustas y sin embargo existentes, y normas justas, pero no positivas, y por eso inexistentes. La posible injusticia de las normas es el precio pagado a los valores de la certeza del derecho, la igualdad ante la ley, la libertad frente al arbitrio y la sujeción de los jueces al derecho, que asegura este modelo. Se entiende así que el *positivismo* es la filosofía del derecho que se afirma en correspondencia con esta experiencia. Por consiguiente, el punto de vista de la justicia se hace autónomo con respecto al derecho y a la ciencia jurídica como punto de vista político y axiológico, externo tanto a uno como a la otra.

El tercer modelo, en fin, es el *constitucional* o *neo-positivista*, que se afirma con un ulterior cambio de paradigma y con una segunda revolución institucional: la subordinación de la legislación misma al derecho, y por eso el pleno desarrollo del estado de derecho como *estado constitucional de derecho* gracias a la difusión de las constituciones rígidas como parámetros de validez del derecho vigente, producida en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Según este modelo, mientras la existencia o vigencia de las normas continúa dependiendo de su *forma* de producción, cuya norma de reconocimiento sigue siendo el viejo *principio de legalidad formal*, su validez depende también de su *sustancia* o contenido, cuya norma de reconocimiento consiste en el *principio de legalidad sustancial* que la vincula a la coherencia con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos. Así, a la separación y

4. Es útil traer aquí la noción disyuntiva de norma de reconocimiento propuesta en PI I, § 8.10, p. 432 con la definición D8.13: por 'norma de reconocimiento' entiendo la norma que instituye los criterios de identificación sustancial de un ordenamiento nomoestático, o bien la norma deóntica formal sobre la producción de normas de un ordenamiento nomodinámico.

5. Es la clásica máxima hobbesiana, opuesta a la iusnaturalista antes recordada: «Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas non veritas facit legem» (T. Hobbes, *Leviathan, sive de Materia, Forma et Potestate Civitatis ecclesiasticae et civilis*, trad. latina, en *Leviatano*, ed. de R. Santi, con texto inglés de 1651 y texto latino de 1668, Bompiani, Milán, 2001, cap. XXVI, § 21, p. 448).

divergencia externa entre justicia y validez, se añade la divergencia interna entre validez y existencia: en los actuales ordenamientos constitucionales pueden perfectamente darse normas existentes en cuanto producidas de conformidad con las normas formales sobre la producción y, sin embargo, inválidas por hallarse en contradicción con la constitución. En efecto, con los principios y derechos fundamentales establecidos por esta se estipula también, como solemne «nunca más» a los horrores de los totalitarismos, la que he llamado la *esfera de lo no decidible*: lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados. El ordenamiento se convierte en un sistema *nomodinámico*, en el que las normas adquieren existencia si y solo si son producidas en las formas prescritas por él; y, sin embargo, este mismo cuenta con una dimensión *nomoestática*, en virtud de la cual las normas indebidamente producidas o no producidas contradiciendo la constitución se conciben como vicios, es decir, como antinomias o como lagunas que deben ser eliminadas. Los principios lógicos de la coherencia y la plenitud, al identificarse con el deber ser de la producción legislativa con respecto a los *principia iuris et in iure* constitucionalmente estipulados, vuelven a asumir valor normativo, como *principia iuris tantum,* que es como los he llamado[6]. De aquí, como se verá en el § 2.8, el papel crítico del derecho ilegítimo por parte de la ciencia jurídica, promovido por el *constitucionalismo*, que se ha convertido en la filosofía del derecho hoy más difundida, porque puede dar cuenta, mejor que ninguna otra, de las actuales democracias constitucionales.

Tenemos así tres modelos de derecho identificables a partir de tres diversas normas de reconocimiento, correspondientes a su vez a tres diversas nociones de validez. En el primer modelo la validez de las normas tiende a reconocerse y a identificarse con su intrínseca *justicia*, ligada de forma inmediata a su contenido normativo, es decir, a su *sustancia* o significado prescriptivo. En el segundo modelo la misma se reconoce y se identifica con su *positividad*, ligada únicamente a la conformidad de sus *formas* de producción con las normas formales sobre su producción. En el tercer modelo aquella se reconoce y se identifica, además de con la conformidad de sus *formas*, también con la coherencia de su *sustancia* o significado con las normas no solo formales sino también sustanciales sobre su producción. La modernidad jurídica nace con el segundo mo-

6. Sobre las nociones de «esfera de lo no decidible» y de «esfera de lo decidible», cf. PI I, § 11.18 y 12.6, pp. 773-777 y 822-827 y PI II, cap. XIII y § 15.1, pp. 298-303. Sobre la distinción entre *principia iuris tantum* y *principia iuris et in iure*, cf. PI I, Introducción, § 6-8, pp. 24-40; § 1.3, pp. 109-115; § 2.7, pp. 164-166; § 3.6, pp. 190-192; § 8.7, pp. 417-422.

delo y alcanza su cenit con el tercero, gracias a la positivización, primero, de las formas de la producción legislativa y, después, de los límites y los vínculos de sustancia impuestos por normas constitucionales supraordenadas a ella. Si en el primer modelo la validez de las normas estaba ligada de forma inmediata a su sustancia y en el segundo era determinada únicamente por su forma jurídica, en el tercero forma y sustancia, como condiciones de validez de las normas producidas, se encuentran ambas vinculadas, una a la conformidad y la otra a la coherencia o compatibilidad con las normas constitucionales sobre su producción.

La política moderna como fuente primaria del derecho nació, pues, con el primer positivismo, correspondiente a la formación del Estado soberano como titular del monopolio de la producción legislativa. El derecho se convierte así en un producto de la política y su principal instrumento de gobierno. Con el segundo positivismo, el constitucional, que positiviza el deber ser de la producción legislativa, la relación entre política y derecho se complica: el derecho sigue siendo un producto y un instrumento de la política, pero la política se subordina al derecho, y, más precisamente, a la esfera de lo no decidible estipulada en las constituciones. En la concepción del primer *estado legislativo de derecho*, no dotado de constituciones rígidas, sino a lo sumo de constituciones flexibles, el fundamento del Estado se expresaba con fórmulas de tipo organicista y vagamente metafísico: el cuerpo social, la nación, la voluntad general, el *demos*, el pueblo soberano, el espíritu del pueblo y similares[7], del que la esfera pública se consideraba expresión política. El constitucionalismo rígido y democrático del *estado constitucional de derecho*, que no por casualidad se afirmó en Europa tras la liberación de los diversos fascismos, sustituye estas simbolizaciones ideológicas por la explícita consagración positiva de los fundamentos y de la razón de ser del artificio estatal en el pacto constitucional. De un lado, las formas representativas de la democracia política y la separación de poderes, del otro, los derechos fundamentales impuestos a las decisiones políticas como límites y vínculos de sustancia. La política, cuyas formas y cuyas instituciones representativas son generadas y legitimadas por el ejercicio de los derechos políticos, continúa siendo el motor de la nomodinámica jurídica. Pero el fundamento axiológico y la razón social de todo el ar-

7. Véanse los ensayos de P. Costa, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milán, 1986, y de M. Fioravanti, «Stato: b) Storia», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milán, 1990, pp. 708-758. Sobre el papel de los mitos y, en general, de los elementos a-racionales e irracionales en la vida política, cf. E. Cassirer, *El mito del Estado* (1946), trad. de E. Nicol, FCE, México, 1947; C. Bottici, *Filosofia del mito politico*, Bollati Boringhieri, Turín, 2012, y G. Zagrebelsky, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Einaudi, Turín, 2012.

tificio jurídico e institucional se identifican con la garantía del conjunto de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos[8].

Por último, hay que añadir, desde ahora, que hoy asistimos a la crisis del paradigma constitucional determinada esencialmente por el fin del monopolio estatal de la producción normativa y del desarrollo, a escala global, de los poderes públicos y sobre todo de los económicos y financieros que se sustraen al gobierno de las instituciones políticas de la democracia representativa y a los límites y vínculos jurídicos del estado de derecho, tanto legislativo como constitucional. A esta crisis y a sus perspectivas futuras dedicaré la segunda parte del libro. Aquí baste decir que el futuro del estado de derecho y de la democracia, como alternativa a la quiebra de ambos también en el interior de los estados nacionales, depende hoy de la progresiva expansión del paradigma constitucional a los ordenamientos supranacionales, a la altura de los nuevos poderes extra- o supraestatales.

1.2. *El constitucionalismo entre (paleo)positivismo y (neo)iusnaturalismo. Una cuestión terminológica.* El paradigma constitucional puede concebirse de diversas maneras. En la huella de la continuidad con el viejo paradigma positivista del estado legislativo, puede ser considerado como el fruto de la simple introducción en el ordenamiento de un ulterior nivel normativo supraordenado a la legislación ordinaria; o bien, en una línea de radical discontinuidad, como una superación del positivismo jurídico, en sentido tendencialmente iusnaturalista o ético-objetivista. Uno de los principales objetivos de este libro es sostener una concepción del constitucionalismo diferente de estas dos: que guarda relación con la primera porque también esta es positivista, entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o modelo de derecho que reconozca como «derecho» cualquier conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para hacerlo, con independencia de sus contenidos y, por consiguiente, de su eventual injusticia[9]; distinta

8. He ilustrado esta doble primacía —de los derechos políticos y civiles de autonomía, llamados también 'secundarios', 'instrumentales' o 'derechos-medio', en la *fundación positiva* del derecho, y de los derechos de libertad y los derechos sociales, que he llamado también 'primarios', 'finales' o 'derechos-fin', como su *fundamento axiológico*— en PI II, § 14.2, pp. 160 ss. y en «Intorno a 'Principia iuris'», cit., § 14.3.1, pp. 282-283. Sobre la noción de 'razón social' como estatus de las personas jurídicas (incluidas las instituciones políticas) identificado por las finalidades para las que se las instituye, véanse en PI I, § 8.12-8.13, pp. 437-443, las tesis D8.14 y T8.104; en el § 10.9, pp. 595-600, las tesis T10.106-T10.110; en los § 12.10-12.11, pp. 841-852, las tesis D12.22 y T12.86 y, en el § 12.18, pp. 879-884, las tesis D12.35 y T12.190-T12.191; cf. también PI II, § 15.1, pp. 298-303.

9. Así H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, primera parte, X, B, *a*), p. 134: la «positividad» del derecho «consiste en el hecho de que es creado y nulificado

de ambas, como se verá en los dos próximos capítulos, por su novedad estructural y por la normatividad fuerte asociada al paradigma constitucional, que la misma concibe como un sistema de garantías, esto es, de límites y vínculos jurídicos impuestos al ejercicio de cualquier poder como condición de su legitimidad[10].

por actos de seres humanos»; Íd., *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, cap. V, § 34, *i)*, p. 228: «No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico»; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, cap. IX, § 1, p. 217: «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»; Íd., «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral» (1958), en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, § 2, p. 16, nota 25, donde el segundo de los cinco posibles significados de positivismo está identificado por «la pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral». Pero recuérdese también la máxima hobbesiana aquí citada en la nota 5, *auctoritas, non veritas* —que equivale a decir la *forma* de producción, esto es, la habilitación jurídica para legislar, y no la bondad del *contenido* producido— *facit legem*, en oposición a la máxima iusnaturalista *veritas, non auctoritas facit legem*. La noción aquí acogida de acuerdo con las tesis citadas corresponde en cambio solo en parte al primero y al segundo significado y no corresponde en absoluto al tercer significado de «positivismo jurídico» de los distinguidos por N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Laterza, Roma/Bari, 2011, cap. V, pp. 87-96. Dicho de manera más precisa: *a*) corresponde solamente en parte a la noción del positivismo como «aproximación al estudio del derecho», con la cual tiene en común la tesis de que el jurista debe ocuparse solo del «derecho como es» y no del «derecho como debe ser» desde el punto de vista de la justicia, pero de la que se separa, como se verá mejor en el § 2.8, porque requiere también la crítica del derecho vigente que contraste con el «derecho como debe ser» según la constitución y que asimismo forma parte del «derecho como es»; *b*) no corresponde sino en parte a la noción del «positivismo jurídico» como «teoría» que describe el «derecho como hecho», es decir, como el conjunto de las reglas «puestas directa o indirectamente por órganos del Estado», pero de la cual se separa, al no poderse admitir hoy, tras el fin del monopolio estatal de la producción jurídica, la «común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatalista del derecho»; *c*) en fin, no corresponde en absoluto al tercer significado identificado por Bobbio, el del positivismo como «ideología», según el cual el derecho existente, solo por ser tal, es también «justo»: concepción que, en realidad, no tiene nada de positivista, al estar en contradicción con las dos primeras, y no ha sido nunca sostenida, sino, al contrario, rechazada por todos los clásicos del positivismo jurídico: Bentham, Austin, Kelsen, Hart y el propio Bobbio.

10. He criticado la segunda de estas dos concepciones del constitucionalismo, oponiéndoles la garantista, en «Principia iuris. Una discusión teórica»: *Doxa* 31 (2008), § 1.3, pp. 402-403, donde he subrayado las diferencias entre los dos planteamientos señalados por L. Prieto Sanchís, «Principia iuris: una teoría del derecho no neo-constitucionalista para el Estado constitucional», *ibid.*, pp. 325-353, ahora en Íd., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, cap. II; en «Intorno a 'Principia iuris'», cit., § 14.1.4, pp. 248-261. Para una crítica más argumentada y de mayor amplitud, cf. «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista»: *Giurisprudenza costituzionale* 3 (2010), pp. 2771-2816 (trad. esp. en *Doxa* 34 [2011], pp. 15-54), y las réplicas al debate suscitado: «El constitucionalismo garantista entre páleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *ibid.*, pp. 311-360 y «O constitucionalismo garantista e o Estado

El nuevo paradigma y su concepción suelen denominarse con el término «neoconstitucionalismo»[11], por oposición, de un lado, al constitucionalismo clásico y, por otro, al viejo positivismo jurídico. Ambas oposiciones son erróneas a mi juicio. Lo es la que enfrenta «neoconstitucionalismo» y «constitucionalismo» por la asimetría de los dos términos, el primero de los cuales designa un modelo teórico-jurídico empíricamente referido a los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, mientras que el segundo no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino la doctrina política de la limitación de los poderes públicos en garantía de determinados ámbitos de libertad[12], rea-

de direito», en L. Luiz Streck y A. Karam Trindade (eds.), *Garantismo, hermeneutica e (neo-)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*, Editora Do Advogado, Porto Alegre, 2012, pp. 231-260.

11. El término «neoconstitucionalismo» fue introducido en el léxico filosófico-jurídico por algunos filósofos del derecho genoveses: S. Pozzolo, «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional»: *Doxa* 21 (1998), pp. 355-370; Íd., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001; P. Comanducci, «Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio», en *Studi in onore di Franca De Marini*, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 123-124; M. Barberis, «Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale»: *Ragion pratica* 8 (2000), pp. 147-162; Íd., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica* (2003), Giappichelli, Turín, [2]2005, § 1.5, pp. 27-41; Íd., «Esiste il neocostituzionalismo?»: *Analisi e diritto* (2011), pp. 11-30; Íd., «Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo», cit.; Íd., «Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto»: *Rivista di filosofia del diritto* I/1 (2012), pp. 153-164. Sobre la noción de neoconstitucionalismo, utilizada casi exclusivamente en Italia, España y América Latina, véase, además, M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Cevallos, Quito, 2010, pp. 23-40 y G. Bongiovanni, «Neocostituzionalismo», en *Enciclopedia del diritto. Annali IV*, Giuffrè, Milán, 2011, pp. 749-772. Bongiovanni señala las distintas y heterogéneas acepciones de la expresión *neo-constitutionalism* en la literatura anglosajona, algunas de las cuales no tienen nada que ver con el constitucionalismo (*ibid.*, nota 4, pp. 749-750): que es una razón más, junto a las ya examinadas, para abandonar el término por ser fuente de confusión. He criticado el uso de este y motivado la propuesta de revisión terminológica que avanzaré enseguida, en «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», cit., § 1, pp. 2773-2778, trad. cit., pp. 17-21.

12. Es el constitucionalismo político evocado, en oposición al neoconstitucionalismo, por Paolo Comanducci, que se remite a las constituciones europeas de los siglos XVIII y XIX, y, en particular, al Estatuto Albertino de 1848 y a las otras constituciones italianas preunitarias, constituciones flexibles formalmente asimilables a las leyes ordinarias, que, por eso, no alteraron el paradigma del estado legislativo de derecho y tampoco la teoría positivista del derecho conectada a él («Forme di neocostituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. Mazzarese [ed.], *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2002, pp. 71-77). Se trata de la noción corriente de constitucionalismo, adoptada, por ejemplo, por M. Troper, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (1988), pp. 61-62; por G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Turín, 1990; por M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, pp. 85-100; Íd., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 17, 92, 142; y por T. Mazzarese, «Diritti fondamentali e neocostituzionalimo», en

lizada de hecho en ordenamientos dotados de sólidas tradiciones liberales, pero independiente de cualquier ordenamiento. Pero es asimismo equivocada la contraposición de «neoconstitucionalismo» y «positivismo jurídico», acreditada por el significado que resulta tan fácil asociar a los dos términos de la oposición: concibiendo el primero no como un nuevo y más desarrollado paradigma positivista, sino como una superación del positivismo en sentido antipositivista y tendencialmente iusnaturalista, y asociando el segundo no a la simple idea de positividad del derecho, sino a la de la primacía de la ley estatal producida por los parlamentos, y con ello al modelo paleopositivista del estado legislativo de derecho[13]. El resultado de las dos oposiciones es la inclusión del constitucionalismo actual en el área de las doctrinas iusnaturalistas o, en todo caso, anti- o pospositivistas[14]. En efecto, así identificado el «constitucionalismo» con la ideología política liberal y el «neoconstitucionalismo» con la tesis antipositivista de la conexión de derecho y moral —«opuesta» en el plano teórico «a la positivista» a la que es «alternativa»[15]—, el constitucionalismo positivista no halla espacio como paradigma teórico en esta clasificación, claramente muy poco descriptiva, al ser fruto de la superposición

Íd. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela*..., cit., p. 11. Pero el constitucionalismo es a menudo entendido en un sentido todavía más amplio, esto es, como conjunto de principios políticos que se remontan al pensamiento griego y a la experiencia romana, afirmados luego en el Medievo y, en particular, en el derecho inglés: recuérdese el clásico ensayo de C. H. McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno* (1947), trad. de J. J. Solozábal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991. De manera análoga, Mario Dogliani identifica el constitucionalismo con «un conjunto de institutos [...] diseminados en el curso de los siglos en experiencias políticas muy diversas», tanto que es legítimo «tratar el constitucionalismo antiguo y el moderno como diversas formas históricas [...] de una tradición milenaria que no ha cesado nunca de reelaborar y experimentar su núcleo normativo» («I diritti fondamentali», en M. Fioravanti [ed.], *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma/Bari, 2009, p. 42).

13. Cf., por ejemplo, M. Fioravanti, *Constitucionalismo*..., cit., pp. 92-104; G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* trad. de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, [10]2011, cap. II, § 6, p. 33.

14. Es la concepción del constitucionalismo sostenida no solo por los neoconstitucionalistas no positivistas, sino también por alguno de sus críticos positivistas, como Michel Troper, según el cual el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico: «Ahora es claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo —los distinguidos por Norberto Bobbio—, es del todo incompatible con el constitucionalismo», que «parece estrechamente ligado a las doctrinas iusnaturalistas» (M. Troper, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto»: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 1 [1988], p. 63). La tesis de que (no el neoconstitucionalismo, sino) el constitucionalismo, con su concreta pretensión de someter las leyes a normas superiores estipuladas como inderogables, expresa una instancia clásica del iusnaturalismo ya había sido sostenida por N. Matteucci, «Positivismo giuridico e costituzionalismo»: *Rivista trimestrale di procedura civile* XVII/3 (1963), p. 1046.

15. P. Comanducci, «Forme di neo-costituzionalismo», cit., p. 79.

del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo)positivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo[16].

Es por lo que, para designar el constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales, creo oportuno adoptar y proponer una terminología distinta, que, dentro del mismo discurso, haga uso de términos homogéneos: 'constitucionalismo jurídico', 'constitucionalismo' o 'segundo positivismo' —en oposición al 'primer positivismo' del estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles—, y esto cualquiera que sea la doctrina filosófico-política que se profese; 'constitucionalismo político' para designar en cambio la doctrina liberal de los límites al poder, cualesquiera que fueren las características estructurales de los concretos ordenamientos jurídicos[17]. Naturalmente, puede muy bien hacerse uso de 'constitucionalismo' para designar, en el marco de la filosofía política, la doctrina liberal de los lí-

16. Muy distinta es la caracterización (no del «neoconstitucionalismo», sino simplemente) del «constitucionalismo» propuesta por Luis Prieto Sanchís en *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, Mexico, 1997. También Prieto había distinguido, en paralelo a la distinción de Bobbio de los tres tipos de positivismo, entre constitucionalismo, «ideológico», «teórico» y «metodológico», pronunciándose, en el cap. V, § 2, «en favor de una teoría del derecho y de un constitucionalismo positivista». Una lectura del neoconstitucionalismo en términos positivistas es la ofrecida por T. Mazzarese, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo», cit., § 1.4, pp. 14-22; Íd., «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism»: *Associations. Journal of Legal and Social Theory* 6/2 (2002), pp. 233-260; Íd., «Iuspositivismo y globalización del derecho. Qué modelo teórico», en J. J. Moreso y M. C. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 61-71; E. Bulygin, «Tecla Mazzarese sobre el positivismo y la globalización del Derecho», *ibid.*, pp. 185-186; V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi, Nápoles, 2004, pp. 20-22. No obstante, la expresión *neoconstitucionalismo*, en la acepción sustancialmente iusnaturalista antes apuntada, ha entrado en el uso corriente, hasta generar una abundante literatura y dar título a una serie de importantes volúmenes: T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela...*, cit.; M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, [4]2009; Íd. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007; R. Quaresma, M. L. de Paula Oliveira y F. Martins Riccio de Oliveira (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Editora Forense, Río de Janeiro, 2009; M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.

17. Una parte de la filosofía política entiende todavía hoy, en nombre del valor democrático y de la «dignidad» de la legislación producida por los órganos representativos, que el respeto de los derechos fundamentales debe confiarse no al constitucionalismo jurídico basado en el control jurisdiccional de legitimidad sobre la legislación, sino al constitucionalismo político como conjunto de límites solo externos o políticos: cf., por ejemplo, R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999; Íd., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), trad. de A. Pintore, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 8, 11, 99 ss. y 104 ss. Sobre el *political constitutionalism* y sobre la democracia «vista desde Westminster, véase el reciente estudio de A. Ferrara, *The Democratic Horizon. Hyperpluralism and the Renewal of Political Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, cap. VII.

mites del poder, y, en el de la teoría del derecho, el paradigma de las actuales democracias constitucionales. Lo importante es que no se confundan los dos diversos significados dentro de un mismo discurso[18].

Se puede, pues, llamar 'constitucionalismo iusnaturalista' y 'constitucionalismo positivista' a las concepciones del actual constitucionalismo jurídico, según se le conciba o no como una superación del positivismo jurídico. Sin embargo, quienes sostienen una concepción antipositivista del constitucionalismo no se declaran habitualmente iusnaturalistas, sino sobre todo no-positivistas o pospositivistas. Lo que tienen todos en común es la consideración de gran parte de las normas constitucionales, y en particular de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos, y la adopción de una distinción fuerte, cualitativa y estructural entre principios y reglas, objeto, los primeros de argumentación y ponderación, y las segundas de aplicación bajo la forma de la subsunción[19]. Por otra parte, esta misma distinción, si bien como distinción débil, cuantitativa o de grado, es también aceptada por muchos positivistas[20].

18. Paolo Comanducci, en «'Constitucionalismo': problemas de definición y tipología»: *Doxa* 34 (2011), pp. 95-100, apoyando la terminología que aquí se critica, ha subrayado la existencia de dos continuidades: una, en el plano teórico, del paradigma constitucional respecto del viejo paradigma positivista del estado legislativo, al no haberse producido, a su juicio, en el paso de uno a otro ningún cambio de estructura; la otra, en el plano ideológico, del neoconstitucionalismo respecto al constitucionalismo político. A la crítica de la tesis de la primera continuidad y a las recientes innovaciones introducidas por el paradigma constitucional se dedicarán los § 2.6-2.8 del segundo capítulo. En cuanto a la tesis de la segunda continuidad, es el resultado de una petición de principio, es decir, de la noción misma de neoconstitucionalismo aquí criticada, que no tiene en cuenta la transformación de los límites políticos o externos a los poderes públicos, reivindicados por el constitucionalismo político, en normas constitucionales de derecho positivo y por ello en límites y vínculos jurídicos e internos. Para una réplica más analítica, remito a «El constitucionalismo garantista entre páleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», cit., § 2, pp. 317-323.

19. Cf. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co., Londres, 1977, cap. I (hay trad. esp. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984); R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Valdés, rev. de E. Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, cap. III, § 1, pp. 81-82; M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I; Íd., «Tre approcci ai principi del diritto», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto. 1993*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 9-29; G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., cap. VI, pp. 110-111; Íd., «Introduzione» a R. Alexy, *Concetto e validità del diritto* (1992), Einaudi, Turín, 1997, p. XX; Íd., *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, cap. VI, pp. 174-200.

20. Cf. A. Pintore, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982, I, 4, pp. 24-27; L. Gianformaggio, «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi» (1984), en Íd., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, ed. de E. Diciotti y V. Velluzzi, Giappichelli, Turín, 2008, § 3, pp. 178 ss.; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, cap. II; P. Comanducci,

Así, será oportuno añadir, a la distinción entre constitucionalismo positivista y constitucionalismo iusnaturalista o no-positivista, la distinción y la oposición entre lo que he llamado *constitucionalismo principialista, modelo principialista* o simplemente *principialismo* y lo que he llamado *constitucionalismo garantista*, *modelo garantista* o simplemente *garantismo*[21]. La primera orientación se caracteriza por concebir los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a su actuación o aplicación sino a su ponderación legislativa o judicial. A ella se opondrá aquí la segunda orientación, caracterizada en cambio por una normatividad constitucional fuerte, de tipo regulativo. Es decir, por la tesis de que, aparte de algunos principios puramente directivos, todos los demás constitucionales, y en particular los derechos fundamentales, se comportan como reglas, dado que implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión o en las obligaciones de prestación que son sus correspondientes garantías[22]. En esta segunda concepción,

«Principi giuridici e indeterminazione del diritto», en Íd., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, 1998, cap. VII, § 2.1, pp. 84-87; J. J. Moreso, «Come far combaciare i pezzi del diritto», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1997*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 79-118; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Turín, 1999, cap. V, § 5, pp. 425-435; M. Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 104-116; T. Mazzarese, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo», cit., § 3.1, pp. 38-39; G. Maniaci, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 300-307; G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 2008, pp. 17 ss.; Íd., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 2010, cap. III, § 1, pp. 51-75.

21. «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», cit. He tomado las expresiones «principialismo» y «principialista» de L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 65 y de A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, § 1.2.4, p. 69, donde se llama «principialismo» al «no-positivismo» que concibe «las normas constitucionales sobre los derechos» como «principios considerados idóneos para conectar el derecho con la moral a través de la argumentación»; Íd., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, *passim*. L. L. Streck hace uso de expresiones análogas, pero en sentido crítico, en *Verdade e Consenso. Constituição, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necesidade de respostas corretas em direito*, Lumen Juris, Río de Janeiro, [3]2009, donde dedica un extenso apartado (el § 13.5, pp. 475-543) a la crítica del «pamprincipiologismo en Terrae brasilis», es decir, de la tendencia de la jurisprudencia brasileña a elaborar principios no formulados en la Constitución sino solo fruto de argumentaciones morales. A. Pace, en cambio, usa la expresión «constitucionalismo garantista» para designar la «teoria jurídica de los límites del poder político», en «Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo»: *Diritto pubblico* 3 (2003), p. 900.

22. Sobre la noción de «garantía» y sobre los tipos de garantías, véase la nota 1 del próximo capítulo.

que desarrollaré en este y en el próximo capítulo, el constitucionalismo será concebido como un modelo normativo de ordenamiento jurídico fundado en la rígida sujeción de toda la producción normativa a las normas constitucionales y a los derechos establecidos en ellas, en la consideración de sus violaciones como antinomias o como lagunas, unas por acción y las otras por omisión, y en la obligación de la jurisdicción de anular las primeras y de la legislación de colmar las segundas.

De otra parte, es útil precisar que «garantismo» es un neologismo difundido en Italia en los años setenta con referencia al derecho penal, como réplica teórica a la reducción, en aquel entonces, de las garantías penales y procesales de los derechos de libertad, por obra de una legislación y de una jurisdicción excepcionales justificadas por la emergencia del terrorismo. Pero es claro que el paradigma garantista debe ser ampliado, en el marco de la teoría general del derecho, al campo de los derechos de la persona en su totalidad. Por «garantismo» se entiende, pues, en esta acepción más amplia, un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución. En este sentido, el garantismo es sinónimo de «estado constitucional de derecho», es decir, de un sistema que toma el paradigma clásico del estado liberal ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes, no solo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no solo a los poderes públicos sino también a los privados; y, por otro, a todos los derechos, no solo a los de libertad, sino también a los sociales, con las consiguientes obligaciones, a más de las prohibiciones, a cargo de la esfera pública. Hay que añadir que la opción entre un uso restringido y uno ampliado de «garantismo» no es en modo alguno políticamente neutral. La apelación al garantismo como sistema de límites impuestos únicamente a la jurisdicción penal se ha conjugado a menudo en el debate público, no solo italiano, con la intolerancia frente a los límites jurídicos y a los controles judiciales de los poderes políticos y económicos, a partir de una concepción de la democracia como omnipotencia de la mayoría legitimada por el voto popular y del liberalismo como ausencia de reglas y de límites a las llamadas libertades del mercado. Por eso, en este sentido, la expresión significa exactamente lo contrario de «garantismo» como paradigma teórico general, que, en cambio, quiere decir sujeción de cualquier poder, sea público o privado, al derecho, mediante reglas, vínculos y controles jurídicos aptos para impedir su ejercicio arbitrario o ilegal, en garantía de los derechos de todos. En este otro sentido ampliado, el garantismo es la cara, por así decir, activa del constitucionalismo, al ser las garantías las modalidades activas —las prohibiciones y las obligaciones— correlativas a las expectativas pasivas en que consisten todos los derechos. Dicho brevemente, designa el conjunto

de límites y vínculos impuestos a cualquier poder, idóneos para garantizar la máxima efectividad de todos los derechos y de todas las promesas constitucionales.

1.3. *Positivismo jurídico, estado de derecho y democracia. El carácter formal del paradigma legislativo y del constitucional.* Es claro que, así concebido, el paradigma constitucional, en tanto que fruto del sometimiento del ejercicio de cualquier poder a normas positivas, no solo formales sino también sustanciales, representa, más que una superación, el reforzamiento y pleno desarrollo del positivismo jurídico, ahora ampliado a las mismas opciones —la garantía de los derechos fundamentales estipulados por normas constitucionales— a las que debe sujetarse la producción del derecho positivo. De este modo, la modernidad jurídica resulta completada por los dos cambios del derecho ilustrados al inicio, consistentes ambos en una articulación multinivel de los sistemas jurídicos. Primero, la subordinación de la jurisdicción a la legislación; después, la subordinación de la legislación a la constitución. De aquí se siguen dos nexos que ligan al positivismo jurídico de este modo ampliado con el sistema político: uno, estructural, con el estado de derecho; el otro, instrumental, con la democracia.

El primer nexo, estructural, entre positivismo jurídico y estado de derecho, se funda en el principio de legalidad. El paradigma constitucional o neopositivista somete a todos los poderes públicos al derecho: la jurisdicción y la administración a la legalidad ordinaria; la legislación a la legalidad constitucional. Como consecuencia, en el paradigma constitucional, el principio de legalidad asume una complejidad estructural y un valor garantista desconocidos en el paradigma legislativo. Según se verá mejor en el próximo capítulo, en el que será redefinido como primer postulado del estado constitucional de derecho, aquel puede ser articulado en dos principios —el de *mera legalidad* y el de *estricta legalidad*— que tienen dos significados distintos, aunque conectados por el hecho de que el primero es un presupuesto del segundo. En el primer significado, como norma de reconocimiento del derecho existente, el mismo equivale al principio de positividad: es derecho todo y solo aquello que es puesto o producido a través del ejercicio de poderes *conferidos* por la ley y en las *formas*, cualesquiera que fueren, establecidas por ella. En este sentido —lato, débil o formal— el principio está en la base de todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso en los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente o una forma legal que condiciona la validez de su ejercicio[23]. En el segundo significado,

23. Es el significado lato o débil de estado de derecho, que corresponde al uso alemán de *Rechtsstaat*, conforme al cual son estados de derecho todos los ordenamientos en

que supone la positividad requerida por el anterior, el principio de legalidad expresa la primera garantía contra el arbitrio: es derecho válido todo y solo aquel producido a través del ejercicio de poderes que, además, están *subordinados* a la ley, no solo en cuanto a las formas sino también en lo relativo a los *contenidos* de su ejercicio. En este sentido —estricto, fuerte, o sustancial— el principio está en la base, solamente, de los ordenamientos en los que también el poder legislativo está subordinado a límites y a vínculos sustanciales como los impuestos por la constitución[24].

Pero no es inútil precisar que el sentido «estricto», «fuerte» o «sustancial» del estado de derecho no coincide con el de «estado constitucional de derecho», al no ser el primero equivalente sino más extenso que el segundo. En efecto, pues son también «de derecho en sentido estricto» o «fuerte» los ordenamientos, no reconducibles ni al paradigma legislativo ni al constitucional del estado de derecho, en los que, no obstante, la ley está, de hecho, sometida a principios normativos sustanciales como las libertades fundamentales y la separación de poderes. Es el caso de la experiencia inglesa del *rule of law*, en la que tales principios están histórica, social y culturalmente enraizados en la tradición jurídica y en el sentido cívico común, y que, por eso, aun careciendo de una constitución formal e incluso extraña a las vicisitudes del Estado moderno, ha inspirado toda la peripecia del derecho en el continente europeo[25]. El nexo biunívoco

los que los poderes tienen una fuente legal. Según escribe Kelsen, «todo estado, en este sentido, tiene que ser un estado de derecho, puesto que todo estado es un orden jurídico» (*Teoría pura del derecho*, cit., cap. VI, 41 *e)*, p. 320); y poco antes: «Si se reconoce en el estado un orden jurídico, todo estado es un estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica» (*ibid.*, *c)*, p. 315).

24. Sobre estos dos significados del principio de legalidad —el principio de legalidad formal o de mera legalidad y el principio de legalidad sustancial o de estricta legalidad— y sobre sus dos significados correlativos de «estado de derecho», remito a *Derecho y razón*, cit., § 1, pp. 33-36, § 28, pp. 373-381, § 57, pp. 855-857; a PI I, § 8.5, pp. 411-415, § 9.1-9.2, pp. 461-469, § 9.7-9.9, pp. 488-502, § 9.17, p. 535, y a «Lo stato di diritto tra passato e futuro», en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán, 2002, pp. 349-386. Es evidente que en el segundo de estos dos significados, según escribió Elías Díaz en la primera página de su *Estado de derecho y sociedad democrática* (1966) (Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1975, p. 13), «no todo Estado es Estado de Derecho [...] la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de derecho [...] el Estado de Derecho es el Estado sometido al derecho, o mejor el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley [...] consiste así, fundamentalmente, en el 'imperio de la ley'».

25. «Hablando con propiedad», ha escrito Giovanni Sartori, «no hay 'estado' de *rule of law*. La *rule of law* no postula el estado; postula, sobre todo, un derecho extraestatal, autónomo: el derecho común, el *case law*, en suma, el derecho de los jueces y de los juristas. Por consiguiente, hay *rule of law* también, y sobre todo, 'sin estado'; o, más exactamente, sin que el estado avoque a sí la producción del derecho. Y basta decir esto para entender hasta qué punto la concepción inglesa de estado de derecho (o mejor, la concepción erróneamente atribuida a los ingleses) es distinta y lejana —a pesar de las apariencias— de la concepción continental: es decir, del estado de derecho entendido como

entre estado de derecho en sentido fuerte y constitucionalismo jurídico, hoy casi generalizado, reside en el hecho de que las constituciones rígidas han positivizado aquellos principios en normas jurídicas de rango constitucional, confiando su efectividad no al mero cumplimiento espontáneo de estas por parte de jueces y legisladores, sino también al control jurisdiccional de constitucionalidad sobre sus violaciones. La legalidad, que en el primer significado, mero o lato, cualquiera que sea, es solo condicionante del válido ejercicio de los poderes públicos, se ha visto, así, en el segundo significado, estricto o fuerte, también ella misma condicionada, como legalidad a su vez válida o legítima, por el respeto y la actuación de las normas constitucionales y de los derechos establecidos en ellas. De este modo, el constitucionalismo jurídico ha suprimido la última forma de gobierno de los hombres que, en el viejo paradigma legislativo, tenía su expresión en la omnipotencia del legislador.

Hay, además, un segundo nexo, instrumental y no menos importante, aunque habitualmente desatendido, que liga al positivismo jurídico viejo y nuevo y a la democracia. Para entender este nexo, es necesario aclarar que el paradigma constitucional, al igual que el legislativo, es un paradigma formal[26], es decir, un modelo teórico —tan formal que puede ser formalizable, como simple sintaxis, en sede de teoría del derecho— que por sí mismo no dice nada sobre sus concretos contenidos normativos. «En el molde de la legalidad», escribió Piero Calamandrei, «se puede vaciar oro o plomo»[27]. Y lo mismo puede decirse de la constitución, que

estado constitucional de tipo garantista» («Nota sul rapporto tra Stato di diritto e stato di giustizia»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* I-II [1964], pp. 310-311). Por lo demás, hay que recordar que una concepción análoga del derecho como conjunto de principios jurídicos transmitidos por la tradición y, por tanto, distinto y más amplio que la ley, fue sostenida también por la pandectística y recibida en Italia por la doctrina iuspublicista: «la ley supone ya el sistema científico del derecho pero el sistema jurídico no supone la ley [...] El derecho precede a la ley: las ciencias jurídicas son sistemas de principios de derecho, y no glosa de legislaciones positivas», escribió, por ejemplo, V. E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo* (1888), Barbera, Florencia, [5]1915, p. 4.

26. Hay que precisar que el término *formal* se utiliza aquí como predicado metateórico de la teoría del derecho, así como de los modelos, las tesis y los conceptos teóricos: es decir, para designar, como se explicará mejor en los § 2.8 y 2.9 y en particular en la nota 35 del próximo capítulo, las formas y las estructuras de los sistemas jurídicos, con independencia de sus concretos contenidos normativos en los diversos ordenamientos; por tanto, en un sentido del todo distinto del hasta ahora de uso habitual, con referencia a la «forma» de producción de los actos jurídicos lingüísticos en oposición a su «sustancia», «contenido» o «significado prescriptivo», en expresiones como «actos formales», «validez formal», «invalidez formal», «normas formales (o procedimentales) sobre la producción normativa» (cf. PI I, cap. IX), «democracia formal (o política)» (cf. PI II, caps. XIII y XIV), en oposición a la dimensión sustancial tanto de la validez como de la democracia.

27. P. Calamandrei, «Prefacio» a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas* (versión de Livorno de 1766), ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 65.

es simplemente un conjunto de normas, sea cual fuere, supraordenado a otra fuente normativa[28]. Por eso, ni el positivismo jurídico ni el constitucionalismo, ni el paradigma legislativo ni el paradigma constitucional implican la democracia, y tampoco son implicados por esta: porque son paradigmas teóricos formales, en cuanto tales también compatibles, en abstracto, con sistemas políticos no democráticos. Por lo demás, no implican ni son implicados tampoco por el estado de derecho en el sentido fuerte o sustancial antes ilustrado, si con «sustancial» se hace referencia no a cualquier contenido normativo supraordenado a la legislación sino a las clásicas libertades fundamentales o a los derechos sociales a la salud o a la educación. En efecto, pues muy bien pueden darse no solo leyes, sino también constituciones, esto es, textos normativos supraordenados a cualquier otra fuente, de tipo antiliberal y antidemocrático. Esta es la diferencia del paradigma constitucional y legislativo del estado de derecho en relación con el *rule of law*, que en cambio incorpora principios de justicia sustancial sedimentados en su tradición secular como límites al despotismo político —más allá y quizá contra el derecho producido por el estado— y que por eso conserva, en este aspecto, un rasgo característico del viejo paradigma jurisprudencial[29].

Y, sin embargo, gracias a la positivización de las normas formales y de las normas sustanciales sobre la producción jurídica y al consiguiente carácter artificial de unas y otras, ha sido posible injertar formas y contenidos democráticos, en los dos paradigmas del estado de derecho. Esta es una tesis teórica puramente descriptiva, independiente de las

28. Esta es la noción estructural o formal de 'constitución' formulada en la primera parte de la definición D12.22, en PI I, § 12.10, pp. 841-842.

29. Como escribe Gianluigi Palombella, «el *Rule of law* implica la idea de la limitación del poder material de los hombres», al tener como fundamento, no la «supremacía del estado» propia de la experiencia continental del estado de derecho, sino la «centralidad del derecho» como límite al arbitrio político, y por tanto el papel de la *iurisdictio*, que «incorpora de hecho ese perfil del derecho positivo cuya sustancia tiene que ver con lo 'justo'» (G. Palombella, *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bolonia, 2012, pp. 35 y 49). Sobre esta base Palombella sostiene la tesis, sobre la que volveré críticamente en el § 5.1, de la mayor «capacidad del modelo de *Rule of law* para ser practicable *más allá del estado*» (*ibid.*, p. 64). En efecto, este modelo, al margen de la forma estatal de los ordenamientos, conserva una intrínseca dimensión de justicia sustancial, según la noción formulada hace más de un siglo por Albert Venn Dicey: el *Rule of law*, afirmó este, «excluye el ejercicio del arbitrio, de la prerrogativa e incluso de amplias potestades discrecionales por parte del gobierno […] Su significado es igualdad frente a la ley […] Las reglas que en algunos países extranjeros forman parte por su naturaleza de un código constitucional son no la fuente sino la consecuencia de los derechos individuales tal como resultan definidos y garantizados por los tribunales de justicia» (*Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese* [1885], trad. it. de A. Torre, Il Mulino, Bolonia, 2003, p. 168). Sobre la sustancia moral del *Rule of law* véase también, últimamente, G. Cogliandro, *Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Giuffrè, Milán, 2012.

opciones filosóficas de tipo constitucionalista, positivista o iusnaturalista, y de las opciones políticas de tipo liberal o antiliberal, democrático a antidemocrático. La misma nos dice simplemente que la formulación de las normas sobre la producción jurídica en normas de derecho positivo es la técnica mediante la que se estipulan las formas y los contenidos a los que se vinculan las normas producidas, y, por consiguiente, en particular, también las formas de la democracia política o formal, como la representación popular y la separación de poderes, así como los contenidos de la democracia constitucional o sustancial, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales. Dicho brevemente, la técnica mediante la que históricamente han sido democratizadas las reglas que disciplinan tanto las formas de producción como la sustancia del derecho producido. No solo. El primer positivismo, basado en la primacía de la ley, *permitió* a la legislación dar forma positiva a las garantías de los derechos fundamentales, es decir, estipularlas en normas de derecho positivo. El segundo positivismo, basado en la primacía de la constitución y en la subordinación de la producción legislativa a los derechos establecidos en ella, *ha hecho obligatoria* la positivización de las mismas garantías mediante su imposición al propio derecho positivo. En suma, las garantías de los derechos fundamentales, que en el primer positivismo se introdujeron de manera autónoma por la legislación de acuerdo con principios de justicia políticos o externos, han sido impuestas por la constitución, que ha transformado tales principios políticos en principios jurídicos o internos.

Precisamente, si gracias al primer positivismo jurídico, con la introducción del sufragio universal en la elección de los órganos legislativos y de gobierno, fue posible confiar el *quién* y el *cómo* de la producción normativa a sujetos políticamente representativos, merced al segundo positivismo se ha vinculado el *qué* de las normas producidas a la garantía de los intereses y de las necesidades vitales de los sujetos representados. En efecto, la colocación jerárquica de la constitución por encima de la legislación equivale a la normatividad de la primera en relación con la segunda, que a su vez equivale, por el carácter lingüístico de ambas, al deber ser lógico, además de jurídico, de la coherencia y de la plenitud de la segunda respecto de la primera. La antigua, recurrente oposición entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *derecho natural* y *derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que atraviesa desde la Antigüedad toda la filosofía jurídica y política y corresponde al antiguo y asimismo recurrente dilema y oposición entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, se ha visto de este modo resuelta en gran parte por las actuales constituciones rígidas con la positivización de la «ley de la razón» bien que históricamente determinada y contingente, bajo la forma de los principios y de los derechos

fundamentales estipulados en ellas como límites y vínculos a la «ley de la voluntad», que en democracia es la ley del número expresada en el principio de mayoría[30]. En esto consiste el pleno desarrollo del positivismo jurídico producido por el constitucionalismo: en la positivización ya no solo del *ser*, sino también del *deber ser* del derecho; no solo de sus formas de producción, sino también de las opciones que su producción debe respetar y actuar. Esto no supone en modo alguno la extinción de la separación de derecho y moral, rasgo distintivo del positivismo. Antígona conserva su autonomía, como portadora del punto de vista moral y político irreductiblemente externo, crítico y proyectual en relación con el derecho vigente, e incluso con su contingente deber ser constitucional. Ciertamente, con la transformación en normas constitucionales de derecho positivo de las leyes de razón, en ocasiones reivindicadas por ella, se ha reducido la divergencia entre el derecho y el sentido corriente de la justicia. Pero esta está destinada a reproducirse con la emergencia de inéditas instancias de justicia y, nuevamente, a reducirse con la conquista de nuevos derechos, y por eso con el progreso histórico del constitucionalismo.

La democracia constitucional es el producto de la integración de las dos dimensiones, formal y sustancial, de la democracia, que, como veremos en el capítulo cuarto están, una y otra, en crisis. Para comprender su complejidad estructural, es ahora oportuno analizar ambas dimensiones generadas, como otros tantos cambios de paradigma, una por el primer positivismo del estado legislativo de derecho y la otra por el segundo positivismo del estado constitucional de derecho.

1.4. *El primer positivismo y la dimensión política o formal de la democracia. Aporías y falacias en las concepciones solo formales de la democracia.* La dimensión formal de la democracia injertada en el paradigma legislativo consiste esencialmente en un método de formación de las decisiones políticas: más precisamente, en el conjunto de las reglas del juego que atribuyen al pueblo o a la mayoría de sus miembros el poder de asumir tales decisiones, directamente o a través de representantes. Esta es la concepción de la democracia *tout court* que vertebra la historia toda del pensamiento político, de la clásica tripartición introducida por Platón en el *Político* y retomada por Aristóteles[31] a la idea roussoniana de la volun-

30. Para una amplia discusión de este asunto, remito a «El constitucionalismo garantista entre páleo-positivismo y neo-iusnaturalismo», cit., pp. 330-336, en respuesta a las intervenciones de Josep Aguiló Regla, Giorgio Pino y Francisco Laporta, en *Doxa* 34.

31. «La tercera forma de régimen político ¿no es el gobierno de la muchedumbre, que recibe el nombre de 'democracia'?» (*Político*, 291d, en Platón, *Diálogos* V, trad., introd. y notas de M. I. Santa Cruz, A. Vallejo Campos y N. Luis Cordero, Gredos, Madrid, 1998, p. 557); «necesariamente será soberano o un individuo, o la minoría o la ma-

tad general[32], hasta las actuales teorías de la democracia representativa, de Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Popper y Waldron[33].

Me he detenido en otras ocasiones en las razones y las aporías que a mi juicio hacen insuficiente esta concepción solo política o formal de la democracia[34]: su falta de alcance empírico por la inidoneidad para dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, en las que el poder del pueblo y de sus representantes no es en modo alguno ilimitado sino que está sometido a los límites y a los vínculos impuestos por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos; la necesidad de tales límites y vínculos, comenzando por los derechos de libertad, como condiciones de la misma efectividad de la democracia política, es decir, de la formación de una voluntad de los electores consciente e informada; el hecho, en fin, de que tales límites son una garantía de supervivencia de la misma democracia política, que, faltando estos, podría quedar a expensas de la omnipotencia de las mayorías, según han demostrado el nazismo y el fascismo del siglo pasado que conquistaron el poder con medios legales y formalmente democráticos y luego suprimieron la democracia. Quiero subrayar aquí dos falacias ideológicas que normalmente acompañan a esta concepción solo formal y que consisten en una indebida connotación axiológica de tipo sustancial o de contenido asociada a las formas de la democracia política: de un lado la justicia, es decir, la idea de que el poder del pueblo sea un poder bueno y justo, y, del otro, el autogobierno que resultaría garantizado por tales formas.

yoría» (Aristóteles, *Política*, ed. bilingüe y trad. de J. Marías y M. Araujo, introd. y notas de J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 1279a, p. 80).

32. J.-J. Rousseau, *Del contrato social* (1762), trad. de M. Armiño, Alianza, Madrid, 1980.

33. Cf. H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* (1929), trad. de R. Luelgo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934; Íd., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., segunda parte, cap. IV, B, pp. 337-356; K. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945), trad. de E. Loedel, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006; J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia* (1954), trad. de J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bolonia, 1957; N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. de J. F. Fernández Santillán, FCE, México, 1986; J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit.; M. Bovero, *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*, trad. de L. Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2002. Véanse también las críticas que a partir de esta concepción me han dirigido Michelangelo Bovero y Anna Pintore, en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, [4]2009, a los que he replicado en *ibid.*, III, § 6, pp. 339-355; después también Pedro Salazar Ugarte, Pablo de Lora y Andrea Greppi y, aunque en términos problemáticos, Alfonso Ruiz Miguel, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, [2]2009, a los que he respondido en el libro *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, [2]2009, cap. VI.

34. En los trabajos citados *supra*, en la nota 2.

La primera de estas dos tesis atraviesa gran parte de la historia del pensamiento democrático: de la apología de la democracia directa formulada por Protágoras en el diálogo platónico de este nombre[35], al argumento de Aristóteles sobre las múltiples y por eso superiores inteligencias que concurren en las decisiones[36], hasta la tesis de Rousseau sobre la voluntad general como voluntad que «es siempre recta y siempre tiende a la utilidad pública»[37], sustancialmente retomada por Kant, según el cual tal voluntad «no ha de *poder* actuar injustamente con nadie»[38]. Ciertamen-

35. *Protágoras*, 323a: «Los atenienses y otras gentes, cuando se trata de la excelencia arquitectónica o de algún tema profesional, opinan que solo unos pocos deben asistir a la decisión, y si alguno que está al margen de estos pocos da su consejo, no se lo aceptan, como tú dices. Y es razonable, digo yo. Pero cuando se meten en una discusión sobre la excelencia política, que hay que tratar enteramente con justicia y moderación, naturalmente aceptan a cualquier persona, como que es el deber de todo el mundo participar de esta excelencia; de lo contrario, no existirían ciudades» (en Platón, *Diálogos* I, introd. de E. Lledó, trad. y notas de J. Calonge, E. Lledó y C. García Gual, Gredos, Madrid, 1981, pp. 527-528).

36. Aristóteles, *Política*, cit., 1281b, p. 87: «Dejemos las demás soluciones para hablar de ellas en otra ocasión; pero la de que la masa debe ejercer la soberanía más bien que los que son mejores, pero pocos, podría parecer plausible y, aunque no exenta de dificultad, encerrar tal vez algo de verdad. En efecto, los más, cada uno de los cuales es un hombre incualificado, pueden ser, sin embargo, reunidos, mejores que aquellos, no individualmente, sino en conjunto, lo mismo que los banquetes para los que contribuyen muchos son superiores a los costeados por uno solo. Como son muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de prudencia, y, reunidos, viene a ser la multitud como un solo hombre con muchos pies, muchas manos y muchos sentidos, y lo mismo ocurre con los caracteres y la inteligencia».

37. «La voluntad general es siempre recta y siempre tiende a la utilidad pública» (J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. II, cap. III, p. 35). Pero recuérdese también este pasaje inquietante: «Por sí mismo el pueblo siempre quiere el bien, pero por sí mismo no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la guía no siempre es esclarecido. Hay que hacerle ver los objetos tal cual son, a veces tal cual deben parecerle, mostrarle el buen camino que busca, garantizarle de la seducción de las voluntades particulares, acercar a sus ojos lugares y tiempos, equilibrar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males alejados y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan: lo público quiere el bien que no ve. Todos tienen igualmente necesidad de guías: hay que obligar a unos a conformar sus voluntades a su razón; hay que enseñar al otro a conocer lo que quiere. De las luces públicas resulta entonces la unión del entendimiento y de la voluntad en el cuerpo social; de ahí el exacto concurso de las partes, y finalmente la fuerza mayor del todo. He aquí de donde nace la necesidad de un legislador» (*ibid.*, lib. II, cap. VI, pp. 44-45).

38. Recuérdense estos pasajes abiertamente rousseaunianos de Kant: «El poder legislativo solo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo. Porque, ya que de él debe proceder todo derecho, no ha de *poder* actuar injustamente con nadie mediante su ley. Pues si alguien decreta algo respecto de *otro*, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decide sobre sí mismo (en efecto, *volenti non fit iniuria*)» (I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho» [1797], en *La Metafísica de las costumbres*, estudio preliminar de A. Cortina, trad. y notas de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, § 46, p. 143); «una ley pública que determina para todos lo que les debe estar jurídicamente permitido o prohibido es el acto de una voluntad pública, de la cual procede todo derecho, y, por tanto, no ha de cometer injusticia contra nadie. Mas, a este respecto, tal voluntad no puede ser sino la voluntad del pueblo entero (ya que todos deciden sobre todos y, por ende, cada uno sobre sí mismo, pues solo

te, este principio da un vuelco a la infravaloración o, peor aún, desprecio en relación con el pueblo y, consecuentemente, al juicio negativo sobre la forma de gobierno democrática de gran parte del pensamiento político[39]. Además, por cierto, en países de sólidas tradiciones liberales y democráticas, la idea de la mayor «sabiduría» de la multitud en oposición a la de una persona individual o de una élite, ya sostenida por Aristóteles, puede ser invocada en apoyo de la dignidad de la legislación producida con método democrático[40]. Sin embargo, aquel principio es un *non sequitur*. Las mayorías pueden muy bien emanar leyes injustas además de indignamente inconstitucionales, como lo acredita la actividad cotidiana de los tribunales constitucionales en los ordenamientos que disponen de esta jurisdicción. Pero, sobre todo, la ilusión de una llamada voluntad general como voluntad buena no sometida a límites legales —de nuevo, la idea del gobierno de los hombres en lugar del gobierno de las leyes— ha sido trágicamente desmentida por los totalitarismos del siglo pasado, que ciertamente gozaron de un consenso mayoritario y fueron en sí mismos un suicidio de las democracias. Y, por desgracia, vuelve a estar presente en la demagogia populista y en el sentido común, según demuestra la experiencia italiana.

Excluida toda connotación sustancial de la voluntad popular como voluntad justa y de cualquier poder, incluso si democrático, como poder bueno, preguntémonos entonces si es siquiera sostenible, como fundamento axiológico de la dimensión formal o procedimental de la democracia, su segunda connotación antes recordada, la que la caracteriza como «auto-nomía», «auto-gobierno» o «auto-determinación» popular, o sea, como libertad positiva del pueblo de no estar sujeto a decisiones ajenas, y, por consiguiente, a otros límites o vínculos, que no sean los acordados por él mismo. Esta es una tesis clásica, sostenida por Rousseau y retomada por Kant[41]. Pero es también la tesis sostenida por Hans

contra sí mismo nadie puede cometer injusticia» (I. Kant, «En torno al tópico: 'Tal vez sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'» [1793], en *Teoría y práctica*, trad. de J. M. Palacios, M. Francisco Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, estudio preliminar de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 33). Véanse, además, los pasajes kantianos citados *infra* en la nota 41.

39. Cf. N. Bobbio, «La regla de mayoría: límites y aporías» (1981), trad. de J. Fernández Santillán, en Íd., *Teoría general de la política*, ed. de M. Bovero, Trotta, Madrid, [3]2009, p. 464. Baste recordar la connotación negativa asociada por Platón a la democracia en el libro VIII de *República*. Pero véase la amplia reseña de valoraciones negativas del *demos* en la historia del pensamiento político no solo conservador o reaccionario, sino también liberal, ofrecida por V. Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma/Bari, 2011, primera parte.

40. Cf. J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit., cap. V, pp. 113-146, que cita y comenta el pasaje de Aristóteles recogido en la nota 36.

41. Recuérdese la noción rousseauniana de libertad como «la obediencia a la ley que uno se ha prescrito» (J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., I, cap. VIII, pp. 27-28), reto-

Kelsen: «Políticamente libre», escribe Kelsen, «es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. Un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social 'debe hacer', coincide con 'lo que quiere hacer'. La democracia significa que la 'voluntad' representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia»[42]. Kelsen admite que «definidas así, la democracia y la autocracia no son realmente descripciones de las constituciones históricamente dadas, sino que más bien representan tipos ideales. En la realidad política no hay ningún Estado que se ciña completamente a uno o a otro de estos tipos ideales»[43]. Y por eso se repliega sobre una fundación cuantitativa de la democracia política como maximización de la libertad política asegurada por el principio de mayoría: «La idea en que se funda el principio mayoritario es la de que el orden social debe concordar con la voluntad del mayor número, y discrepar de la del menor número posible. Como la libertad política significa la concordia entre la voluntad individual y la voluntad colectiva expresada en el orden social, el principio de la mayoría simple es el que asegura el más alto grado de libertad política asequible dentro de la sociedad»[44].

Pero esta es una representación ilusoria. Como ha observado el propio Kelsen, en la democracia representativa el voto popular contribuye solamente a la elección de quien está llamado a decidir, pero no tiene nada que ver con las decisiones de los elegidos[45]. En la democracia re-

mada por Kant: «Mi libertad exterior (jurídica) hay que explicarla más bien de la siguiente manera: como la facultad de no obedecer ninguna ley exterior sino en tanto en cuanto he podido darle mi consentimiento» (I. Kant, *La paz perpetua* [1795], trad. de J. Abellán, presentación de A. Truyol Serra, Tecnos, Madrid, [6]1998, secc. segunda, nota 4, p. 16); «la *libertad* legal [es] no obedecer a ninguna otra ley más que a aquella a la que [el ciudadano] ha dado su consentimiento» (*La Metafísica de las costumbres*, cit., § 46, p. 143).

42. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., segunda parte, IV, A), *b*), p. 337. «El principio de la mayoría y, por tanto, la idea de la democracia es así una síntesis de las ideas de libertad e igualdad» (*ibid.*, B), *b*), 3, p. 341).

43. *Ibid.,* A), *b*), p. 337.

44. *Ibid.,* B), *b*), p. 340; *ibid.*: «El mayor grado posible de libertad individual, es decir, la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación compatible con la existencia de un orden social, encuéntrase garantizado por el principio de que un cambio del orden social requiere el consentimiento de la mayoría simple de los individuos a él sujetos». La misma tesis cuantitativa había sido formulada por Kelsen en *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 23. El plus de legitimación que la dimensión política de la democracia recibe de esta concepción como autodeterminación, según se verá en el § 2.9, está quizá en la base de la oposición o, al menos, de la desconfianza de Kelsen (y de otros defensores de la primacía de la legislación como autogobierno) frente a la incorporación de los derechos fundamentales a las constituciones como parámetros del control constitucional de las leyes.

45. La idea de que los representantes expresen la voluntad de los electores, escribe Kelsen, «es una ficción política», una «ideología» cuya finalidad «es ocultar la situación

presentativa el pueblo no decide nada en concreto de las cuestiones políticas. Solo decide, de la forma y en la medida que lo permiten las leyes electorales, quienes serán los que van a decidir. La prohibición del mandato imperativo no es casual[46], más que un rasgo accidental, forma un todo con la noción misma de democracia representativa, al no ser posible siquiera, en el momento de las elecciones, prever las decisiones que tomarán los que resulten elegidos. Por otra parte, también en la democracia directa se decide en todo caso por mayoría, y quien quede en minoría permanece subordinado a la voluntad heterónoma de la mayoría. La única hipótesis de efectiva autodeterminación popular se daría en una democracia directa en la que todas las decisiones se adoptasen por unanimidad. Pero este tipo de unanimismo, donde fuese verosímil, llevaría consigo una destrucción del espíritu público todavía más grave: la homologación ideológica y el fin del pluralismo y del conflicto político y, con ello, incluso de la libertad[47]. En efecto, lo que caracteriza a la democracia es no tanto el consenso libre como el libre disenso.

Pero entonces resulta que también la idea de la democracia política como «autogobierno» es una idea falaz. La tesis clásica según la cual esta consistiría, como escribieron Rousseau y Kant, en no obedecer otras leyes que las que nos hayamos dado nosotros mismos, o también, como escribe Kelsen, en el acuerdo más amplio posible entre voluntad individual y voluntad colectiva es una tesis claramente ideológica, que alude a una hipótesis en el mejor de los casos inverosímil y en el peor antiliberal. Los derechos políticos pueden muy bien caracterizarse como «derechos de autonomía política»[48]. Pero es claro que, en esta expresión, «autonomía» no designa en absoluto el autogobierno político, es decir, la sujeción a las leyes producidas por uno mismo. Las leyes, todas las

real y mantener la ilusión de que el legislador es el pueblo, a pesar de que, en realidad, la función del pueblo —o, dicho más correctamente, del cuerpo electoral— se encuentra limitada a la creación del órgano legislativo» (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., B), *g*), pp. 345-346).

46. Establecido, por ejemplo, en el art. 67 de la Constitución italiana: «Cada miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin sujeción a vínculo de mandato». La prohibición del mandato imperativo fue formulada por ver primera en la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791: «Los representantes elegidos en los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino de toda la Nación, y no podrá imponérseles ningún mandato» (art. 7 de la secc. III, del cap. I, del título III).

47. «Desafortunadamente. Con demasiada frecuencia», escribe Bobbio, «las mayorías no se componen de los más libres, sino de los más conformistas. Aún más, por lo general, cuanto más amplias son las mayorías y cuanto más se acercan a la unanimidad, tanto más surge la sospecha de que la expresión del voto no haya sido libre. En este caso, la regla de mayoría prestó todos los servicios que se le pueden pedir, pero la sociedad de la que es espejo no es una sociedad libre» (*La regla de mayoría*, cit., p. 470).

48. Así los he llamado en la definición D11.17 en PI I, § 11.4, pp. 701-705, demostrando, con la tesis T11.72, *ibid.*, p. 702, su equivalencia con los «derechos políticos».

leyes, son siempre heterónomas, incluso para la mayoría que directa o indirectamente las ha votado. De aquí se sigue que el único significado que cabe asociar a la «autonomía» asegurada por los derechos políticos es la libre autodeterminación de cada uno que se manifiesta a través del voto, más que en la participación, en la elección de los representantes, en el consenso y más aún en el disenso frente a sus decisiones; en la libre adhesión, pero igualmente, y sobre todo, en la oposición libre; en la concordancia, pero también en la crítica y en el conflicto legítimamente generado por esta.

En suma, el único fundamento axiológico de la dimensión formal de la democracia es la representación de todos los gobernantes a través del sufragio universal, la cual se hace posible por la *igualdad política* en esa específica clase de derechos formada por los derechos políticos. Se trata de un fundamento que no difiere del de la igualdad en todos los demás derechos fundamentales en la que, como se verá en el próximo parágrafo, reside la dimensión sustancial o constitucional de la democracia. No se olvida que, hasta la primera mitad del siglo pasado, cuando esa igualdad fue finalmente reconocida, la democracia no era un valor compartido. La misma idea de «autonomía», como fundamento del sufragio restringido, fue también asociada por el pensamiento liberal más ilustrado, debido a su rechazo del principio de igualdad, tan solo a los ciudadanos instruidos y/o propietarios, únicos capaces de verdadera autodeterminación[49]. Así pues, fue el valor asociado a la igualdad, vinculado a su vez al de la dignidad de la persona en cuanto tal, el que determinó el cambio, de negativo a positivo, del juicio sobre la democracia.

De este modo, sufragio universal y principio de mayoría se afirmaron como el método más democrático de selección de los gobernantes, es decir, de los que producen las reglas *heterónomas* a las que todos es-

49. V. Pazé, *In nome del popolo*, cit., pp. 28-29. «Todos los ciudadanos de los diversos distritos», escribe Montesquieu, «deben tener derecho a dar su voto para elegir al representante, exceptuando aquellos que se encuentren en tan bajo estado que se les considere carentes de voluntad propia» (*Del espíritu de las leyes* [1748], trad. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, Segunda parte, lib. XI, cap. VI, pp. 153-154). Y Kant: «Aquel que tiene derecho de voto en esta legislación se llama *ciudadano* [...] La única cualidad exigida para ello aparte de la cualidad *natural* (no ser niño ni mujer) es esta: que uno sea *su propio señor* (*sui iuris*) y, por tanto, que tenga alguna propiedad [...] que le mantenga; es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a otros lo haga solo por *venta* de lo que es *suyo*; no por consentir que otros utilicen sus fuerzas; en consecuencia, se exige que no *esté al servicio* —en el sentido estricto de la palabra— de nadie más que de la comunidad» («En torno al tópico…», cit., II, p. 34). No obstante, sobre las vías a través de las cuales fue afirmándose la idea de la democracia como valor positivo en el pensamiento ilustrado napolitano de finales del siglo XVIII, véase D. Ippolito, «Le dimensioni della 'democrazia': un itinerario meridionale tra illuminismo e repubblicanesimo», en A. Trampus (ed.), *Parole e linguaggi del tardo illuminismo*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2011.

tán igualmente sometidos. Porque permiten la concurrencia a tal selección de todos los gobernados en condiciones de igualdad, en cuanto todos igualmente interesados; porque favorecen el pluralismo político, así como el conflicto entre opciones y concepciones diversas acerca de los intereses generales; porque atribuyen representación al disenso y dejan espacio a la organización de la oposición política y social; porque permiten alguna forma de control popular y de responsabilidad de los representantes, aunque solo sea a través de su no reelección, y las posibles alternativas de gobierno; porque, en fin, sirven para promover, junto con los derechos de libertad, la participación popular y el desarrollo del debate y de la opinión pública condicionantes tanto de la formación de las mayorías como de sus concretas decisiones. Naturalmente, la realización más o menos satisfactoria de estos valores y de estas funciones depende en gran parte de las leyes electorales, que son las leyes de actuación y garantía de los derechos políticos. Lo importante es que se huya de las dos falacias ideológicas que se han señalado y del *surplus* de legitimación impropia que prestan al poder político: la idea de que la voluntad política expresada mediante el método democrático es buena y justa, y la igualmente insidiosa de que la misma consiste en el autogobierno del pueblo.

1.5. *El segundo positivismo y la dimensión constitucional o sustancial de la democracia. El isomorfismo entre derecho y sistema político.* Por consiguiente, el método de formación de las decisiones políticas fundado en la representación popular a través del sufragio universal designa y garantiza únicamente la *forma democrática* de la selección de los gobernantes, pero en modo alguno implica que las decisiones tomadas por la mayoría tengan una *sustancia democrática*. La forma representativa de los órganos legislativos y de gobierno, aun siendo una condición necesaria de su legitimación política y de la dimensión formal de la democracia, no basta para garantizar ni la bondad de las decisiones políticas, ni su correspondencia con la (supuesta) voluntad popular. Añádase que la representatividad política de las instituciones electivas sufre hoy la crisis profunda de la que se hablará en el capítulo cuarto: por la pérdida de arraigo social de los partidos, por su descrédito en la opinión pública, por la creciente personalización y verticalización de los sistemas políticos, por su tendencial subalternidad a los poderes económicos y financieros, por el desarrollo y el éxito electoral de movimientos populistas, antiparlamentarios y carentes de democracia interna, como ha sucedido en Italia.

Es, precisamente, por lo que resulta esencial la dimensión sustancial injertada en la democracia política por el paradigma constitucional. Por lo demás, fue sobre la base de la conciencia de la insuficiencia de la dimensión solo formal de la democracia como, en la segunda posguerra, se afirmó el paradigma de la democracia constitucional como sistema

de límites y vínculos sustanciales —el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales— a las decisiones de cualquier mayoría. Precisamente porque el método democrático no garantiza tales límites y vínculos de contenido, se convino en su imposición constitucional al poder normativo de las contingentes mayorías. No hay duda de que la teoría política liberal teorizó también características sustanciales de este tipo, necesarias para garantizar el propio método democrático y sus diversos y complejos presupuestos, en relación con el estado legislativo de derecho. Pero, repito, lo fueron como límites *políticos* o *externos*, y no como límites *jurídicos* internos. La democracia constitucional ha transformado estos límites políticos en límites y reglas jurídicos. Tal es la gran innovación del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra. El resultado ha sido un paradigma complejo —la democracia constitucional— que junto a la dimensión política o *formal* incluye una dimensión que muy bien puede llamarse *sustancial*, dado que tiene que ver con la sustancia de las decisiones: con lo que, de un lado, está prohibido y, del otro, es obligatorio decidir, cualquiera que fueren las contingentes mayorías.

Según se ha dicho, este cambio de paradigma de la democracia y del estado de derecho se ha producido con el cambio de las condiciones de *validez* —no solo *formales*, sino también *sustanciales*— de la producción legislativa[50]. En efecto, existe un nexo biunívoco entre el cambio estructural de tales condiciones y el cambio estructural de la democracia, generados ambos por el paradigma del constitucionalismo rígido. Dicho en términos más generales, existe un nexo isomórfico entre las condiciones jurídicas de validez —cualesquiera que sean, democráticas o no— y las condiciones políticas del ejercicio legítimo del poder normativo. En síntesis, entre derecho y política y entre teoría del derecho y teoría política. Es el nexo que hace de la teoría política una interpretación semántica, teórico-política, del aparato conceptual elaborado por la teoría del derecho. En efecto, la teoría del derecho nos dice qué es la validez, no cuáles son, o es justo que sean, las condiciones de la validez de las normas —que es lo que nos dicen las disciplinas jurídicas de los diversos ordenamientos y las diversas filosofías políticas de la justicia— sino qué son tales condiciones. Nos lo dice, en cuanto teoría pura o formal, en el sentido que antes se ha precisado con la definición del concepto de validez: es válida cualquier norma producida en un orde-

50. Cf. *Derecho y razón*, cit., cap. XIII, pp. 855-868, 875, 884; «El derecho como sistema de garantías», trad. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 16-17 (1992), pp. 61 ss., y en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, [7]2010, pp. 15 ss.; Íd., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, pp. 35-40, II, pp. 167-172 y III, pp. 339-355; PI I, cap. IX, § 9.10-11, pp. 502-512.

namiento dado de conformidad y en coherencia con las normas formales y sustanciales de su producción normativa, cualquiera que sean. La teoría política de la democracia nos dice, en cambio, cuáles deben ser en democracia las formas y los contenidos democráticos de la producción normativa y, en general, de las decisiones políticas. Pero es lo mismo que haría una teoría política de la autocracia: identificar las formas autocráticas de la producción de las normas y, más en general, de las supremas decisiones políticas, por ejemplo, el principio *quod principi placuit legis habet 'vigorem'*, entendido *'princeps'* como órgano autocrático dotado de poder absoluto y *'vigorem'* en el sentido de *'validitatem'*.

Así pues, frente a la democracia solamente formal o política, la democracia constitucional, en su modelo garantista, se caracteriza por la imposición jurídica a los poderes políticos no solo de las formas de las decisiones, sino también de la que antes he llamado la esfera de «lo que no puede» y de «lo que debe ser decidido», en garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales constitucionalmente establecidos. De aquí se sigue, en virtud del isomorfismo entre derecho y sistema político, un cambio tanto de la noción de validez como de la noción de democracia, una y otra caracterizadas por una dimensión sustancial agregada a la dimensión formal propia del paradigma legislativo. Las normas que contradigan los principios y los derechos establecidos por las normas sustanciales dictadas por la constitución, aun cuando hubieran sido válidamente producidas en las formas establecidas por las normas formales sobre su producción, son sustancialmente inválidas y políticamente ilegítimas. Consecuentemente, cambia el *principio de legalidad*, que como dije en el § 1.1 viene así a articularse en dos principios: no solo el *principio de mera legalidad* o de *legalidad formal*, en virtud del cual la jurisdicción y las demás actividades infralegales están subordinadas a la ley, sea cual fuere, sino también el *principio de estricta legalidad* o *legalidad sustancial*, por cuya virtud la validez sustancial de la ley misma está subordinada a la compatibilidad de sus contenidos con los principios y los derechos establecidos por las normas constitucionales[51].

En definitiva, en los modernos ordenamientos dotados de constitución rígida, precisamente, el isomorfismo que liga, en el plano teórico, la noción jurídica de validez y la noción política de ejercicio legítimo del poder impone el reconocimiento, junto a la dimensión formal o procedimental de la democracia, de una no menos importante dimensión sustancial, generada por las complejas condiciones requeridas en ellos para la validez, relativas no solo al «quién» y al «cómo», es decir, a las formas de la producción normativa, sino también al «qué», esto es, a la sustancia

51. Son los dos significados del principio de legalidad distinguidos, *supra*, en la nota 24.

o al contenido de las decisiones producidas. Esta dimensión sustancial, adicionada a la dimensión formal, tanto de la validez como de la democracia, no tiene nada que ver con la idea de la voluntad general como voluntad buena y justa, sino, si acaso, al contrario, con la preocupación exactamente opuesta de que es bien posible que tal voluntad no sea ni buena ni justa. Esta misma ha sido injertada en nuestros ordenamientos por la positivización de los derechos fundamentales y de otros principios de justicia, como el de igualdad, la dignidad de las personas y similares, en constituciones rígidas, como *normas sustanciales* sobre la producción legislativa. Cabe decir, en consecuencia, que en las democracias constitucionales sigue siendo cierto que *quod principi placuit legis habet vigorem*, entendido «vigor» en el sentido de «existencia», pero ya no es cierto que tenga, además, *validitatem*, pudiendo muy bien ocurrir que una norma formalmente válida en cuanto producida en las formas normativamente previstas sea, sin embargo, sustancialmente inválida por ser sus contenidos contrarios a las normas constitucionales.

Con el paradigma constitucional desaparece, pues, la vieja coincidencia entre validez y vigencia (o existencia) de las normas, que es el rasgo distintivo del estado legislativo de derecho y un postulado del primer positivismo jurídico. Pero de nuevo, en el paradigma de la democracia constitucional, se puede registrar el isomorfismo que también en materia sustancial liga validez y democracia: los límites y los vínculos sustanciales, es decir, de contenido, impuestos por los derechos fundamentales a la voluntad de las mayorías, sirven, en efecto, para condicionar la validez jurídica de las normas no solo a sus formas sino también a sus contenidos; no solo a su conformidad con las normas formales, sino también a su coherencia con las normas sustanciales sobre su producción. Y es claro que esta nueva dimensión sustancial de la validez retroactúa sobre la estructura de la democracia y del ejercicio democrático del poder, cuya legitimación ya no es solo política o formal, es decir, fundada únicamente en el sufragio universal y en el principio de mayoría, sino también legal o sustancial, o sea, fundada además en el respeto y la actuación de las normas constitucionales sustanciales[52].

52. Para evitar equívocos, no será inútil precisar que también los conceptos de «validez sustancial» y de «normas sustanciales sobre la producción» —como de los restantes «derechos fundamentales»— son, al igual que el de «validez formal» y de todas las demás nociones de la teoría del derecho, conceptos «formales» en el sentido metateórico, aquí indicado en la nota 26, que no nos dicen cuáles son o cuáles es justo que sean los contenidos o la sustancia dictados por las normas sustanciales como condiciones de la validez sustancial, sino solo que se trata de contenidos vinculantes para las fuentes inferiores. También serían normas sustanciales las normas constitucionales de un ordenamiento totalitario que, por ejemplo, proclamasen una religión o una ideología estatal imponiendo su respeto, como condiciones de validez sustancial, tanto a las leyes como a las libertades de los ciudadanos. El isomorfismo entre teoría jurídica de la validez y teoría política —de

1.6. *Una crítica de la teoría kelseniana y bobbiana de la validez y de la democracia.* Hans Kelsen y Norberto Bobbio han dado un autorizado aval a la concepción exclusivamente formal de la democracia, muy difundida aún en la literatura politológica, reflexionando sobre la cuestión de un modo, a mi entender, condicionado por su concepción asimismo formal de la validez, a su vez anclada en el viejo paradigma legislativo del estado de derecho. Kelsen, al que, por cierto, se debe la teorización de la estructura gradual del ordenamiento y del control de legitimidad constitucional de las leyes, y después Bobbio, identificaron la validez de las normas con su existencia[53], rechazando la idea misma de la invalidez sustancial de las normas legales por contradecir la constitución. Ciertamente, tanto Kelsen como Bobbio admiten que la constitución puede vincular el contenido de las leyes y, en general, que las normas superiores pueden condicionar no solo las formas sino también los contenidos de las normas inferiores[54]. Pero la identificación de la validez con la existencia

la democracia constitucional, pero también de otras formas de gobierno— es también en estos casos innegable.

53. «Por 'validez' entendemos la existencia específica de las normas» (H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., primera parte, cap. I, C), *a*), p. 35); «La existencia de una norma jurídica es su validez» (*ibid.*, D), *c*), p. 56); «Con el término 'validez' designamos la existencia específica de una norma» (Íd., *Teoría pura del derecho*, cit., § I, 4, *c*), p. 23); «Tal vigencia de una norma es su *existencia* específica, ideal. El que una norma 'tenga validez' significa que existe. Una norma que no 'tiene validez' no es una norma, porque no existe» (Íd., *Teoría general de las normas* [1979], trad. de H. C. Delory Jacobs, rev. de J. F. Arriola, Trillas, México, 1994, cap. 8, p. 45). De forma análoga, N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1960), reimp. Giappichelli, Turín, 1996, § 33, p. 135: «La validez de una norma jurídica indica la calidad de tal norma, por la que existe en la esfera del derecho o, en otros términos, existe como norma jurídica: decir que una norma jurídica es *válida* significa decir que la misma forma parte de un ordenamiento jurídico real, efectivamente existente en una determinada sociedad»; Íd., «Teoría de la norma jurídica» (1958), ahora en *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, p. 34: «El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal [...] Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica»; Íd., «Teoría del ordenamiento jurídico» (1960), ahora en *Teoría general del derecho*, cit., p. 181: «La pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina validez [...] Una norma existe como norma jurídica, o es jurídicamente válida, en cuanto pertenece a un ordenamiento jurídico».

54. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., primera parte, cap. XI, B), *a*), 2, p. 148; *ibid.*, *g*), 2, pp. 157-158; *ibid.,* H), *b*), pp. 185-186; Íd., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)» (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1998, pp. 115-116: «Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc., la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien

tiene como consecuencia inevitable una concepción, en último término, solamente formal de la validez, es decir, tan formal como la de la existencia. Kelsen defiende con firmeza esta identificación con un argumento ideológico y con una suerte de preocupación metafísica: la «autocontradicción», que eliminaría la unidad del sistema, expresada por la idea misma de «derecho contrario a derecho», o sea, de una norma inválida[55]. Cuando sucede que la virtual existencia del *derecho ilegítimo* es, no un vicio, sino más precisamente, el mayor valor, la gran novedad introducida en nuestros ordenamientos por el paradigma constitucional.

En realidad, la verdadera razón de la identificación reside, a mi juicio, en que Kelsen omite la descomposición de la noción de validez en función de sus diversos referentes empíricos: de un lado la *forma* del acto normativo, a propósito de la cual es predicable la *vigencia* de la norma, o sea, su mera *existencia* en un ordenamiento dado; del otro, su *significado*, es decir, la coherencia o la incoherencia de la norma producida con las normas sustanciales supraordenadas a ella, en relación con la cual puede predicarse, en cambio, su *validez* o su *invalidez sustanciales*[56]. De aquí la ausencia de distinción entre existencia y validez, a causa

por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución, cuando la ley en cuestión vulnere los límites establecidos por la Constitución». Bobbio, a su vez, distingue expresamente entre «validez formal» y «validez material» en «Sul ragionamento dei giuristi» (1955), en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Giappichelli, Turín, 1989, vol. II, § 5, pp. 167-169.

55. «Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues una norma 'contraria a una norma' es una autocontradicción» (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., V, § 35, *j*), α), p. 274). También de «contradicción en los términos» habla Kelsen, a propósito de la ley inválida, en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., primera parte, cap. XI, H), *b)*, p. 185, en el pasaje citado *infra*, al final de la nota 58.

56. En PI I, § 9.9-T9.11, pp. 497-508, gracias al uso de cuantificadores de la lógica de los predicados, he podido distinguir: *a*) La *existencia* (o la *vigencia*), por la cual se requiere que el acto normativo (y en general cualquier acto formal) disponga de *al menos alguna* de las formas requeridas por las normas formales sobre su formación (D9.16, T9.142-T9.143), de modo que en su ausencia se hablará de *inexistencia* (o *no-vigencia*) (T9.144-T9.145); *b*) la *validez formal*, por la cual se requiere la observancia de *todas* las formas previstas por las normas formales (D9.18, T9.150), de manera que se hablará de *invalidez formal* cuando no se hayan observado todas las formas del acto normativo, pero sí *al menos las formas* que lo hacen reconocible como jurídicamente existente (D9.20, T9.175-T9.176, T9.179); *c*) la *validez sustancial*, que requiere que pueda asociarse al acto normativo *al menos un significado* coherente con *todas* las normas sustanciales supraordenadas a él (D9.19, T9.151, T9.155), de este modo se hablará de *invalidez sustancial* si no es asociable al acto *ningún* significado normativo compatible con las normas sustanciales sobre su producción (D9.19, T9.177, T9.180); en fin, *d*) la *validez* en sentido pleno, que requiere que concurran tanto la validez formal como la validez sustancial (T9.158), esto es, la conformidad de *todas las formas* y la coherencia de *al menos un significado* del acto normativo con las normas, formales y sustanciales, sobre su producción (D9.17), así, en caso

de la cual Kelsen no está en condiciones de concebir la existencia de una norma inválida, menos aún por razones de contenido, ni de distinguir entre requisitos y vicios de forma, que se refieren al acto normativo, y requisitos y vicios de sustancia, que lo hacen, en cambio, a la norma producida por él. Y, dado que lo mismo la existencia que la inexistencia de una norma dependen claramente *solo* de requisitos de forma del acto normativo, la concepción kelseniana tanto de la existencia como de la validez resulta ser una concepción puramente formal, inevitablemente ligada a la existencia del acto y no también a su significado: «Algo que fácticamente se ha producido —dice Kelsen— no puede convertirse en no acontecido»[57]. De aquí las contradicciones irresueltas porque no pueden resolverse. En efecto, pues Kelsen resuelve la supuesta «contradicción en los términos» a que daría lugar la existencia de una norma inválida, unas veces con la tesis de la validez y otras con la de la inexistencia de las leyes inconstitucionales por razones de contenido[58].

contrario, se hablará de *invalidez* propiamente dicha (D9.20, T9.181), es decir, cuando concurra la invalidez formal y/o la invalidez sustancial de una norma vigente (T9.183). Naturalmente la teoría no puede decir cuáles y cuántas formas son precisas para la existencia de un acto formal, aunque sea inválido, y menos aún qué vicios de forma y qué vicios sustanciales son sanables y cuáles insanables: esto depende del derecho positivo de los diversos ordenamientos y su determinación corresponde a las distintas disciplinas jurídicas positivas. La teoría solo puede someter a cuantificación existencial las formas requeridas para la existencia o vigencia, a cuantificación universal las formas requeridas para la validez formal y a cuantificación existencial los significados coherentes con los de las normas sustanciales, sometidas a su vez a cuantificación universal.

57. *Teoría pura del derecho*, cit., V, § 35, *j*), α), p. 274.

58. Ambas tesis aparecen reiteradamente formuladas por Kelsen. Por ejemplo, sostiene la de la validez en *Teoría pura del derecho*, cit.: «La ley 'inconstitucional' es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o una derogación general— una ley válida. No es nula sino solo anulable» (*ibid*., cap. IV, § 29, *f*), p. 154); «anular una norma» significa «poner término a la validez de esa norma mediante otra norma» (*ibid*., § 35, *j*) α), p. 274); «también las leyes que no correspondan a esas determinaciones, deben valer mientras y entre tanto no sean eliminadas conforme al procedimiento prescrito en la constitución. Las llamadas leyes 'inconstitucionales' son leyes conformes a la constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial» (*ibid*., V, § 35, *j*), β), p. 280). Pero Kelsen sostiene también, en las mismas páginas, la tesis opuesta de la inexistencia: «una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna» (*ibid*., *j*), α), p. 274); «de una ley no válida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico» (*ibid., l*), β), p. 277). Más aún: Kelsen sostiene la tesis de la validez de la ley inconstitucional en «La garantía jurisdiccional de la Constitución», cit., III, pp. 124-125, donde sostiene la extraña tesis de que el fallo disponiendo «la anulación de una norma general» consistiría en «quitar validez a la misma», incluso con «efecto retroactivo»: tendría, afirma Kelsen, «la misma naturaleza que una ley abrogatoria». Por el contrario, sostiene la tesis de la inexistencia de la misma ley en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., primera parte, cap. XI, H), *b)*,

Es decir, con dos tesis admitidas por su concepción de la validez como existencia, pero manifiestamente contradictorias. No solo, además de contradictorias entre sí, ambas tesis son falsas. En efecto, pues los vicios de sustancia no conllevan ni la validez ni la inexistencia, sino la *existencia de una norma inválida*, esto es, de la figura contestada por Kelsen como contradicción en los términos[59].

Un discurso semejante puede hacerse en el caso de Norberto Bobbio. Este, al igual que Kelsen, admite una dimensión material de la validez. Sin embargo, la identificación de validez y existencia tomada de Kelsen le impide también a él hablar de «invalidez material» o «sustancial» y de «invalidez constitucional» de las leyes. Y el mismo juicio de validez material sobre las normas no lo entiende como juicio crítico o valorativo, sino, al contrario, contrapuesto, como juicio asertivo, a los juicios de valor en términos de justicia[60]. Probablemente, para Bobbio, la con-

p. 185: «La afirmación corriente de que una 'ley inconstitucional' es nula carece de sentido, en cuanto una ley nula no es tal ley. Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión 'ley inconstitucional' aplicada a un precepto legal que se considera válido es una contradicción en los términos. Pues si el precepto es válido solo puede serlo porque corresponde a la Constitución; si es contrario a esta no puede ser válido».

59. Como se sabe, Kelsen, cree resolver estas aporías con la llamada «cláusula alternativa tácita»: «La constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales» (*Teoría pura del derecho*, cit., V § 35, j) β), p. 279). La misma tesis está recogida en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., cap. XI, H), *b)*, p. 185, y, antes aún, en la edición de la *Reine Rechtslehre* de 1934 (trad. de G. Robles y F. F. Sánchez, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, presentación de G. Robles, Trotta, Madrid, 2011, § 31, pp. 88-89). Dicho de otro modo, según Kelsen, la constitución autorizaría, junto a formas y contenidos conformes con lo que ella determina, también formas y contenidos diversos, es decir, no conformes, destinados a la anulación. Pero esta es una tesis no menos absurda que aquella según la cual la norma que castiga el homicidio autorizaría el homicidio destinado a la sanción. Precisamente esta extravagancia es la mejor confirmación de las aporías kelsenianas irresueltas. No solo. Aquella cláusula —a diferencia del reconocimiento de la posible existencia del derecho antijurídico introducida por la rigidez de las constituciones y temida por Kelsen como amenaza a la unidad del sistema (*ibid*., p. 274)— se resuelve, esta sí, como han mostrado Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, «en una suerte de disolución del derecho como sistema normativo que regula su propia creación» (*Las piezas del Derecho*, cit., cap. II, § 2.1, p. 52). Sobre lo absurdo de esta cláusula véase también, L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 33-47.

60. «Cuando la indagación está dirigida a los juicios de validez material (es con mucho la más común), el jurista opera prevalentemente como lógico, y su demostración se concreta en establecer ciertas premisas de las que deberán derivarse necesariamente ciertas conclusiones. En ninguno de los dos momentos» —ni en el de la indagación sobre la validez formal, ni en el de la indagación sobre la validez material, añade Bobbio— el discurso del jurista «está formado por términos de valor, con los que se aprueba y se condena, y condenando y aprobando se busca inducir a otros a actuar en una dirección y no en otra» (*Sul ragionamento*, cit., pp. 168-169).

cepción simplificada de la realidad del derecho resultante de la identificación kelseniana de la validez de las normas con su existencia está determinada por su (más que determinante) tesis metateórica del carácter no valorativo de la ciencia jurídica: una tesis, como veremos en el próximo capítulo, insostenible en las actuales democracias constitucionales caracterizadas por la divergencia entre validez y existencia. Pero esta es, precisamente, la tesis que Bobbio defendió siempre con firmeza, como presupuesto de su bien conocida caracterización del positivismo jurídico, por oposición al iusnaturalismo, como enfoque del estudio del derecho solo «como hecho» o «tal cual es», que justamente excluye del universo de la ciencia el derecho «como valor» o «como debe ser» moral y políticamente[61], pero que, indebidamente, ignora el derecho «como debe ser» *jurídica y constitucionalmente*, que también forma parte del «derecho tal cual es». Resulta claro que esta tesis del carácter no valorativo del enfoque del estudio del derecho es incompatible con la de la virtual existencia de normas constitucionalmente inválidas y del consiguiente papel crítico que así vendría asignado a la ciencia jurídica.

En definitiva, tanto Kelsen como Bobbio —en su justa polémica con el iusnaturalismo, dirigida a distinguir el derecho positivo como «hecho» de su deber ser ético-político como «valor»— están unidos por una concepción unidimensional de la validez como «ser», y no como «deber ser jurídico» del derecho, no distinta de la existencia, a su vez necesariamente determinada solo por las formas de la producción jurídica. De aquí que, por el isomorfismo que siempre liga a la teoría política con la teoría del derecho, su concepción igualmente formal y procedimental de la democracia, consistente tan solo en el carácter democrático de las formas de las decisiones políticas, es decir, en las normas —las famosas «reglas del juego», del sufragio universal al principio de mayoría y a la separación de poderes— que disciplinan el «quién» y el «cómo» de la producción normativa. De aquí, además, la preclusión de la crítica de las leyes inválidas añadida a la crítica ético-política de las leyes injustas, en concordancia con Bentham y Austin, que escribían teniendo el paradigma legislativo como referente, donde, en efecto, validez y existencia de las leyes se identificaban, dependiendo una y otra solo de la forma de los actos normativos. La reducción de la validez a la existencia ignora, en efecto, la divergencia deóntica entre normas sustanciales sobre la producción y normas producidas, *interna* al derecho positivo,

61. «Aspetti del positivismo giuridico», en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 88. «La característica de la orientación científica», añade Bobbio, consiste en la «objetividad, entendida precisamente como abstención de cualquier toma de posición frente a la realidad observada, o neutralidad ética, o, por decirlo con la célebre fórmula weberiana, *Wertfreiheit*» (*ibid.*, pp. 88-89).

generada por el segundo positivismo del estado constitucional, que se añade a la divergencia *externa* entre justicia y existencia-validez generada por el primer positivismo del estado legislativo de derecho.

1.7. *La divergencia deóntica entre validez y vigencia en el paradigma constitucional. La democracia a través de los derechos: un modelo cuatridimensional.* En esta virtual y estructural divergencia entre validez y vigencia, es decir, entre el deber ser constitucional y el ser efectivo de la producción legislativa, consiste el cambio de paradigma, tanto del derecho como de la democracia, generado por el actual constitucionalismo rígido. En la democracia solo política propia del viejo estado legislativo de derecho, la ley era la fuente suprema e incuestionable de la producción jurídica, las mayorías parlamentarias eran omnipotentes y la validez de las leyes se identificaba con su existencia. La positivización constitucional de los derechos fundamentales somete también al legislador a límites y vínculos sustanciales, rompiendo la presunción de legitimidad del derecho y abriendo este espacio a antinomias por la indebida producción de leyes inválidas y a lagunas por la indebida omisión de leyes debidas. De aquí la necesidad de una redefinición tanto de la validez como de la democracia, idónea para dar cuenta del paradigma constitucional de una y otra. Del mismo modo que en el viejo paradigma del estado legislativo de derecho las condiciones de la *validez formal* siguen identificándose con las de la *democracia formal*, resultando satisfechas unas y otras por la *conformidad* de las decisiones producidas con las reglas que determinan sus *formas* democráticas: precisamente el «quien» (las normas de competencia que atribuyen los poderes legislativos y de gobierno a órganos representativos y las relativas a la autonomía negocial de los sujetos capaces de obrar) y el «cómo» (las normas procedimentales sobre el sufragio universal y sobre el principio de mayoría y las relativas a las formas de los negocios privados) de su producción. Pero, junto a la validez formal, repito, el paradigma constitucional requiere también una *validez sustancial*, correspondiente a la que muy bien puede llamarse *democracia sustancial*, una y otra satisfechas por la *coherencia* del «qué», es decir, de los significados o de la *sustancia* de las decisiones producidas, con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos.

Así, la noción de democracia en su modelo garantista puede muy bien articularse en cuatro dimensiones —política, civil, liberal y social, formales las dos primeras y sustanciales las otras dos— correspondientes a las cuatro clases en las que pueden distinguirse todos los derechos fundamentales: políticos, civiles, de libertad y sociales[62]. Según esta re-

62. En PI I, he definido 'derecho subjetivo' como expectativa positiva de prestaciones o negativa de no lesiones (§ 10.11, D10.20, p. 605); 'derecho fundamental' como de-

definición, el carácter representativo de un sistema político, asegurado por el sufragio universal y por el principio de mayoría, es solo una condición de la validez de las leyes y solo una característica de la democracia. Este mismo designa únicamente la *dimensión política* de la democracia, relativa al «quién» y al «cómo» de las decisiones públicas, es decir, a sus formas democráticas, basadas precisamente sobre los «derechos políticos» de autodeterminación en la esfera pública. Pero a esta primera, necesaria, dimensión formal deben añadirse otras para dar cuenta de la complejidad de los actuales ordenamientos democráticos.

Sobre todo debe añadirse una segunda dimensión formal, relativa al «quién» y al «cómo» de las decisiones no públicas sino privadas: la que muy bien puede llamarse *dimensión civil* de la democracia, basada en los específicos derechos de autodeterminación en la esfera privada a los que es oportuno reservar el nombre de *derechos civiles*. En efecto, pues se trata de aquellos derechos a cuyo ejercicio está encomendada esa forma específica de producción directa y espontánea del derecho de los particulares que es la actividad negocial de todos los sujetos capaces de obrar. En la tradición liberal, hay un equívoco al respecto, que ha pesado durante largo tiempo en la concepción y en la construcción del estado de derecho. Contrariamente a su concepción corriente como «libertades» —que se remonta a la agrupación de los derechos de autonomía y de los derechos de libertad, debida a John Locke[63], en una única categoría de

recho subjetivo atribuido a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar (*ibid.*, § 11.1, D11.1, p. 686); los 'derechos de libertad' y los 'derechos de autonomía' como derechos fundamentales negativos consistentes los primeros en la suma lógica de los derechos primarios de 'libertad frente a' y de los derechos primarios de 'libertad de' y los segundos en los derechos-poder de autodeterminación en la esfera del mercado y en la de la política (*ibid.*, § 11.4, D11.11-D11.17, pp. 701-705); los 'derechos sociales' como derechos fundamentales positivos a prestaciones públicas de carácter social (*ibid.*, D11.10, p. 701); por eso la distinción de todos los derechos fundamentales en las cuatro clases de los 'derechos políticos', los 'derechos civiles', los 'derechos de libertad' y los 'derechos sociales' correspondientes a nuestras cuatro dimensiones de la democracia constitucional (*ibid.*, T11.73, pp. 706-707).

63. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1690), trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. IX, § 123, p. 134: «vidas, [...] libertades y [...] posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre de 'propiedad'». La naturaleza de «poder» de la propiedad fue, en cambio, reconocida por Thomas Hobbes: «Las riquezas, acompañadas de liberalidad, son poder, porque procuran amigos y sirvientes» (Th. Hobbes, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, primera parte, cap. X, 79); y lo será después también para Adam Smith: «Como afirma Hobbes, riqueza es poder», y lo que «confiere esa fortuna de forma directa e inmediata es poder de compra, un cierto mando sobre el trabajo, o sobre el producto del trabajo que se halle entonces en el mercado. Y la fortuna será mayor o menor precisamente en proporción a la amplitud de ese poder, o a la cantidad del trabajo de otros hombres o, lo que es lo mismo, al producto del trabajo de otros hombres, que permita comprar o controlar» (A. Smith, *La riqueza de las naciones*, trad. de C. Ro-

la propiedad— estos derechos de autodeterminación jurídica son poderes, y no solo derechos fundamentales, dado que su ejercicio, a diferencia del de los derechos de libertad, consiste en actos preceptivos que producen efectos normativos también en la esfera jurídica de otros[64]. En efecto, no se trata de derechos que no comportan ningún ejercicio, como la libertad de conciencia o el *habeas corpus* consistentes en meras inmunidades, y ni siquiera de derechos cuyo ejercicio, como el de los derechos de libertad, no produce ningún efecto jurídico, sino de derechos-poder ejercitados mediante actos que, por los efectos obligatorios que producen, interfieren con la libertad de los demás. De aquí la necesidad, de la que hablaré en el § 5.2, de que los mismos sean sometidos al derecho, es decir, a reglas que limiten los poderes de los mercados, que de otro modo serían salvajes. Es una cuestión elemental de gramática jurídica. Los actos mediante los que se ejercitan tales derechos-poderes se sitúan a un nivel normativo más bajo que el de la constitución e incluso de la ley. Por eso, al igual que los producidos por los órganos instituidos por el ejercicio de los derechos políticos, están sujetos, no solo a las *normas formales* que disciplinan las *formas* en garantía de la autonomía de sus autores, sino también a *normas sustanciales* que limitan y vinculan su *sustancia*, esto es, los efectos y los contenidos prescriptivos, en garantía de los derechos constitucionalmente conferidos a todos.

En efecto, junto a la tradicional dimensión formal, estas normas sustanciales sobre la producción jurídica han injertado en la democracia una dimensión sustancial relativa al «qué», es decir, a la sustancia de las decisiones. Son las normas habitualmente establecidas en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de la paz y similares, a los que corresponden otros tantos límites o vínculos de contenido a los poderes

dríguez Braun, Alianza, Madrid, [3]2011, lib. I, cap. V, p. 65). Es singular que la concepción liberal de la autonomía contractual y de la propiedad como libertades y no como poderes haya convivido siempre, contradictoriamente, con la idea de la «fuerza de ley» asociada a la voluntad contractual, en una época en la que, entre otras cosas, era fortísimo el culto a la omnipotencia del legislador: «los pactos válidamente concertados» —afirmó el art. 1134 del *Code* de Napoleón— «tienen fuerza de ley entre quienes los han estipulado», fórmula que sigue figurando en el art. 1372 del Código Civil italiano, según el cual «el contrato tiene fuerza de ley entre las partes».

64. Esta es, en términos simplificados, la definición de «poder» que he propuesto con la definición D10.1 en PI I, § 10.1, p. 556. En diversas ocasiones he insistido en la crítica de la noción corriente de «derechos civiles», en la que habitualmente se incluyen de manera indistinta los derechos fundamentales de libertad, los derechos fundamentales de autonomía privada y el derecho real de propiedad, así como sobre la distinción estructural entre los primeros, consistentes en meras inmunidades o facultades, los segundos, que consisten en poderes cuyo ejercicio incide en la esfera jurídica de los demás, y los terceros, que son derechos singulares *excludendi alios*: cf. PI I, § 1.6, 10.10, 11.6-11.8, pp. 126-128, 600-603, 711-729 y PI II, § 13.17, 14.14 y 14.20, pp. 84-86, 218-223, 246-258.

tanto públicos como privados. Precisamente, derechos fundamentales como los *de libertad* y los *de autonomía*, consistentes en expectativas negativas, imponen límites, esto es, *prohibiciones de lesión;* en cambio, los derechos fundamentales que, como todos los *derechos sociales*, consisten en expectativas positivas, imponen vínculos, o sea, *obligaciones de prestación*. Es así como estos derechos, en su conjunto, diseñan lo que he llamado la *esfera de lo no decidible*: la esfera de lo *indecidible que*, constituida por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía, que, en cuanto expectativas negativas, imponen la prohibición de las decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo *indecidible que no*, determinada por el conjunto de los derechos sociales, que, en cuanto expectativas positivas, imponen la obligación de las decisiones dirigidas a satisfacerlos. Solo lo que queda fuera de esta esfera forma la *esfera de lo decidible*, dentro de la cual es legítimo el ejercicio de los derechos de autonomía: de la autonomía política, mediada por la *representación*, en la producción de las decisiones públicas; de la autonomía civil, desplegada directamente en el *mercado*, en la realización de negocios privados, que, al igual que aquellas, deberían también ser sometidos a rígidos límites y vínculos constitucionales para impedir su actual desregulación que, como se verá en el capítulo cuarto, está en el origen de las gravísimas crisis económicas que actualmente provocan la crisis de la democracia. Principio de mayoría y libertad de empresa, discrecionalidad pública y disponibilidad privada, deliberación de las directerices políticas y autodeterminación económica, son, en suma, las reglas que presiden la esfera de lo decidible. Pero en el paradigma constitucional encuentran límites y vínculos insuperables en la esfera de lo indecidible diseñada por las normas sustanciales sobre los derechos fundamentales para que, según la fórmula kantiana, sea garantizada la pacífica convivencia de las libertades de todos.

De este modo resulta un modelo cuatridimensional de democracia, anclado en las cuatro clases de derechos en las que he distribuido todos los derechos fundamentales: los *derechos políticos*, los *derechos civiles*, los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*. Los primeros dos tipos de derechos, políticos y civiles —que cabe llamar «secundarios», «formales» o «instrumentales»— al asegurar unos la autonomía política y los otros la autonomía privada, sirven para fundar la legitimidad de la *forma* de las decisiones, en la esfera de la política y en la de la economía, respectivamente, y con ello la *dimensión formal* de la democracia: de un lado la *democracia política*, del otro la *democracia civil*. Los otros dos tipos de derechos, de libertad y sociales —que cabe llamar «primarios», «sustanciales» o «finales»— al hacer referencia a lo que le está prohibido o es obligatorio decidir a la autonomía tanto política como privada, sirven para fundar la legitimidad de la *sustancia* de las decisiones y con ello la

dimensión sustancial de la democracia: de un lado, la *democracia liberal* o *liberal-democracia*, del otro, la *democracia social* o *social-democracia*.

En estas cuatro dimensiones, todas necesarias y en su conjunto suficientes, se basa el modelo garantista de la actual democracia constitucional, en virtud del cual ningún poder, sea público o privado, puede derogar los derechos fundamentales y demás principios constitucionalmente establecidos. En el próximo capítulo analizaré los rasgos distintivos de este, poniendo de relieve los nueve cambios estructurales que comporta, que no permiten sostener la tesis paleopositivista de su sustancial continuidad en relación con el paradigma legislativo. Luego, en el capítulo tercero, desarrollaré la crítica del modelo principialista del constitucionalismo, mostrando sus graves implicaciones teóricas y prácticas y, al mismo tiempo, sus posibles replanteamientos de acuerdo con el modelo garantista. Por fin, en los últimos dos capítulos, hablaré de la crisis profunda que actualmente afecta a la democracia en todas sus dimensiones y de la perspectiva de su superación, solo alcanzable a través del reforzamiento de las garantías del paradigma constitucional y de su ampliación al plano supranacional.

II

EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

2.1. *Cuatro postulados del modelo garantista (MG) del estado constitucional de derecho*. Como se ha visto, la dimensión sustancial injertada por el paradigma constitucional en las condiciones de validez de las leyes ha cambiado profundamente la estructura del estado de derecho. No solo se ha tratado de la subordinación al derecho del poder legislativo mismo, sino también de la subordinación de la política a principios y derechos estipulados en las constituciones como razón de ser del artificio jurídico en su totalidad. Por eso, lo producido es no solo un cambio, sino una integración de las condiciones de validez del derecho, y también de las fuentes de legitimidad democrática de los sistemas políticos, vinculados y funcionalizados a la garantía de tales principios y derechos.

El paradigma constitucional resultante de este cambio estructural del estado de derecho puede describirse ahora mediante cuatro principios o postulados, correspondientes a otras tantas *garantías*, las dos primeras *primarias* y *secundarias* las otras dos[1]. El modelo garantista del constitu-

1. Sobre las nociones de «garantías», «garantías primarias» y «garantías secundarias» y, además, de «normas primarias» y «normas secundarias», «lagunas primarias» y «lagunas secundarias», «efectividad» e «inefectividad», una y otra «primaria» y «secundaria», de «funciones» e «instituciones de garantía primaria» y «funciones e instituciones de garantía secundaria», remito a PI I, § 3.5, D3.5, pp. 186-190, § 10.16-10.21, D10.39-D10.55, pp. 630-659, D12.13-D12-14 y D12.17-D12.18, pp. 826-831. Las garantías son las obligaciones o las prohibiciones correspondientes a expectativas positivas o negativas: primarias las correlativas a las expectativas en que consisten los derechos subjetivos, secundarias las correlativas a las expectativas de reparación o sanción de sus violaciones. Por ejemplo, la prohibición penal del homicidio o del hurto, y las constitucionales de la prohibición de la pena de muerte y de las indebidas restricciones de las libertades fundamentales son las garantías primarias negativas de derechos de inmunidad como el derecho a la vida y los derechos de libertad y de propiedad; de forma análoga, el deber y la obligación de la asistencia sanitaria y de la enseñanza pública son las garantías primarias positivas del derecho de crédito y de los derechos sociales a la salud y a la educación. Las obligaciones

cionalismo rígido —que llamaré MG— es un paradigma de carácter normativo que, al ser un modelo teórico, es formal y formalizable en el sentido, ilustrado en el § 1.3, de que consiste en una sintaxis interpretable por cualquier sistema jurídico multinivel, cualesquiera que sean los *principia iuris et in iure* concretamente positivizados por este. Es, pues, evidente que tal paradigma y sus cuatro postulados, al consistir en un modelo teórico y normativo, nunca ha sido enteramente realizado, ni de derecho ni de hecho: ni en el plano de sus normas de actuación, siempre imperfectas e incompletas, ni, menos aún, en el de la práctica jurídica, en el que tales normas son a menudo violadas.

El primer postulado es el *principio de legalidad*, en las dos acepciones —lata, formal o legal, estricta, sustancial o constitucional— distinguidas en los § 1.3 y 1.5. En el viejo paradigma legislativo el principio de legalidad, es decir, la sujeción de cualquier poder al derecho, era todavía un principio parcialmente inactuado. Era el producto de la primera, elemental, articulación multinivel del ordenamiento jurídico, realizada con la distinción entre la producción legislativa del derecho y su aplicación jurisdiccional y administrativa, la primera supraordenada a la segunda pero a su vez formalmente *legibus soluta*. Gracias al paradigma constitucional el principio de legalidad asume una nueva complejidad, como principio normativo y, al mismo tiempo, como principio lógico. Conforme a esto, dondequiera que exista un poder, sea público o privado, ejecutivo, judicial o legislativo, estatal, extra o supraestatal, deberán existir normas primarias, no solo formales sino también sustanciales, que regulen su ejercicio, sometiéndolo a los límites y a los vínculos en que consisten las *garantías primarias* correlativas a los derechos y a los intereses constitucionalmente establecidos, así como a las separaciones entre poderes que impidan sus confusiones o concentraciones. Pero la jerarquía de las fuentes funciona también como una estructura lógica, dentro de la cual el principio de legalidad equivale al principio de no contradicción, que proscribe como *antinomia* la incoherencia entre las

de anulación de los actos inválidos y de condena por los actos ilícitos son, en cambio, las garantías secundarias encomendadas a la jurisdicción y previstas para reparar o sancionar las violaciones de las garantías primarias. Por eso diremos que las garantías primarias son dispuestas o predispuestas por normas primarias, cuya observancia e inobservancia equivalen, respectivamente, a la efectividad primaria y a la inefectividad primaria de los derechos garantizados, y cuya ausencia genera lagunas primarias. Las garantías secundarias, que intervienen en caso de violación de las garantías primarias y, por tanto, de inefectividad primaria, son dispuestas o predispuestas por normas secundarias cuya observancia e inobservancia equivalen una a la efectividad secundaria y la otra a la inefectividad secundaria de los derechos, y cuya falta genera lagunas secundarias. Por eso, mientras las violaciones de las garantías primarias o secundarias indican una inefectividad contingente, sus lagunas, sean primarias o secundarias, indican el vicio mucho más grave de una inefectividad de los derechos de carácter estructural.

prescripciones producidas por el ejercicio de cualquier poder, incluido el legislativo, y las normas supraordenadas a él[2]. Al *principio de mera legalidad*, en virtud del cual la ley es condicionante de la validez de todos los actos prescriptivos subordinados a ella, el constitucionalismo rígido añade el *principio de estricta legalidad*, por cuya virtud la ley misma es a su vez condicionada, al depender su validez de la conformidad de sus formas y de la coherencia de sus contenidos con las normas constitucionales, formales y sustanciales, sobre su producción. Se trata de una innovación estructural con respecto al paradigma legislativo, a causa de la específica naturaleza que, como se verá en el § 2.6, diferencia a la ley y a las fuentes a ella equivalentes de todos los demás actos jurídicos prescriptivos.

El segundo postulado es el *principio de plenitud deóntica*, en virtud del cual, donde quiera que existan derechos o intereses establecidos por normas primarias, deberán introducirse, como sus *garantías primarias*, los poderes-deberes correspondientes, es decir, la prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones de garantía primarias, a su vez separadas de cualquier otro poder[3]. También este es un principio lógico a la vez que normativo. El mismo, en particular, enuncia la normatividad de los principios constitucionales y de los derechos por ellos establecidos, que consisten en expectativas positivas o negativas que implican las correlativas obligaciones y prohibiciones, y por eso, de ser tomados en serio, requieren leyes de actuación en ausencia de las cuales se producen *lagunas* responsables de su estructural inefectividad. Precisamente, se requieren leyes

2. Es digno de ser recordado este lúcido pasaje de N. Bobbio, «Formalismo jurídico y formalismo ético» (1954), en *Contribución a la teoría del derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 111: «Un sistema jurídico, en cuanto que está basado en el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto ha sido particularmente ilustrado por Kelsen y por García Máynez. Pero eso significa que el principio de no contradicción es una verdadera regla jurídica implícitamente contenida en todo ordenamiento. Y si antes he mostrado que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción en un sistema teórico, caigo ahora en la cuenta de que el principio de no contradicción sirve en el mismo sistema jurídico como regla jurídica. Lo que podría decirse también así, en fórmula sintética: en una concepción legalista de la justicia están presentes, al mismo tiempo, una tendencia a la *logicización del derecho* y una tendencia hacia la *juridificación de la lógica*, o, en otras palabras, un reconocimiento del valor lógico del derecho y a la vez del valor jurídico de la lógica». «El principio de no contradicción», había escrito a su vez Kelsen en el pasaje citado por Bobbio, «es, en efecto, tan válido para el conocimiento en el campo de la validez normativa como en el de la realidad empírica» (H. Kelsen, Apéndice III, A, a *Teoria generale del diritto e dello stato* [1945], trad. de S. Cotta y G. Treves, Edizioni di Comunità, Milán, 1959, p. 415).

3. Sobre este principio, remito a PI I, § 2.7, pp. 164-166 y § 3.6, pp. 190-192 y a PI II, § 14.13, pp. 216-218. De la consiguiente separación de las funciones de garantía primaria de las de gobierno y de la antes señalada de los poderes públicos de los económicos, en el modelo garantista MG, hablaré con mayor amplitud en el § 5.3.

de actuación para introducir garantías primarias de todos los derechos sociales, técnicas de tutela de los que en el § 5.7 llamaré «bienes fundamentales», así como de las normas penales en garantía de los derechos de libertad e inmunidad. Conforme al principio de legalidad penal, hasta el derecho a la vida resultaría privado de garantías, si el homicidio no estuviera prohibido y castigado por el Código Penal. Por lo demás, se trata de un principio también típicamente propio del paradigma constitucional, que lleva consigo la posible, aunque indebida, falta de plenitud del ordenamiento, esto es, la virtual e ilegítima existencia de lagunas estructurales. En efecto, no tendría sentido hablar de él en el paradigma legislativo, donde la ley es la fuente suprema del ordenamiento y, por tanto, no cabe hablar de vínculos o de obligaciones de legislar; del mismo modo que, en tal paradigma, no tendría sentido hablar del principio de estricta legalidad como principio jurídico, y no solo político, y, por lo mismo, de límites o prohibiciones de derecho positivo impuestos a la legislación.

El tercer postulado es el *principio de jurisdiccionalidad*, que impone que donde existan normas y garantías primarias deberán también existir, contra sus posibles violaciones, normas secundarias, que predispongan la intervención de *garantías secundarias* o jurisdiccionales, por obra de funciones y de instituciones de garantía a su vez secundarias, también separadas de cualquier otro poder. Es evidente que esto supone el principio de legalidad. En efecto, pues solo la predeterminación legal del objeto del juicio puede fundar la jurisdicción acerca de la determinación de lo preestablecido por la ley o por la constitución, según el principio simétrico y opuesto al hobbesiano, *veritas, non auctoritas facit iudicium*. Por tanto, según esto, en el modelo garantista los jueces están no solo sujetos a la ley, sino también sujetos *solamente* a la ley. Se trata de un principio esencial para el mantenimiento del estado de derecho en sus constantes, dado que las garantías jurisdiccionales secundarias o instrumentales son una condición necesaria de la efectividad de las garantías primarias o finales formuladas conforme a los principios de legalidad y de plenitud. Sin el control jurisdiccional sobre las violaciones del derecho, y en particular sobre el derecho ilegítimo, el mismo principio de legalidad, tanto lata como estricta, resultaría vano en la práctica. También este principio ha sido ampliado por el paradigma constitucional, a causa de la ampliación ya ilustrada del principio de estricta legalidad. En efecto, pues al control de legalidad propio del paradigma legislativo sobre los actos regulados por la ley se ha añadido el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre la ley misma. Los jueces están, pues, siempre sometidos a la ley, pero solo a la ley considerada constitucionalmente válida, al ser llamados a inaplicarla o a denunciar su inconstitucionalidad ante los jueces constitucionales, cuando la estimen constitucionalmente inválida.

En fin, el cuarto y último postulado es el *principio de accionabilidad*, conforme al cual, donde exista una jurisdicción deberá estar asimismo prevista, como ulterior *garantía secundaria*, su activación por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados y, con carácter complementario y subsidiario, por parte de un órgano público capaz de suplir las posibles inercias o debilidades de aquellos. Dicho brevemente, frente a la lesión de un derecho, parafraseando una clásica fórmula, es preciso que haya, no solo un juez, sino también un fiscal en Berlín, que garantice en todo caso ese derecho, instrumental a la garantía de todos los demás derechos, que es el derecho de acceso a la justicia. De este principio, también exigido, a mi entender, por la lógica del paradigma constitucional, hablaré con más detenimiento en el § 5.9. Aquí basta decir que está conectado no solo con el principio de jurisdiccionalidad, sino también con el de plenitud, conforme lo impone la constitucionalización de los derechos fundamentales. En el viejo paradigma legislativo, para los derechos patrimoniales, a los que corresponden inmediatamente las garantías primarias de las prohibiciones y las obligaciones correlativas, bastaba el tradicional derecho de acción previsto para su tutela, por ejemplo, por el art. 24 de la Constitución italiana. Sin embargo, este derecho individual no siempre es suficiente para asegurar la garantía secundaria de los derechos fundamentales. En muchos ordenamientos, existen, ciertamente, otros diversos tipos de acceso directo a la justicia por parte de los ciudadanos, en garantía de sus derechos o de intereses colectivos: las acciones populares de estirpe romanista, previstas hoy en Italia para algunas cuestiones electorales y administrativas de carácter local; las acciones colectivas o *class actions*, de origen estadounidense pero difundidas actualmente en Europa, promovidas por uno o más sujetos con efectos *ultra partes* por los daños provocados a enteras categorías de personas; los recursos de amparo para tutela de los derechos constitucionales del ciudadano, presentes en toda la tradición latinoamericana. Pero se trata, también en estos casos, de acciones privadas, no siempre aptas para asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos y los bienes fundamentales constitucionalmente establecidos. De aquí la necesidad de asumir el principio de accionabilidad como un principio general del modelo garantista MG, idóneo para asegurar la efectividad de los otros tres principios —de jurisdiccionalidad, legalidad y plenitud— mediante la integración de la acción privada con la encomendada a un órgano público.

Estos cuatro principios diseñan la sintaxis del estado constitucional de derecho, es decir, el conjunto de las reglas que disciplinan la producción del derecho dando lugar, merced a su posible violación, a la virtual emergencia del *derecho ilegítimo*. Precisamente, los dos primeros principios expresan las relaciones, de carácter normativo y a la vez de carácter lógico, entre los diversos niveles del paradigma constitucional.

En efecto, pues a las expectativas negativas y a las expectativas positivas establecidas en el plano constitucional bajo la forma de derechos de libertad o de derechos sociales corresponden, respectivamente, límites o prohibiciones de lesión y vínculos u obligaciones de prestaciones a cargo de los poderes normativos en la esfera legislativa[4]. Por eso, principio de legalidad y principio de plenitud, contemplados con referencia al sistema de las fuentes, operan, según se verá mejor en el § 2.8, como *principia iuris tantum*, es decir, como principios lógicos y teóricos que imponen al derecho producido por el legislador la coherencia y la plenitud que él, *de facto,* no siempre tiene, pero que *de derecho* debe tener. Los principios tercero y cuarto son, en cambio, principios solamente teóricos que, por un lado, implican lógicamente los dos primeros y, por otro, están dirigidos a asegurar su efectividad, si bien en vía secundaria o subsidiaria, mediante la reparación de las antinomias y las lagunas subsiguientes a sus violaciones.

Por tanto, todos estos principios se encuentran interconectados por dos secuencias de implicaciones, una de carácter lógico y otra de carácter normativo. Por un lado, el principio de accionabilidad supone lógicamente el de jurisdiccionalidad, que a su vez supone el principio de plenitud, que, en fin, supone el de legalidad: dado un *derecho*, entonces debe existir el derecho de acción contra sus violaciones, que a su vez supone la existencia de una jurisdicción, que supone la existencia de normas legales a las que está sometida la jurisdicción y que no son más que las prohibiciones y las obligaciones correspondientes al derecho lesionado. Por otro lado, para su efectividad primaria, el principio de legalidad requiere el de plenitud, que a su vez será efectivo solo de estar garantizado en vía secundaria por el principio de jurisdiccionalidad, cuya efectividad está, a su vez, confiada al principio de accionabilidad: dado un *poder*, entonces deben existir normas supraordenadas a él, que impongan límites y vínculos, es decir, prohibiciones u obligaciones, en garantía de intereses públicos y derechos fundamentales, cuyas violaciones suponen la existencia de una jurisdicción, activable mediante el derecho o el poder de acción. La actual crisis del paradigma constitucional, según se verá en el capítulo cuarto, puede ser leída como una crisis de estos cuatro principios, a cuya actuación y antes aún a cuya implementación está encomendado el futuro del constitucionalismo y, con él, de la democracia, según se verá en el capítulo quinto.

4. Se trata de las relaciones de implicación que, con referencia a los derechos fundamentales, he expresado —en PI I, § 11.4 y 11.9, pp. 701-705 y 729-733— con las tesis T11.53-T11.58, T11.101-T11.111 y, más en general, con referencia a todos los derechos subjetivos —en PI I, § 10.11-10.14, pp. 603-624— con las definiciones D10.20-D10.33 y con las tesis T10.115-T10.185.

2.2. *La rigidez de la constitución y las garantías constitucionales. Antinomias y lagunas*. Así pues, el modelo garantista de la democracia constitucional se caracteriza esencialmente por ser un sistema de límites, vínculos y controles impuestos a cualquier poder, en garantía primaria y secundaria de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. De aquí la centralidad de las *garantías*, equivalentes al lado activo —las prohibiciones o las obligaciones— de la relación de recíproca implicación que las conecta con el lado pasivo de las expectativas positivas o negativas en que consisten todos los derechos subjetivos, incluidos los fundamentales. La efectividad de los derechos establecidos y por eso de la democracia constitucional depende de la observancia de las *garantías constitucionales*, ya sean *primarias*, es decir, consistentes en las obligaciones y en las prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones, o *secundarias*, esto es, consistentes en la reparación judicial de las violaciones de las garantías primarias. En efecto, tales garantías han sido puestas para la tutela de la que he llamado esfera de lo no decidible, diseñada por las cuatro clases de derechos —políticos, civiles, de libertad y sociales— en las que se articulan las cuatro dimensiones correspondientes de la democracia.

Entonces, con la expresión «garantías constitucionales» se alude a la «rigidez» de la constitución, o sea, al carácter de inmodificables de los principios, derechos e institutos previstos en ella, si no es a través de procedimientos de revisión agravados y, además, al control jurisdiccional de inconstitucionalidad sobre las leyes ordinarias que los contradigan. En realidad, se trata de una noción compleja, que es oportuno descomponer en otras varias: de un lado la rigidez, que es un rasgo intrínseco de las normas constitucionales; del otro el complejo conjunto de sus garantías, primarias y secundarias, que, a su vez, tienen que ser distinguidas y analizadas.

La *rigidez constitucional* no es, en sentido propio, una garantía. Es más bien un rasgo estructural de las constituciones ligado a su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas, de modo que las constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que, si no lo fueran, en realidad, no serían constituciones sino que equivaldrían a leyes ordinarias. Dicho sencillamente, esta se identifica con el grado supraordenado de las normas constitucionales con respecto a todas las demás fuentes del ordenamiento, es decir, con la normatividad de las primeras en relación con las segundas. Tal es el sentido de la «natural rigidez» de las constituciones, justamente sostenida por Alessandro Pace[5]. Así pues,

5. Según A. Pace, «La 'naturale' rigidità delle costituzioni scritte»: *Giurisprudenza costituzionale* (1993), pp. 4085 ss., una constitución no rígida sino flexible, es decir, derogable por la ley ordinaria, no es en realidad una constitución. De A. Pace puede verse

referida a las normas constitucionales que establecen esas expectativas universales que son los derechos fundamentales, la rigidez confiere a tales derechos una doble normatividad, por arriba y por abajo: como normas supraordenadas a todas las demás, que no pueden ser modificadas por las fuentes subordinadas, y como expectativas negativas o positivas de su no violación y de su actuación, que corresponden a sus titulares. En efecto, pues para que tales derechos resulten garantizados, no basta su positivización, sino que se precisa también su rígida constitucionalización, en cuya ausencia, si la constitución fuese flexible, serían derogables por ley ordinaria.

Así se comprende como la cuestión de la rigidez —o mejor, del grado de rigidez que está justificado asociar a una constitución, y más precisamente a los diversos tipos de normas constitucionales— es absolutamente central en la teoría, y más aún, en la construcción de la democracia constitucional, identificándose con la de la relación entre soberanía popular y democracia política, de un lado, y derechos fundamentales, del otro. En torno a ella, desde los orígenes del constitucionalismo, se contraponen dos tesis, una garantista, la otra, por decirlo de algún modo, político-democrática, ambas fundadas en el diverso sentido y valor asociados al poder constituyente. La primera, sostenida por Benjamin Constant, es la tesis de la inmodificabilidad de al menos algunos principios establecidos por la constitución como fundamentales[6], al no existir ningún poder constituido superior al constituyente, que se agota con su ejercicio; la segunda, que se remonta a Emmanuel-Joseph Sieyès, es la tesis de la permanente modificabilidad de cualquier principio constitucional por obra de un poder constituyente concebido como constantemente en acto, cual expresión permanente de la soberanía popular y de la democracia política[7].

también *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Cedam, Padua, 1996.

6. Cf. B. Constant, *Réflexions sur les constitutions* (1814), en *Cours de politique constitutionnelle*, Slatkine, Ginebra/París, 1982, pp. 265 ss. (hay trad. esp. de M. Antonio López, *Curso de política constitucional*, 2 vols., Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820), según el cual las normas sobre la forma de gobierno y sobre los derechos constitucionalmente establecidos no deben ser modificables.

7. La tesis se remonta a Sieyès: «Una nación no puede ni alienarse, ni prohibirse el derecho de querer algo; y, cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla si su interés lo exige» (E. Sieyès, *¿Qué es el tercer estado? Ensayo sobre los privilegios* [1788], introd., trad. y notas de M. Lorente Sariñena y L. Vázquez Jiménez, Alianza, Madrid, 1989, p. 146). El principio fue enunciado en el art. 1 del título VII de la Constitución francesa de 1791: «La Asamblea nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución» (y con tal fin prevé, en los arts. 2 a 8, un procedimiento especial de revisión); y, después, en el art. 28 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793. T. Paine mantiene la misma tesis, en *Derechos del hombre* (1791-1792), trad. de F. Santos Fontenla, Alianza, Madrid, 1984, p. 63: «cada generación tiene, y debe tener, competencia en cuanto a todos los objetivos que sus circunstancias requieran».

El principal argumento de apoyo de esta segunda tesis es que una excesiva rigidez de las constituciones serviría para limitar los poderes constituyentes de las generaciones futuras y más en general los principios de la democracia política: «para atarle las manos», según una eficaz fórmula muy difundida. Es el argumento de la primacía de la voluntad popular expresado en el art. 28 de la Constitución francesa de 1793, según el cual «todo pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su constitución» y «una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras». El constitucionalismo garantista desmonta este argumento. En efecto, el principio del constante derecho de todas las generaciones a decidir sobre su futuro vale, con paradoja aparente, para sostener la tesis exactamente opuesta a la de la existencia de un permanente y radical poder constituyente como expresión de la soberanía popular: justo, para sostener la tesis de que precisamente la rigidez de la constitución es una garantía esencial de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los poderes de las futuras mayorías. Es así porque, según esto, debe impedirse, cuando menos, la revisión de los principios constitucionales supremos puestos para salvaguardia futura de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría: como el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los mismos derechos de libertad y los derechos sociales, que son el presupuesto elemental del ejercicio consciente de los derechos políticos. Dicho de otro modo, la rigidez ata las manos de las generaciones presentes en cada ocasión, para impedir que estas amputen las manos de las generaciones futuras.

Aclarado el sentido de la rigidez de la constitución, es fácil aclarar la naturaleza de las *garantías constitucionales*. Estas no son más que las garantías de la rigidez, es decir, de la normatividad de la constitución. No se identifican con la rigidez, que es un rasgo de la constitución en cuanto tal, sino con las reglas idóneas para asegurar su efectividad. Son *garantías constitucionales primarias*, negativas o positivas, respectivamente, la prohibición y la obligación de violar y de actuar las normas constitucionales y los derechos establecidos por ellas, impuestos a la legislación. En pocas palabras, las reglas que definen la esfera de «lo no decidible que» y de «lo no decidible que no». Son *garantías constitucionales secundarias* los controles sobre la ilegitimidad de las violaciones de la constitución, demandados a la jurisdicción. En síntesis, las reglas puestas para la protección de la esfera de lo no decidible, en caso de inobservancia, por acción o por omisión, de las garantías constitucionales primarias. Es claro que ambas garantías han modificado el viejo equilibrio entre los poderes públicos propio del estado legislativo de derecho: las primeras restringiendo los poderes políticos, las segundas ampliando el poder judicial. De lo que se sigue un primer argumento contra el constitucionalismo principialista y en apoyo del constitucionalismo ga-

rantista, sobre el que volveré más adelante. Precisamente, la expansión del papel y del poder de los jueces generada por el paradigma constitucional, además de imponer un reforzamiento de las garantías jurisdiccionales, debería, en el plano de la filosofía jurídica y política, inducir a contestar, en vez de avalar y estimular, la lectura principialista de gran parte de las normas constitucionales, que las ve no como reglas que los jueces están obligados a aplicar, sino como principios que tienen el poder de ponderar.

Decir que las garantías primarias y las garantías secundarias expresan la normatividad y al mismo tiempo aseguran la efectividad de las constituciones equivale, en cambio, según el planteamiento garantista, a leer sus violaciones como *antinomias* o como *lagunas* estructurales, las primeras por acción y las segundas por omisión. Se trata de antinomias y de lagunas estructuralmente diversas de las antinomias y de las lagunas detectables entre normas del mismo nivel. En efecto, utilizo «antinomia» y «laguna» en un significado más restringido que el de los usos corrientes. Con estos términos, centrales en el modelo garantista de la democracia constitucional, designo solamente las antinomias y las lagunas generadas por la virtual divergencia deóntica entre normas sobre la producción y normas producidas, las primeras de grado supraordenado a las segundas. Por eso, a diferencia de las antinomias y de las lagunas entre normas del mismo nivel, tales aporías pueden concebirse como violaciones, que, de no ser removidas mediante intervenciones autoritativas, comportan la inaplicabilidad de la norma violada, en el primer caso, por la existencia y la aplicabilidad de una norma subordinada en contradicción con ella, y, en el segundo, por la inexistencia de sus normas de actuación[8].

Habitualmente, por «antinomias» se entiende, en cambio, cualquier conflicto entre normas: no solo entre normas de grado diverso en violación del principio de legalidad, sino también entre normas de época o de extensión diversas; y por «lagunas» se entiende cualquier ausencia de normas: no solo la falta de las normas de actuación requeridas por el principio de plenitud, sino también la ausencia de normas que explícitamente prevean y cualifiquen deónticamente un determinado com-

8. Sobre esta cuestión, remito a PI I, § 10.19-10.20, pp. 644-654; PI II, § 13.15, pp. 76-80; PI III, cap. X, pp. 435-436 y 576-589. Véanse también las aclaraciones ofrecidas, en respuesta a diversas críticas, en «Principia iuris. Una discusión teórica»: *Doxa* 31 (2008), § 2.2, pp. 410-413; «Intorno a 'Principia iuris' Questioni epistemologiche e questioni teoriche», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, LED, Milán, 2011, § 14.1.3-14.1.4, pp. 239-250, § 14.2.1, pp. 265-266 y § 14.2.5, pp. 272-276; «Dodici questioni intorno a *Principia iuris*», en S. Anastasia (ed.), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 2011, § 2.5-2.6, pp. 185-191 y § 3.4, pp. 202-206.

portamiento[9]. Pero se trata de dos órdenes de fenómenos profundamente diversos. El conflicto entre normas de época o extensión diversas se resuelve normalmente por el intérprete con la aplicación del criterio cronológico o del de especialidad; de manera análoga, la ausencia de normas que expresamente obliguen, veten o permitan una determinada acción —cuando no esté excluido de modo expreso, como ocurre en materia penal— es superada por el intérprete mediante el razonamiento analógico o el recurso a los principios generales del derecho. En cambio, no puede decirse lo mismo en el caso de las antinomias y las lagunas determinadas por los desniveles normativos, como las que se producen entre normas constitucionales y normas de ley y a las que por eso he llamado «estructurales». Solo estas y no las otras son el fruto de violaciones jurídicas, que, por eso, cuando se trate de antinomias, requieren una intervención jurisdiccional que anule como inválidas las normas indebidamente existentes, y, cuando se trate de lagunas, una intervención legislativa que introduzca las normas de actuación indebidamente omitidas. Solo estas y no las otras contradicen la jerarquía de las fuentes haciendo inaplicables las normas constitucionales: las antinomias por la indebida presencia de normas en contradicción con ellas, y las lagunas por la ausencia indebida de sus leyes de actuación. En fin, solo estas y no las otras consisten en vicios: en efecto, pues no existe ningún vicio en la norma precedente o en la norma general respectivamente derogadas por la norma sucesiva y por la norma especial, y tampoco en la aparente falta de plenitud colmada mediante la analogía. Mientras, por consiguiente, son *aparentes* las antinomias y las lagunas resueltas por el intérprete con la prevalencia asignada a la *lex posterior* o a la *lex specialis* o con el recurso a la analogía; son, en cambio, *reales*, como estructurales, las antinomias y las lagunas consistentes en violaciones de la constitución, es decir, en normas en contradicción con ella o en la ausencia de normas de actuación de la misma[10]. Son solo estos vicios los que, a

9. Me limito a recordar N. Bobbio, «Teoría del ordenamiento», en *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, pp. 196 ss. y 221 ss., e Íd., «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turín, 1963, vol. IX, pp. 417-424; G. Gavazzi, «Delle antinomie» (1959), ahora en *Studi di teoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1993.

10. Invierto así la tesis de Bobbio, que considera «aparentes» las antinomias resolubles con el criterio jerárquico, que, en cambio, son a mi juicio «reales» porque no resolubles por el intérprete sino solo a través de una intervención jurisdiccional que modifique el derecho vigente mediante la anulación de las normas inválidas; mientras llama «reales» a las antinomias «en las que el intérprete resulta abandonado a sí mismo por la ausencia de un criterio o por el conflicto entre criterios» y que, en cambio, son a mi entender «aparentes» en cuanto resolubles mediante la interpretación, aunque sea en uso de una sustancial «libertad del intérprete» («Teoría del ordenamiento», en *Teoría general del derecho*, cit., § 17 y 18, pp. 218 y 224).

mi juicio, merecen el nombre de *antinomias* y de *lagunas*: vetadas las primeras por las *garantías constitucionales negativas*, primarias y secundarias, y las segundas por las más problemáticas *garantías constitucionales positivas*.

2.3. *Las garantías constitucionales negativas y las antinomias.* Las garantías constitucionales negativas, impuestas por el principio de estricta legalidad, son las de la inderogabilidad de la constitución por parte del legislador ordinario, al que impiden la producción de antinomias, es decir, de normas contrarias a ella. Son garantías negativas primarias las prohibiciones a la legislación ordinaria de producir normas en derogación de normas constitucionales, estén o no condicionadas a la adopción de un procedimiento legislativo agravado. Son garantías secundarias las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad, que consisten en la obligación de la jurisdicción constitucional de anular o inaplicar las normas que, por razones de forma o de sustancia, contradigan las normas constitucionales y que por eso violen las garantías constitucionales negativas primarias[11].

Las *garantías constitucionales negativas primarias* pueden ser más o menos vinculantes, según el grado de rigidez que garanticen: una rigidez absoluta, cuando excluyan radicalmente la revisión; una rigidez relativa, cuando prevean formas más o menos agravadas de revisión. En el primer caso tenemos límites *absolutos*, formulados en algunas constituciones en términos explícitos y taxativos[12]. En el segundo caso tene-

11. Sobre las nociones de «garantías constitucionales primarias» y «secundarias», remito a PI I, § 12.14, pp. 865-867 y a las definiciones D12.28-D12.30. Al comentar estas tesis —pero no en las expresadas en PI III por su formalización—, identifiqué las garantías primarias de la rigidez con las mismas normas sobre la revisión, en consideración al hecho de que estas comportan para el legislador ordinario las prohibiciones de derogar las normas constitucionales. En realidad, las normas sobre la revisión, cuando concurran las garantías secundarias del control jurisdiccional de constitucionalidad, debilitan tanto la rigidez como las prohibiciones en que consisten las garantías primarias, dado que confieren al legislador el poder de derogar la constitución aunque sea con un procedimiento agravado, del que carecería en otro caso. Por el contrario, en ausencia de control de constitucionalidad y en presencia de normas de revisión, la constitución sería de hecho flexible, dado que ningún órgano estaría en condiciones de censurar sus violaciones. En definitiva, lo que cuenta son las garantías constitucionales secundarias, que son una garantía de las propias garantías primarias. Debo esta corrección a una observación crítica de Dario Ippolito.

12. La previsión de límites absolutos taxativos a la revisión constitucional figura hoy en el art. 139 de la Constitución italiana sobre la prohibición de modificar la forma republicana, y en la Ley Fundamental alemana de 1949, cuyo art. 79, 3 establece: «Es inadmisible toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en estados o al principio de la cooperación de los estados en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1 y 20». El art. 288 de la Constitución portuguesa enumera catorce materias sustraídas al poder de revisión. El art. 60 de la Constitución

mos límites *relativos*, que permitirán hablar de un grado más o menos elevado de rigidez relativa, según el grado de agravación previsto para el procedimiento de revisión en relación con los procedimientos legislativos ordinarios. Pero es claro que cuando la constitución no previese ningún procedimiento de revisión y sí previera el control jurisdiccional de constitucionalidad, la rigidez de la constitución sería absoluta, dado que cualquier modificación resultaría susceptible de ser invalidada como inconstitucional.

Más allá de los límites relativos *explícitos* a la revisión dictados por la propia constitución, existen también límites *implícitos*, como los relativos al método democrático y a los derechos fundamentales, hoy reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Por ejemplo, el art. 2 de la Constitución italiana declara «inviolables» los «derechos del hombre», tanto en su calidad de sujeto individual como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad»; y una resolución constitucional, la sentencia n.º 1146/1988, dispuso la sustracción al poder de revisión de los «principios supremos del ordenamiento», no expresamente relacionados en aquella pero *grosso modo* identificables, en el plano jurídico, con los implícitos en la noción de democracia constitucional según será precisada en el § 2.7. Sin embargo, el carácter implícito y relativamente indeterminado de tales límites o prohibiciones y su reconocimiento solamente doctrinal y jurisprudencial hacen frágil e incierto su papel de garantía. En cambio, una doctrina normativa y garantista de la constitución debería formular y proponer, a partir de un diseño teórico argumentado, grados diversos y explícitos de rigidez de las distintas normas constitucionales, justificados por su diversa relevancia democrática: por ejemplo, la rigidez absoluta de las normas que establecen el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, de los que debería preverse el posible reforzamiento pero no la eventual reducción, así como los principios de la representación política y de la separación de poderes; formas más o menos agravadas de rigidez relativa de las normas sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, como por ejemplo el procedimiento legislativo y las competencias de las autonomías locales; formas leves de rigidez relativa, en fin, para las normas menos importantes.

Por otra parte, también las *garantías constitucionales secundarias* consistentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad pueden

brasileña establece la intangibilidad: *a*) de la forma federal del Estado; *b*) del carácter secreto, universal y periódico del ejercicio del derecho de voto; *c*) de la separación de poderes; *d*) de los derechos y de las garantías individuales. Los arts. 441 y 442 de la Constitución ecuatoriana excluyen reformas constitucionales que alteren la estructura fundamental del Estado o comporten restricciones de los derechos o de las garantías, o modifiquen los procedimientos de revisión de la Constitución.

ser más o menos incisivas. Como se sabe, históricamente se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad de las leyes: *a*) el control difuso, existente en Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos, y que consiste en la inaplicación (pero no la anulación), en el caso sometido al juicio, de la norma inconstitucional, que, por tanto, permanece vigente incluso después del reconocimiento de su ilegitimidad, salvo el valor de hecho vinculante del precedente, tanto más autorizado si producido por las cortes supremas; *b*) el control concentrado, que es el acogido por Italia y muchos otros países europeos en la segunda posguerra, según el modelo kelseniano adoptado por la Constitución austriaca de 1920 y que consiste en que la anulación de las normas legales inconstitucionales está encomendada a un tribunal constitucional *ad hoc*.

De los dos modelos, el más eficaz es sin duda el segundo: «una constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales», escribió Kelsen, «no es una constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico»[13]. Pero también el segundo modelo, el del control concentrado de constitucionalidad experimentado en Europa, presenta a veces múltiples límites: bajo el perfil objetivo, dado que, por ejemplo en el derecho italiano, versa no sobre cualquier acto de gobierno que contradiga la constitución sino solo sobre las fuentes primarias, es decir, las leyes ordinarias y todos los actos equiparados a ellas; y bajo el perfil subjetivo, dado que los legitimados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad son entonces, como de nuevo en Italia, solamente otros jueces, cuando la consideren incidentalmente fundada y relevante en los casos sometidos a su conocimiento. Por lo demás, no faltan ordenamientos, como el brasileño, dotados de ambos tipos de control.

2.4. *Las garantías constitucionales positivas y las lagunas*. No menos importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, impuestas por el principio de plenitud e indebidamente descuidadas por la doctrina, a pesar de ser indispensables para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sobre todo de los derechos sociales a prestaciones positivas:

13. H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)», § 22, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1998, p. 150: «Aunque en general, prosigue Kelsen, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite esta toma de conciencia— una constitución en la cual los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales sigan conservando su validez —al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad— equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria. Cualquier ley, cualquier reglamento e incluso cualquier acto jurídico general realizado por particulares tienen una fuerza jurídica superior a la de la constitución, a la que todos están, sin embargo, subordinados y de la cual deriva su validez».

como la educación, la asistencia sanitaria, la seguridad social y otros semejantes. Las mismas consisten en el deber de aprestar las correspondientes leyes de actuación, que constriñe al legislador en observancia de tales derechos. Dicho brevemente, en la obligación de introducir las garantías legislativas, primarias y secundarias, correlativas a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

Llego así a una cuestión central del garantismo —la de la relación entre derechos fundamentales y garantías— objeto, en recientes debates, de una ya añosa polémica. Según una tesis bastante difundida, en ausencia de garantías, es decir, de las obligaciones o de las prohibiciones correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos, no se estaría, como yo sostengo, ante una laguna, sino ante la inexistencia de los derechos establecidos[14]. En la base de esta tesis está la confusión entre derechos y garantías, avalada por la autoridad de Kelsen. Según este, como se sabe, el derecho subjetivo sería solo «un mero reflejo de una obligación jurídica»[15], o sea, de la que antes he llamado «garantía primaria». Más aún: tener un derecho, añade Kelsen, equivale a tener «la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la norma sancionadora»[16],

14. Es la tesis sostenida por R. Guastini, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, [4]2009, pp. 57 ss., y por D. Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los 'derechos fundamentales'. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», *ibid.*, pp. 75 ss., sobre la cual puede verse mi réplica en *ibid.*, pp. 180 ss. Cf. también R. Guastini, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, [2]2009, pp. 245-249, y P. de Lora, «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», *ibid.* § 3, pp. 255-259, con mi réplica en *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, [2]2009, § 3.5, p. 56 y § 4.3-4.4, pp. 74-81.

15. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (1960), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, § 29, *a*), p. 141. Y antes: «Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado respecto de otro a determinada conducta, como 'derecho', entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación» (p. 140); Íd., *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, primera parte, VI, A, p. 88: «No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto»; *ibid.*, C, *a*, p. 77: el derecho «no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico». Es claro que esta tesis se explica con la kelseniana identificación de los derechos subjetivos tan solo con los derechos patrimoniales, que es en relación con los únicos que la misma puede sostenerse. En efecto, pues tales derechos —a diferencia de los derechos fundamentales, cuyas garantías no existen sin leyes de actuación y por eso, no es casual, Kelsen no los considera derechos (véanse los pasajes citados *infra* en las notas 42-44)— nacen simultáneamente con sus garantías: el crédito a la vez que la deuda, los derechos reales junto con la prohibición de su lesión.

16. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., C, *d*, pp. 82-83. «En este sentido, por tanto», prosigue Kelsen, «tal norma es 'su' derecho, es decir, su 'derecho subjetivo'. Solo cuando un individuo se encuentra en tal relación con la norma jurídica,

a activar, en otra palabras, la que he llamado «garantía secundaria». Kelsen —al haber identificado, según resulta de todos los ejemplos que propone, los derechos subjetivos con los solos derechos patrimoniales, que, en efecto, son siempre producidos por actos negociales al mismo tiempo que los correspondientes deberes sancionables (el débito correlativo al crédito y la prohibición de lesión correlativa a la propiedad)— lleva a cabo dos identificaciones: entre los derechos y las correlativas garantías primarias y entre los derechos y las correlativas garantías secundarias.

Esta singular plasmación de los derechos sobre las garantías es el precio pagado por Kelsen a su concepción imperativista del derecho basada en la centralidad de la sanción. Pero se trata de un precio demasiado alto, que contradice las premisas normativistas y positivistas de su propia teoría. En efecto, pues de aquí se sigue que derechos fundamentales formalmente puestos o producidos por actos normativos válidos, pero carentes de garantías, serían inexistentes; que inexistentes, simples *flatus vocis*, serían, además, las normas que los expresan; que enteros catálogos de derechos —gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales— serían no-derechos, no-normas, solo porque carecen de garantías, tanto primarias como secundarias[17]. Es una tesis que contradice dos postulados del normativismo, al mismo tiempo metateóricos y teóricos, y otras tantas normas de reconocimiento de las normas jurídicas. En primer lugar, contradice el postulado del positivismo, en cuanto desconoce la positividad de las normas jurídicas, las cuales, en un sistema nomodinámico, existen si son puestas o producidas, y no se corresponden con un principio teórico como es la tesis de la necesaria presencia simultánea de derechos y deberes, como si la teoría pudiera desempeñar funciones legislativas; de modo que no puede admitirse que un derecho puesto por la constitución no exista, del mismo modo que, al contrario, no puede admitirse que exista la norma fundamental si no ha sido puesta por ningún acto normativo. Contradice, en segundo lugar, el postulado del constitucionalismo, en cuanto desconoce el grado supraordenado a toda otra fuente de las normas constitucionales y de los derechos establecidos

la aplicación de esta, es decir, la aplicación de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo orientada hacia tal objeto, por lo cual el derecho objetivo está a la disposición del mismo individuo, y podemos considerar que el derecho objetivo es 'su' derecho subjetivo». Más todavía: «El derecho subjetivo tiene que consistir, por ende, no en el presunto interés, sino en la protección jurídica» (*ibid*., D, *d*, pp. 96 y 94); «la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación» (*Teoría pura del derecho*, cit., § 29, *d*, p. 148).

17. En efecto, como se verá más adelante, en el § 2.9, llegó a negar que los derechos fundamentales sean propiamente derechos subjetivos.

en ellas, cuya existencia y cuyo carácter vinculante no pueden ser subordinados a la producción de sus leyes de actuación, si no es al precio de admitir una inversión de la jerarquía de las fuentes, es decir, como ha escrito Michelangelo Bovero, el poder del legislador de anular, abrogar o, de cualquier forma, derogar la constitución y ocultar así su violación[18].

Por el contrario, es la estructura nomodinámica del derecho positivo la que impone la distinción entre derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sus garantías legislativas. Puesto que, precisamente, como Kelsen ha enseñado, la existencia de las normas está ligada a un hecho empírico, es decir, al acto de su producción, es perfectamente posible que, dado un derecho fundamental expresado por una norma constitucional, *no exista* —aunque debería existir— la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preverlos; así como también cabe que, dada la libertad fundamental de un determinado comportamiento establecida por la constitución, *exista* —aun cuando no debería existir— la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que lo prevé. En síntesis, es posible que el derecho vigente sea constitucionalmente ilegítimo. Más aún, no solo es posible, sino que resulta de hecho inevitable que en ordenamientos complejos, articulados en varios niveles normativos se produzcan tanto *antinomias* como *lagunas*. Esta posibilidad es un corolario de la normatividad fuerte asociada a las constituciones del modelo garantista del constitucionalismo rígido, cuyo rasgo característico es, precisamente, el espacio virtual que el mismo abre a la existencia del *derecho ilegítimo*, generado por el posible incumplimiento por el legislador, de la obligación de respetar y de actuar las normas constitucionales.

Es precisamente esta obligación de una legislación de actuación, consistente en la introducción de las garantías primarias y secundarias ausentes, la que el principio de plenitud impone al legislador y que integra la *garantía constitucional primaria positiva* de los derechos constitucionalmente establecidos. No es, pues, cierto que la falta de garantías legislativas primarias y secundarias equivalga a la inexistencia de cualquier obligación correlativa a tales derechos, con la consecuencia de que hay que abandonar la definición de «derecho subjetivo» como expectativa a la que corresponde un deber, o bien negar la existencia del derecho aun constitucionalmente establecido[19]. Existe una obligación: es la de introducir las garantías legislativas correspondientes a los derechos establecidos. Se trata de una *garantía débil* en un doble aspecto: en primer lugar

18. M. Bovero, «Derechos, deberes, garantías», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 237-238.

19. Es lo que sostiene Guastini en «Tres problemas», cit., pp. 57-59.

porque es, por así decirlo, una meta-garantía, consistente en la obligación de introducir legislativamente las *garantías fuertes* constituidas por las garantías *primarias* y *secundarias* correspondientes al derecho fundamental constitucionalmente establecido; en segundo lugar por la dificultad de asegurar la efectividad a través de una garantía constitucional positiva secundaria como es la identificación jurisdiccional de las lagunas, es decir, de las violaciones de la constitución por omisión[20].

En efecto, según el principio de plenitud, los derechos fundamentales establecidos por las constituciones requieren casi siempre leyes de actuación que dispongan sus garantías, al no resultar estas producidas contextualmente con los mismos derechos garantizados, como sucede con los derechos patrimoniales. Esto vale evidentemente para todos los derechos sociales, como el derecho a la salud o a la educación, y para los mismos derechos de inmunidad frente a lesiones penales, los cuales, en ausencia de una legislación social en materia de asistencia sanitaria y de educación, de las normas penales que prohíban y sancionen sus lesiones, o de las garantías procesales de la libertad personal —esto es, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— están destinados a quedarse en el papel. Pero ciertamente, en estos casos, no se dirá que no existen las obligaciones correspondientes a los derechos constitucionalmente estipulados y que por eso, sobre la base de la definición de derecho subjetivo, tales derechos no existen. En efecto, pues existe la obligación constitucional de introducir las garantías fuertes, es decir, de colmar las lagunas, que solo el legislador puede satisfacer. Una obligación que, como garantía constitucional positiva, advera y satisface la tesis teórica del nexo de implicación ente derechos y garantías. Añadiré que esta es la principal tarea de la política, que no se agota en las actividades conectadas con la esfera de lo decidible, sino que incluye sobre todo la implementación de la esfera de lo indecidible, esto es la introducción de las garantías correspondientes, que es en lo que consiste la construcción jurídica de la democracia; y que según se verá en el § 5.6 a propósito de la experiencia brasileña se puede muy bien transmutar la garantía positiva débil de producir leyes de actuación en una garantía negativa fuer-

20. He llamado 'garantía débil' a la obligación de garantizar, correlativa a la expectativa expresada en un derecho fundamental normativamente establecido, y 'garantía fuerte' a la obligación de prestación, por ejemplo escolar o sanitaria, introducida por la actuación obligatoria de la garantía débil: la primera es una obligación impuesta al legislador, y puede suceder que este no la actúe, dando así lugar a una laguna; la segunda concierne a los aparatos institucionales y a sus funcionarios instituidos en actuación de la primera (PI I, § 9.14, 10.20, 10.21, 11.17 y 12.14, pp. 525-526, 653, 659-660, 865-867 § 13.15 y 13.19, pp. 78-79 y 93). Acerca del problema de las lagunas sobre el que volveré en los § 3.5, 5.6 y 5.8, véase M. Carbonell (ed.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México D.F., 2003.

te, capaz por ejemplo de excluir como inválidas leyes financieras que no destinen cuotas mínimas del presupuesto nacional a la satisfacción de los derechos sociales.

2.5. *El constitucionalismo como nuevo paradigma.* Se entiende como la concepción compleja y multidimensional de la democracia propuesta por el constitucionalismo garantista sea capaz de superar las aporías y las posibles falacias en las que incurre, como se ha visto en el § 1.4, la noción solamente política de democracia. En efecto, únicamente la imposición y el reconocimiento de límites y vínculos a los poderes de la mayoría y del mercado, merced a normas constitucionales rígidamente supraordenados a ellos, permiten no solo dar cuenta de la dimensión sustancial de las actuales democracias constitucionales, sino también poner a cubierto de sí misma, o sea, de los excesos de poderes ilimitados y virtualmente salvajes, a la propia democracia política o formal.

Por lo demás, no es casual que el constitucionalismo sea un nuevo paradigma tanto del derecho como de la democracia, generado por una refundación del uno y de la otra tras las tragedias que enlutaron la primera mitad del siglo pasado: los totalitarismos y las guerras mundiales. Entonces, luego de que el poder de las mayorías hubiera permitido el advenimiento de las dictaduras, se descubrió el significado de «constitución» como conjunto de límites y vínculos a los poderes públicos, estipulado un siglo y medio antes por el art. 16 de la Declaración de 1789: «Toda sociedad en la que no estén aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de poderes no tiene constitución»; que son exactamente los dos principios que el fascismo había negado y que son la negación del fascismo. De aquí la estipulación, en las constituciones rígidas de la segunda posguerra y simultáneamente en la Carta de la ONU y en tantas cartas internacionales de derechos, de lo que ninguna mayoría puede hacer y de lo que cualquier mayoría debe hacer, es decir, la no derogabilidad de los pactos constitucionales y de sus cláusulas, a comenzar por el principio de la paz y de los derechos fundamentales.

De aquí se ha seguido un cambio estructural de paradigma tanto del derecho como de la política y de la democracia y, por consiguiente, de la ciencia jurídica. Este cambio ha sido negado por muchos teóricos y filósofos del derecho, sobre todo de orientación positivista, según los cuales el constitucionalismo rígido se habría limitado simplemente a introducir un ulterior nivel normativo en la estructura gradual del ordenamiento[21].

21. Véanse, por su claridad, las tesis sostenidas por Francisco Laporta, en M. Atienza, «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta»: *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho* 31 (2009), pp. 209-223, y por R. Guastini, «A proposito di neo-costituzionalismo»: *Teoria politica* (2011), pp. 147-158.

Esta es una vieja cuestión, sobre la que en estos años se han producido numerosos debates[22]. Por eso, en los tres parágrafos siguientes pondré de manifiesto nueve elementos de discontinuidad entre el paradigma legislativo y el constitucional: *a*) tres relativos al derecho, es decir, a las más complejas condiciones de validez de las normas de ley, que ya no se limitan a las formas sino que se extienden también a los contenidos de la producción legislativa; *b*) tres relativos a la democracia, esto es, a los límites y a los vínculos sustanciales impuestos a la política y a la democracia política por los derechos constitucionalmente establecidos y por las correspondientes garantías; *c*) tres relativos a la ciencia jurídica, o sea, a la insostenibilidad del viejo método técnico-jurídico y al nuevo estatuto epistemológico impuesto por el paradigma constitucional al modo científico de abordar el estudio del derecho.

2.6. *A*) *El constitucionalismo y el cambio de paradigma del derecho. El derecho ilegítimo*. Comenzaré por el primer orden de transformaciones. El rasgo distintivo del paradigma constitucional reside en la feliz ambivalencia de las normas sustanciales sobre la producción legislativa formuladas en las actuales constituciones rígidas. Estas normas, consideradas *ex parte populi*, son *derechos* fundamentales de los que son *titulares* las personas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar; consideradas *ex parte principis* son, en cambio, *reglas* que tienen como *destinatarios* de su contenido prescriptivo a los poderes públicos, comenzando por el poder legislativo, y de cuyo respeto depende la validez sustancial de su ejercicio.

Este doble valor de las normas constitucionales sustanciales sobre la producción, en el que insistiré en el § 3.5, representa la primera gran

22. Me limitaré a recordar las críticas dirigidas a mi tesis del cambio de paradigma por R. Guastini, «Rigidez constitucional», cit., pp. 245-249; Íd., «Garantismo e dottrina pura a confronto», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo*, cit., § 7.5, pp. 123-124; C. Luzzati, «I Principia iuris di Luigi Ferrajoli, tra logica e ideologia», *ibid.*, pp. 130 ss.; J. Moreso, «Sobre los conflictos entre derechos», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., pp. 159-170; Íd., «Sobre 'La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos' de Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, § 2 y 3, pp. 119-127; Íd., «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista»: *Doxa* 31 (2008), § 2, pp. 281-283; P. Comanducci, «'Constitucionalismo': problemas de definición y tipología»: *Doxa* 34 (2011), § 4, pp. 99-100; L. L. Hierro, «Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli», *ibid*, § 2, pp. 155-156; F. Laporta, «Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo», *ibid*, pp. 167-181. Véanse mis respuestas en *Garantismo. Una discusión*, cit., § 4.2-4.4, pp. 69-81; «Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso», en L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., § 5 y 6, pp. 207-216; «Principia iuris. Una discusión teórica», cit., § 2.2, pp. 410-413; «Intorno a 'Principia iuris'», cit., § 14.2.5, pp. 272-276; «El constitucionalismo garantista entre páleo-iuspositivimo y neo-iusnaturalismo»: *Doxa* 34 (2011), § 2, pp. 317-323.

innovación del paradigma constitucional según el modelo garantista. En efecto, pues de él se siguen sus dos importantes caracteres distintivos en relación con el paradigma legislativo, fundado únicamente sobre normas sobre la producción de carácter formal. En primer lugar, gracias a la positivización de los derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a la totalidad del ordenamiento, el paradigma constitucional invierte, junto con la noción de soberanía, la relación entre instituciones políticas y personas, haciendo a las primeras funcionales a la garantía de los derechos de las segundas, como su «razón social»[23]. En efecto, pues aquellos derechos están atribuidos a todas las personas de los gobernados y, al mismo tiempo, imponen, en garantía de ellos mismos, límites y vínculos a todos los poderes gobernantes. En segundo lugar, gracias a las garantías de tales derechos, consistentes en las prohibiciones y en las obligaciones correspondientes a estos mismos a cargo de la esfera pública, hace su virtual e inevitable comparecencia, dentro de la estructura normativa del paradigma constitucional, la figura del derecho ilegítimo, impensable en el viejo paradigma legislativo y negada por Kelsen como contradicción en los términos. Ilegítimo por acción, cuando el ejercicio inválido de los poderes legislativos produzca leyes en contradicción con las prohibiciones constitucionales; o bien por omisión, cuando por falta de ejercicio del poder legislativo dejen de producirse leyes de actuación de las obligaciones igualmente impuestas al mismo por la constitución. Cambian, pues, como se ha visto en los § 1.5-1.7, las condiciones de validez de las leyes, que ahora dependen del respeto no solo de las normas procedimentales sobre la formación sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, o sea de su coherencia o compatibilidad con los principios de justicia establecidos por la constitución.

Como han observado mis críticos, ciertamente, los desniveles legislativos se dan también en el estado legislativo de derecho: entre la ley, de un lado, y los reglamentos, los negocios, las sentencias y los actos administrativos, del otro. Por estos últimos actos la divergencia entre la validez y la existencia está presente también en el viejo estado legislativo de derecho, de tal modo que la única innovación sería solo de orden cuantitativo: residiría en el hecho de que la divergencia y la consiguiente, virtual invalidez sustancial se han extendido ahora también a las leyes. Pero existen tres diferencias fundamentales de carácter estructural entre la ley y todos los demás actos jurídicos prescriptivos que comportan, por efecto de la sujeción también de las normas legislativas a normas sustanciales sobre su producción, un cambio de estructura del sis-

23. Sobre la noción de «razón social» y sobre la paralela de «norma de reconocimiento», remito, respectivamente, a las notas 8 y 4 del primer capítulo.

tema jurídico en su totalidad. Las dos primeras diferencias son relativas a lo que la ley regula, la tercera es relativa a las normas por las que esta es regulada.

La primera diferencia se refiere al objeto regulado por las normas con rango de ley. Solamente estas están destinadas a ser ulteriormente aplicadas en la producción de otros actos lingüísticos preceptivos, ya sean negociales, administrativos o judiciales. Solo las normas con rango de ley son normas sobre la producción de tales actos, a los que imponen la conformidad con las formas y la coherencia con los significados establecidos por ellas: en concreto, normas formales sobre su formación, como son todas las normas procedimentales en cuya 'aplicación formal' consisten tales actos, o normas sustanciales a cuyo 'respeto' o a cuya 'aplicación sustancial' están vinculados tales actos. Los jueces están subordinados[24] solamente a las leyes, y no a otros actos preceptivos. En fin, solamente las normas con rango de ley generales y abstractas modifican la lengua jurídica, dictando al lenguaje jurídico en el que se formulan todos los demás actos jurídicos tanto las reglas sintácticas de formación como las reglas semánticas de uso de los supuestos legales. Por el contrario, todos los demás actos preceptivos, de los que siempre ha sido predicable la posible invalidez tanto formal como sustancial por contradicción con las leyes, no inciden sobre la lengua, sino que son actos de lenguaje, es decir, de uso de la lengua jurídica. No están destinados a ulteriores aplicaciones jurisdiccionales. No lo están por su naturaleza todos los actos singulares, que no consisten en normas sobre la producción de otros actos, como los negociales, las decisiones administrativas y las judiciales. Pero no lo están tampoco los reglamentos, los cuales, además de ser muy raramente normas sobre la producción de otros actos preceptivos, de ser inválidos, están destinados no a ser aplicados sino a ser inaplicados.

Hay una segunda, decisiva diferencia en el objeto regulado. La invalidez, tanto formal como sustancial, de todos los actos preceptivos que no consisten en leyes está destinada a ser sanada, en garantía de la certeza del derecho, cuando no sea denunciada y comprobada con éxito en los plazos legales. Por ejemplo, la acción de anulación del contrato por incapacidad de las partes o vicios del consentimiento prescribe a los cinco años, según el art. 1442 del Código Civil italiano. Incluso la nulidad, dice el mismo artículo, no impide la usucapión. Igualmente sanable es la invalidez de las resoluciones administrativas, mediante convalidación o por aquiescencia de la parte interesada en hacerla valer en un plazo determinado. Y lo es también, obviamente, la invalidez de las sentencias,

24. Sobre las nociones de 'respeto', 'aplicación', 'aplicación formal' y 'aplicación sustancial', y sobre las nociones correlativas extensionalmente equivalentes de 'coherencia', 'correspondencia', 'conformidad' y 'subsunción', remito a PI I, § 9.15-9.16, pp. 525-534.

todas destinadas a producir el efecto de cosa juzgada. Para todos estos actos, consecuentemente, ha parecido durante largo tiempo plausible la equivalencia entre existencia y validez: porque los mismos se convierten en válidos en todo caso, de no ser anulados en los plazos previstos. Por el contrario, la invalidez de las leyes es insanable, al ser siempre denunciable hasta su verificación y consiguiente anulación jurisdiccional. El rechazo de la excepción de inconstitucionalidad de una determinada norma legal por parte de un tribunal constitucional no impide una posterior declaración de inconstitucionalidad. Las sentencias constitucionales que declaran la validez de una ley nunca producen el efecto de cosa juzgada. En otras palabras, una ley inválida no puede sobrevivir válidamente como tal en el ordenamiento, sino que es siempre susceptible de ser anulada. Este es un rasgo estructural del paradigma del constitucionalismo rígido: si la invalidez de una ley fuese sanable mediante el enjuiciamiento constitucional, la constitución no sería rígida.

En fin, hay una tercera diferencia entre la ley y todos los demás actos jurídicos preceptivos, en este caso relativa a las normas por las que la ley es regulada, es decir, a las normas constitucionales sobre su producción dotadas de un grado más o menos elevado de rigidez[25]. Esta tercera diferencia ha sido lúcidamente señalada por María Cristina Redondo[26]. En el estado legislativo de derecho, ha observado Redondo, existía una autoridad ilimitada: la autoridad de la ley, en cuya producción, no sujeta a límites y a vínculos, se manifestaba el último residuo del gobierno de los hombres. La Constitución ha sometido al derecho también esta última autoridad ilimitada, estipulando la que he llamado la «esfera de lo indecidible» y suprimiendo, con ello, también esta última forma de soberanía como *potestas legibus soluta*. Así, la diferencia del viejo modelo páleo-positivista no está solamente ligada a la específica colocación jerárquica de la constitución. No consiste solo en un ulterior escalón, o anillo en la cadena de desniveles normativos, sino que consiste en la estipulación del carácter limitado de cualquier poder o fuente normativa[27]. En efecto, en la democracia constitucional, el acto constituyente es el pacto de convivencia mediante el que resultan rígi-

25. Podrá tratarse de rigidez absoluta o de rigidez relativa, una y otra extendidas a toda la constitución o a normas singulares de esta. Un constitucionalismo democrático rígido debería, a mi juicio, sustraer a la revisión el conjunto de las condiciones de democraticidad estipuladas en PI I, § 12.10, en la definición D12.22: la representatividad política de las funciones de gobierno, la separación de estas de las de garantía, y los derechos fundamentales establecidos en las constituciones como vitales, cuya expansión debería admitirse, pero no su supresión o su restricción. Una rigidez absoluta de este género es la establecida por el art. 288 de la Constitución portuguesa y por el art. 60 de la brasileña.

26. M. C. Redondo, «El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica»: *Doxa* 34 (2011), pp. 245-264.

27. *Ibid.*, pp. 250-252.

damente establecidos límites y vínculos a cualquier autoridad; con lo que toda autoridad aparece constituida como «autoridad limitada»; los individuos pactan la esfera de lo que ninguna autoridad puede decidir o no decidir; y, en síntesis, se concuerda el paradigma constitucional mismo y se completa, mediante la sujeción de cualquier poder a la ley, el modelo del estado de derecho. Por eso el poder constituyente no existe si no es en el ejercicio concreto y se agota, como poder ilimitado, con su ejercicio[28]. Porque, en la democracia constitucional, su ejercicio genera el pacto sobre los límites de cualquier autoridad por él constituida y por lo mismo sometida también a él. Por eso su efectividad viene a coincidir con la condición social de su legitimidad, al consistir, escribe Redondo, en la «efectiva aceptación de la idea del gobierno de la ley sobre la voluntad de los hombres en sustitución de la vieja idea de la autoridad ilimitada»[29].

2.7. *B*) *El constitucionalismo y el cambio de paradigma de la democracia. Los derechos fundamentales como fragmentos de soberanía popular.* Se llega así al segundo orden de transformaciones generadas por el paradigma constitucional: la dimensión sustancial injertada en la democracia —y no solo en las condiciones de validez de las normas con rango de ley— por los límites y los vínculos de contenido impuestos a los poderes políticos por los principios y los derechos constitucionalmente establecidos.

Tales límites y vínculos y el consiguiente control de constitucionalidad son a veces concebidos y contestados como una limitación o, lo que es peor, como una negación de la democracia[30]. A mi juicio, esta tesis debe ser rebatida. Ciertamente, al estipular, como acaba de decirse, el carácter limitado de cualquier poder, las constituciones rígidas imponen límites y vínculos de contenido también a los poderes políticos en los que se expresa la democracia representativa. Sin embargo, precisamente gracias a estos límites y vínculos sustanciales el paradigma constitucional —además de poner a la democracia al reparo de sí misma, como se ha dicho— es capaz de integrar, y por así decirlo, de reforzar la propia noción de democracia política y la de soberanía popular que subyace a

28. En este sentido véanse en PI I, § 12.2, pp. 805-807, las tesis T12.14-T12.17.

29. M. C. Redondo, «El paradigma constitucionalista», cit., p. 250.

30. Véanse, por ejemplo, las tesis en defensa de la primacía de la dimensión política de la democracia «modelo Westminster» y la consiguiente oposición y desconfianza hacia el papel de control sobre la legislación de los tribunales constitucionales, manifestadas por autores como Jeremy Waldron y Richard Bellamy en los trabajos arriba citados, en la nota 17 del primer capítulo. En el mismo sentido, cf. también A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma/Bari, 2003; Íd., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Ets, Pisa, 2010.

ella. En efecto, todos los derechos fundamentales —los derechos de libertad y los derechos sociales, al igual que los políticos y civiles— forman la base de la igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, y por tanto aluden, de manera aún más intensa que el mismo principio de mayoría, a todo el «pueblo», refiriéndose a poderes y expectativas de *todos*. En efecto, pues ¿qué comportan si no las dos tesis antes ilustradas, *a*) que los derechos fundamentales no son predispuestos por normas, sino que son *normas* ellos mismos, y *b*) que, en las democracias constitucionales, tales normas están incluidas en las constituciones como otras tantas normas *sustanciales* sobre la producción, de grado supraordenado a cualquier otra? Comportan tres implicaciones, correspondientes a otras tantas diferencias y transformaciones estructurales con respecto al paradigma legislativo de la democracia formal y todas de enorme alcance a los fines de una teoría normativa no solo de la democracia constitucional, sino también de la democracia política.

La primera implicación es que todos los sujetos a los que están constitucionalmente atribuidos los diversos tipos de derechos fundamentales, en cuanto titulares de estos, lo son también de las normas sustanciales de las constituciones que se los confieren a la vez que los imponen a los poderes políticos como límites y vínculos condicionantes de la legitimidad de su ejercicio. Este es el primer rasgo distintivo de la democracia constitucional, ligado a la ambivalencia de las normas que establecen derechos fundamentales, de la que ya he hablado. Decir que tales derechos, en virtud de su forma lógica universal, no son otra cosa que las normas que los enuncian, equivale a afirmar que la parte sustancial de la constitución es «imputada», en el sentido técnico-jurídico del término, a todos y a cada uno, es decir, al pueblo entero y a cada persona que lo compone[31]. A ello se debe la natural rigidez de las constituciones[32]: los derechos fundamentales, y por consiguiente las normas constitucionales en que consisten, precisamente porque son derechos de todos y de cada uno, no son suprimibles ni limitables por mayoría. En efecto, la mayoría no puede disponer de lo que no le pertenece. Si todos y cada uno somos titulares de la constitución en cuanto titulares de los derechos fundamentales adscritos en ella, la constitución es patrimonio de todos y de cada uno, y ninguna mayoría política puede violarlos sino con un golpe de estado y una ruptura ilegítima del pacto de convivencia. Por eso, una vez estipulados cons-

31. Véanse las tesis 12.168-T12.171, en PI I, § 12.16, pp. 875-877, y en particular el teorema T12.168, según el cual los titulares de los derechos fundamentales establecidos por una constitución son además titulares de las normas constitucionales de las que sus derechos son expresión. Pero véanse antes aún las tesis T11.8 y T11.16-T11.20, *ibid.*, § 11.1, pp. 687-690, según las cuales los derechos fundamentales, en cuanto universales, son normas, y precisamente normas téticas.

32. En el sentido ilustrado por Alessandro Pace en los escritos citados en la nota 5.

titucionalmente, los derechos fundamentales no son disponibles por las contingentes mayorías y deberían ser también sustraídos al poder de revisión; o, mejor, debería únicamente admitirse su ampliación pero nunca su restricción, y, menos aún, su supresión.

De aquí se sigue una segunda implicación: el cambio de sentido del principio de la soberanía popular, en relación con la democracia solo política o formal. La constitucionalización de los derechos fundamentales, al elevar estos a la categoría de normas supraordenadas a cualquier otra norma del ordenamiento, confiere a sus titulares —es decir, a todos los ciudadanos y a todas las personas de carne y hueso— una posición a su vez supraordenada al conjunto de los poderes, públicos y privados, que están vinculados y funcionalizados al respeto y la garantía de ellos mismos. Es en esta común titularidad de la constitución, consiguiente a la titularidad de los derechos fundamentales, donde reside la soberanía popular en el único sentido en que en que esta vieja categoría es compatible con el paradigma constitucional: como *garantía negativa*, en el sentido de que la soberanía popular pertenece *solamente* al pueblo y a nadie más, y ningún poder constituido puede apropiársela; y como *garantía positiva*, en el sentido de que esta, al no ser el pueblo otra cosa que la suma de las personas que lo componen, equivale a la suma de los derechos fundamentales de que todos y cada uno son igualmente titulares y por eso consisten en otros tantos fragmentos de soberanía. La propia democracia política resulta así integrada y reforzada. Esta consiste en la atribución a todos y cada uno, no solo de los derechos políticos, es decir, de los poderes de elección de sus representantes, sino también de todos esos contrapoderes que son los derechos de libertad y los derechos sociales, o sea, de las situaciones jurídicas supremas a las que todos los poderes constituidos están subordinados como a su razón de ser y que no pueden ser arrumbadas por ninguno de ellos.

No menos importante en el plano teórico es la tercera implicación. Esta consiste en el fundamento axiológico y democrático del derecho y de las instituciones políticas positivamente enunciado por las normas constitucionales. En la tradición filosófico-jurídica, incluso en la positivista, era obligado ver, en el origen y en la base del ordenamiento, un fundamento no positivo, identificado en el imaginario político del estado liberal, según las ocasiones, con entidades metafísicas como la Nación, el cuerpo social, el pueblo o la voluntad general, o bien, como en las doctrinas iusnaturalistas, con el derecho natural o con valores morales tendencialmente absolutos, o también, como en la teoría kelseniana, con la norma fundamental, que ciertamente no es una norma positiva, dado que no ha sido puesta por ninguna autoridad ya que es solo una hipótesis teórica. El constitucionalismo rígido barre todos estos oscuros bajos fondos ideológicos. Las constituciones democráticas,

gracias a su rigidez, declaran explícitamente el fundamento a la vez positivo y axiológico del ordenamiento, identificándolo con el pacto constitucional, y, más precisamente, con las garantías de los derechos fundamentales estipulados en él como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. También bajo este aspecto el iusconstitucionalismo ha completado el paradigma del positivismo y, al mismo tiempo, el proceso de secularización del derecho y de las instituciones políticas. A diferencia de lo sucedido en el estado legislativo, ahora, el fundamento del estado constitucional se identifica explícitamente con un fundamento de derecho positivo: la estipulación de los derechos fundamentales en virtud del pacto constituyente, que consiste en un acto empírico históricamente determinado, de igual modo que son empírica e históricamente determinados el poder constituyente del que aquel es ejercicio y los sujetos constituyente del que él mismo es producto. En efecto, la novedad del constitucionalismo no consiste en haber introducido el «deber ser jurídico»[33], que obviamente es común a todos los ordenamientos en relación con los comportamientos por ellos regulados, incluidos los actos que son a su vez prescriptivos. Esta consiste en haber pactado y hecho transparente el fundamento axiológico, además de positivo, del artificio jurídico e institucional, a través de la estipulación del deber ser (o no ser) de la producción legislativa misma: de lo que ningún poder representativo puede decidir y de lo que cualquier mayoría de representantes debe decidir. Tal es el cambio de paradigma quizá más significativo. Los viejos desniveles presentes en el estado legislativo de derecho no tenían que ver con la legalidad, no incidían sobre el poder político, no generaban límites y vínculos a la legislación y con ello a la omnipotencia de las mayorías. Lo prueba el hecho de que tales desniveles y los vicios consiguientes están relacionados con actos subordinados a las leyes y no destinados, como estas, a ser aplicados por los jueces y a entrar a formar parte del universo normativo que es objeto de las correspondientes disciplinas jurídicas, son plenamente compatibles con la omnipotencia del legislador y no es casualidad que hayan sido siempre ignorados por el constitucionalismo político. Además, el paradigma constitucional asigna al derecho positivo un fundamento axiológico (no de carácter objetivo y menos aún absoluto, rechazado por él al igual que el *surplus* de legitimación apriorística que aportaría sino) político y social, provisional y contingente en cuanto siempre abierto a las expansiones de su modelo garantista, demandadas a veces por las reivindicaciones de nuevos derechos y frente al desarrollo de nuevos poderes.

33. Es la tesis que me atribuyen F. Laporta, «Sobre Luigi Ferrajoli», cit., p. 172 y L. Hierro, «Sobre la odisea constitucionalista», cit., p. 155.

Solo de este modo, a través de su funcionalización a la garantía de diversos tipos de derechos fundamentales como factores de la dignidad de la persona, el estado constitucional de derecho llega a configurarse como «estado instrumento» para fines que no son suyos. En efecto, pues los «fines», es decir, la razón de ser o «razón social» asignada por el constitucionalismo garantista a esos artificios que son el estado y las demás instituciones políticas, son las garantías de los derechos fundamentales, del derecho a la vida a los derechos de libertad y a los derechos sociales. El significado profundo de la democracia consiste en esta relación entre medios institucionales y fines sociales y en la consiguiente primacía de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas de carne y hueso sobre las máquinas políticas y los aparatos administrativos, del punto de vista externo de las primeras sobre el punto de vista interno de las segundas. Es precisamente esta concepción garantista del constitucionalismo la que, sobre todo en tiempos como los que estamos viviendo, debe ser afirmada y defendida frente a las derivas mayoritarias de la democracia representativa y sus degeneraciones populistas y videocráticas y, por otro lado, frente a las análogas pretensiones absolutistas y la misma resistencia a los límites y controles por parte de los poderes económicos del mercado.

2.8. C) *El constitucionalismo y el cambio del estatuto epistemológico de la ciencia del derecho. Una cultura jurídica militante.* Hay, en fin, un tercer orden de caracteres distintivos del paradigma constitucional sugerido por el constitucionalismo garantista: es el cambio de rol que aquel asigna a la ciencia jurídica. Lo que he llamado lo «indecidible (que o que no)» estipulado en las constituciones rígidas es claramente un indecidible de carácter deóntico o normativo: lo que deónticamente no puede decidirse, esto es, la violación de los derechos de libertad, puede serlo de hecho; y lo que deónticamente no puede dejar de decidirse, es decir, la satisfacción de los derechos sociales, de hecho puede no serlo. Como he dicho en ocasiones, pueden producirse violaciones de la constitución por acción, o sea, *antinomias* consistentes en la indebida producción de normas inválidas, y violaciones por omisión, es decir, *lagunas* consistentes en la asimismo indebida no-producción de leyes de actuación. De aquí la virtual divergencia deóntica entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del derecho, en la que reside el principal defecto pero también, repito, la mayor virtud del estado constitucional de derecho: la aparición del *derecho ilegítimo*, gracias a la rigidez de las actuales constituciones. Esto comporta un cambio de estatuto de la ciencia jurídica, investida de un rol crítico y proyectivo en relación con su propio objeto: crítico en relación con las antinomias, cuya supresión le corresponde reclamar, proyectivo frente a las lagunas, cuya subsanación le corresponde reclamar.

Este papel crítico y proyectivo, y no simplemente descriptivo, de la ciencia jurídica ha sido y es aún negado por gran parte de la cultura positivista[34]. En los orígenes de esta negación está seguramente la tesis kelseniana y bobbiana de la equivalencia de validez y existencia y por eso la exclusión del derecho ilegítimo. Pero la avaloratividad de la ciencia del derecho sigue siendo defendida por la escolástica positivista, incluso después de reconocer que tal equivalencia, innegable en el paradigma legislativo, se ha hecho insostenible en el paradigma constitucional. Como se dice en el § 1.6 a propósito del pensamiento de Bobbio, esta tesis de la avaloratividad es más bien un autónomo postulado metateórico, convenientemente apoyado, más que fundado, por la tesis teórica de la identidad de validez y existencia. Tengo, además, la impresión de que aquella es también reflejo de un equívoco epistemológico que, gracias al aval de Kelsen y de Bobbio, ha pesado y sigue pesando sobre los estudios de teoría del derecho, impidiendo captar su dimensión pragmática. El equívoco consiste en la identificación de (teoría) «formal» o «pura» con (teoría) «avalorativa» y/o «descriptiva». Pero «formal», como término metateórico asociado a la teoría del derecho y a los conceptos teóricos, no equivale en modo alguno a «avalorativa» y menos aún a «descriptiva». Ciertamente, la teoría del derecho es una teoría formal —como dice Bobbio[35] o «pura» como la llama Kelsen—, hasta el pun-

34. Me limito a citar, contra las tesis del papel inevitablemente crítico y normativo de la ciencia jurídica en el paradigma constitucional, las críticas que me han dirigido: A. Ruiz Miguel, «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios*, cit., pp. 211-232, y R. Guastini, «Rigidez constitucional», cit., pp. 245-249, a los que he respondido en *Garantismo. Una discusión*, cit., cap. IV, pp. 63-81; P. Comanducci, «Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali», en *Analisi e diritto, 2002-2003*, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 317-329, a quien he respondido en «La pragmatica della teoria del diritto», *ibid*, en particular en el § 7, pp. 372-375. Críticas en parte diversas me han dirigido: R. Guastini, «Algunos aspectos de la metateoría de *Principia iuris*»: *Doxa* 31 (2008), pp. 253-260, al que he respondido en «Principia iuris. Una discusión teórica», *ibid.*, § 1.2, pp. 398-402. Véase también la crítica positivista de la tesis del carácter no valorativo de la ciencia jurídica en el actual paradigma constitucional en PI I, Introducción, § 6, pp. 24-30.

35. Según Norberto Bobbio, «la teoría general del derecho es una teoría *formal* del derecho, en el sentido de que estudia el derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma con independencia de los valores a los que sirve y del contenido que encierra esta estructura» (N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1955, p. VI). «Es inútil decir que esta idea», añade Bobbio, «en la forma en que más se la conoce, fue elaborada por Kelsen», cuya «doctrina» o «teoría pura» es, por eso, «formal» en el sentido indicado. La misma caracterización de la teoría del derecho como «teoría formal» fue retomada por Bobbio en *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pp. 3-7, 34-40 y 145-147. Sobre el carácter «formal» de las tesis teóricas, remito a las aclaraciones desarrolladas con reiteración a propósito de mi definición de «derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., I, § 1 pp. 19-24; II, § 1 y 5, pp. 141-153 y 172-174; III, § 1 y 4, pp. 287-300, 314-329 y, sobre todo, en la Introducción a *Principia iuris*. No es inútil repetir que, como se dice en la nota 26 del anterior ca-

to de que en *Principia iuris* he llevado a cabo una formalización y una axiomatización de la misma. Lo es en el sentido de que esta, de por sí, es solo una sintaxis —la sintaxis de ese universo lingüístico que es el derecho positivo— que como tal no nos dice nada sobre los contenidos de los concretos ordenamientos, es decir, sobre lo que el derecho dispone o sobre lo que es justo que disponga o sobre cómo funciona de hecho, sino que se limita a estipular conceptos y tesis capaces de explicar y de analizar la estructura de cualquier fenómeno jurídico. Pero precisamente por ser formal, esto es, fruto de una construcción lógica basada en asunciones estipuladas por el propio teórico, la teoría no puede ser puramente descriptiva y avalorativa: de un lado, porque si fuese descriptiva de los contenidos empíricos de un ordenamiento dado o de su deber ser, no sería formal ni formalizable en el sentido que acaba de ilustrarse sino que equivaldría a la dogmática jurídica de ese mismo ordenamiento; del otro porque las asunciones de la teoría, comenzando por las definiciones, implican siempre opciones, que, como tales, no son ni verdaderas ni falsas. Pero sobre todo la teoría no puede ser exclusivamente descriptiva porque no puede no postular la coherencia y la plenitud de las tesis que hablan del derecho positivo y, consecuentemente, del derecho positivo consigo mismo: una coherencia y una plenitud que de hecho pueden también faltar, a causa de la divergencia deóntica que virtualmente existe entre el ser (legislativo) y el deber ser (constitucional) del derecho.

Naturalmente, esta dimensión no puramente descriptiva, sino también valorativa y prescriptiva sugerida por la teoría a las disciplinas jurídicas positivas es solo y puramente jurídica; mientras la valoración ético-política es competencia de la filosofía política, incluso si realizada por el jurista cuando formula críticas abierta y explícitamente políticas. Por eso, en sede de meta-ciencia jurídica, es útil distinguir, entre las que llamaré «avaloratividad interna» y «avaloratividad externa». La *avaloratividad externa*, no ligada a la naturaleza y a la estructura del derecho, es un valor constitutivo de la investigación y del discurso científico del jurista: consiste en la imparcialidad y en la ausencia de condicionamientos ideológicos o políticos, es decir, en el hábito deontológico de neutralidad y objetividad que se exige a toda investigación científica. Otra cosa es la *avaloratividad interna*, esto es, la exclusión de juicios de valor en la construcción del discurso científico, vedada, en cambio, a la teoría del derecho por razones epistemológicas, o sea, por el carácter

pítulo, «formal» en el sentido aquí indicado, es decir, como predicado metateórico de los conceptos y de los asertos de la teoría, no tiene nada que ver con el significado de «formal» como término teórico, referido a la «forma» de los «actos formales» de la que dependen su «validez formal» y la dimensión «formal» de la democracia, ambas ligadas a la observancia de las normas a su vez «formales» sobre la producción.

estipulativo de los postulados y las definiciones, y a las disciplinas positivas por razones más propiamente jurídicas. De una parte, por las opciones interpretativas impuestas por el carácter a veces vago y valorativo del lenguaje legal; de otra, y sobre todo, por el desnivel normativo entre constitución y ley ordinaria que impone la valoración y la crítica de las violaciones de una por parte de la otra, ya consistan en antinomias o en lagunas.

En esta divergencia interna al derecho entre niveles normativos —conexa a la doble dimensión de «norma» y de «hecho» a su vez regulado por normas, asumida por la legalidad ordinaria en el estado constitucional de derecho— es donde reside el rasgo distintivo del paradigma constitucional, caracterizado precisamente por la subordinación de la ley a los principios ético-políticos incorporados en él y que así, de ser fuentes de legitimación *política* o *externa*, han pasado a ser fuentes de legitimación (y, si fueran violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*. De aquí se siguen tres cambios en el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica: en la naturaleza de la teoría del derecho, en el papel de las disciplinas jurídicas positivas y en las relaciones entre la teoría y las disciplinas positivas, que en su conjunto integran la ciencia jurídica, con la filosofía política y con la sociología del derecho[36].

El primer cambio se refiere al estatuto metateórico de la teoría del derecho, concebida como la sintaxis del paradigma constitucional, en relación con la cual las disciplinas jurídicas positivas, la filosofía política y la sociología del derecho representan otras tantas interpretaciones empíricas o semánticas. Por tanto, la principal implicación metateórica de la divergencia interna entre los niveles normativos del paradigma constitucional tiene que ver con la relación entre la lógica y sus usos en la teoría del derecho, de un lado, y el derecho mismo, del otro; en particular, entre los principios lógicos *iuris tantum* de la coherencia y la plenitud formulados por la teoría y los concretos ordenamientos jurídicos, en los que no siempre tales principios son observados y, por ello, existen antinomias y lagunas estructurales generadas por la divergencia que virtualmente siempre existe entre normatividad y efectividad[37]. Por consiguiente, en el paradigma constitucional, coherencia y plenitud, demandadas por la lógica a la teoría del derecho y a las disciplinas jurídicas positivas como condiciones de consistencia de cualquier

36. PI I, Introducción; «Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo*, cit., pp. 15-32; «La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo e la funzione»: *Rivista di Filosofia del diritto* I/2 (2012), pp. 229-251.

37. Para un tratamiento más detallado de este asunto, remito a mi réplica, «La logica nel diritto e nella teoria del diritto», a los trabajos recogidos por L. Baccelli (ed.), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 113-151.

discurso sobre el derecho, no son ni pueden ser caracteres intrínsecos del derecho que es objeto de la teoría. Ello debido a que este derecho es un sistema nomodinámico, articulado en varios niveles, cada uno de los cuales es normativo en relación con el inferior y, así, puede ser violado o contradicho por este. En pocas palabras, la lógica es propia de los discursos *sobre el* derecho, mientras no lo es, aunque debería, del discurso *del* derecho positivo, en relación con el que desempeña un papel no descriptivo sino prescriptivo. Esto quiere decir que los principios de la lógica deóntica y todos los de la teoría que hacen uso de figuras deónticas —como la contradicción entre permitido y prohibido, o la implicación entre expectativa positiva y obligación correspondiente, expresadas respectivamente por los dos cuadrados de las oposiciones de los que he hablado desde los dos primeros capítulos de *Principia iuris*[38]— son principios *del* derecho pero no principios *en el* derecho. No consisten en principios *internos* del derecho positivo, es decir, en los que podemos llamar *principia iuris et in iure*, al no tener expresión, ni explícita ni implícitamente, en normas jurídicas. Es por lo que los he llamado *principia iuris tantum*: porque, como principios *externos* al derecho positivo, imponen a este en su conjunto, su «deber ser jurídico», esto es, la coherencia lógica con los *principia iuris et in iure* constitucionalmente establecidos, que, por su carácter nomodinámico, puede de hecho no tener, pero que, por la dimensión nomoestática injertada por las normas sustanciales sobre su producción, debería, lógica y jurídicamente, tener.

De aquí se sigue un segundo cambio epistemológico, que afecta a las disciplinas jurídicas de los diversos ordenamientos, y que consiste en el rol normativo que el paradigma teórico y formal de la democracia constitucional, estructurado en varios grados o niveles normativos, sugiere a aquellas que desarrollen en relación con el derecho positivo. En efecto, dentro de este paradigma, los principios teóricos formulados por la teoría como *principia iuris tantum* son, por un lado, principios analíticos lógicamente verdaderos, en cuanto descriptivos del modelo teórico; pero, por otro, son principios normativos que imponen al derecho, al igual que los principios de la lógica o de la matemática a los discursos que hacen uso de ellas, la coherencia y la plenitud en relación con los *principia iuris et in iure* estipulados por las normas constitucionales, en forma de derechos y principios de justicia. En definitiva, los principios de este segundo tipo —*iuris et in iure*— son principios axiológicos, pero son también principios internos de derecho positivo; mientras los principios del primer tipo —*iuris tantum*— son principios externos al derecho positivo, pero no son principios axiológicos, sino principios ló-

38. PI I, § 1.4, pp. 115-118 y § 2.3, pp. 145-151.

gicos, cuya normatividad no difiere de la de las reglas de la gramática y de la sintaxis. En suma, el paradigma constitucional, caracterizado por los desniveles normativos, de ser tomado en serio, postula una ciencia jurídica no puramente recognoscitiva, sino también crítica y proyectiva en relación con la virtual presencia de antinomias y lagunas: es decir, una teoría del derecho y una dogmática jurídica que, según una clásica tesis bobbiana, no pueden limitarse a decir «lo que el derecho es»[39], al no poder dejar de decir «lo que el derecho debe ser» y que asimismo forma parte, a un nivel normativo superior, del «derecho que es», aun cuando en los niveles normativos inferiores «ilegítimamente no es». De nuevo, y con mayor razón, se puede reiterar lo que escribió Gaetano Filangieri al comienzo de su *Ciencia de la legislación*: «en el día de hoy» no el derecho que es, sino «la legislación», es decir, el derecho que debe ser producido, es el «objeto común de los que piensan»[40].

De aquí el tercer cambio epistemológico, que tiene que ver con la dimensión pragmática de la ciencia jurídica en su conjunto y, en particular, con las relaciones entre la teoría del derecho, las disciplinas jurídicas positivas, de un lado, y la filosofía jurídica y la sociología del derecho, del otro. El viejo paradigma legislativo, dentro del cual coincidían validez y existencia de las normas, imponía a la ciencia jurídica un modo puramente descriptivo y avalorativo de tratar el derecho positivo, según el primero de los significados de positivismo jurídico indicados por Norberto Bobbio. Es a partir de estos presupuestos como el método técnico-jurídico, intolerante frente a cualquier contaminación de carácter político o sociológico, se impuso a la cultura jurídica como el único científico. De aquí el tradicional papel conservador de la ciencia jurídica, o cuando menos su rígida separación de la crítica del derecho, legítima tan solo desde el punto de vista político externo a él mismo, según la célebre máxima benthamiana[41]. El paradigma constitucional, al imponer a las disciplinas jurídicas positivas la crítica del derecho inválido y la proyección del derecho futuro, una y otra desde dentro del derecho positivo mismo, en cuanto ancladas en el respeto y la actuación de los principios democráticos positivamente incorporados a las constituciones,

39. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Laterza, Roma/Bari, 2011, cap. V, § 3, p. 88: «Como modo de aproximación al estudio del derecho, el positivismo jurídico se caracteriza por la neta distinción entre derecho real y derecho ideal, o, dicho con expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho como es y el derecho como debe ser; y por la convicción de que es el primero y no el segundo el derecho del que debe ocuparse el jurista».

40. G. Filangieri, *Ciencia de la legislación* (1780-1791), trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, I, Introducción, p. 2.

41. «Obedecer puntualmente, censurar libremente» (J. Bentham, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. e introd. de J. Larios Ramos, Aguilar, Madrid, 1973, Prefacio, p. 11).

ha cambiado la actitud de los juristas frente a su objeto de investigación, orientándola hacia la defensa y realización del proyecto constitucional.

Por lo demás, así se explica el papel progresista desempeñado en estos años por una parte de la ciencia jurídica. En efecto, el constitucionalismo garantista replantea de manera ineludible los nexos biunívocos entre derecho y política y entre ciencia jurídica, filosofía política y sociología del derecho, programáticamente ignorados y excluidos por el viejo método técnico-jurídico, promoviendo una cultura jurídica militante en defensa del orden constitucional y de los derechos fundamentales: una cultura que, por lo demás, exige no un menor sino un mayor rigor metodológico. En primer lugar, aquel replantea el nexo entre ciencia jurídica y política: la política y más aún las fuerzas sociales solicitan la reflexión de la ciencia jurídica sobre las nuevas instancias de garantía conexas a las reivindicaciones de nuevos derechos; a su vez, la ciencia jurídica, sugiere a la política las técnicas de garantía idóneas para censurar el derecho ilegítimo, para obtener sus correcciones y actuar los principios constitucionales, para limitar y disciplinar tantos poderes salvajes, públicos y privados, como inevitablemente se desarrollan en ausencia de reglas y controles adecuados. En segundo lugar, replantea los nexos y al mismo tiempo las diferencias metodológicas entre los diversos modos de aproximación al estudio del derecho: la teoría del derecho, que al ser una construcción artificial basada en asunciones y definiciones estipulativas puede —y si puede, entonces debe— ser elaborada en los términos más precisos y en las formas lógicamente más rigurosas; las disciplinas jurídicas positivas y dogmáticas, elaboradas sobre la base de la interpretación sistemática y del análisis del lenguaje legal y constitucional y orientadas a la crítica interna y a las propuestas de solución de las antinomias y de las lagunas; la filosofía política o de la justicia, basada en la argumentación moral y política y dirigida a la crítica externa del derecho y a su proyección y transformación; la sociología del derecho, es decir, la investigación empírica sobre el funcionamiento de hecho de este, que, a la vista de las disfunciones, carencias e iniquidades que ella pone de manifiesto, reclama a su vez el punto de vista crítico externo de la filosofía política y de la política. De aquí, en particular, un nuevo terreno de encuentro entre ciencia jurídica y filosofía política, después del largo divorcio declarado hace más de un siglo por la cultura jurídica sobre la base de la opción por el positivismo legislativo y por el viejo método técnico-jurídico: conceptos como libertad, igualdad y derechos humanos, nacidos en la filosofía política son hoy transitados en el cuerpo de los ordenamientos positivos y no pueden seguir siendo ignorados por la teoría del derecho. Pero, como se verá, es precisamente la ajenidad de tales conceptos a la teoría del derecho tradicional lo que está en el origen

del rechazo paleopositivista para concebir el constitucionalismo como un nuevo paradigma respecto del legislativo.

2.9. *La ajenidad de las nociones formales de 'derechos fundamentales' y de 'paradigma constitucional' a la teoría del derecho tradicional*. La literatura teórico-jurídica ignora la noción puramente formal de 'derechos fundamentales' y la normatividad sustancial que para tales derechos se deriva de su incorporación constitucional al vértice de los ordenamientos. Según creo, esta es una razón más que, junto a las otras tratadas en los parágrafos precedentes, explica y antes aún señala la falta de disposición de la cultura positivista a reconocer el evidente cambio de paradigma del derecho, de la política y de la ciencia jurídica producidos con el constitucionalismo rígido.

Para Kelsen los derechos fundamentales no son siquiera, en rigor, derechos subjetivos. «Los derechos políticos —escribe— comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales, que las constituciones de los Estados modernos regulan en cuanto garantizan la igualdad ante la ley, la libertad (es decir, inviolabilidad) de la propiedad, la libertad personal, la libertad de opinión (en especial, la libertad de prensa), la libertad de conciencia, incluyendo la libertad de religión, de asociación y de reunión, etcétera. Estas garantías establecidas en la constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos»[42]. Y más adelante: «En el análisis precedente de esos derechos y libertades fundamentales, se mostró que ellos, de por sí, no constituyen derechos subjetivos»[43]. En efecto, para Kelsen, solo los derechos patrimoniales son «derechos subjetivos» en el sentido técnico en que «el legislador concede al acreedor el derecho de exigir la devolución de su dinero y al propietario la facultad de disponer de su propiedad»[44]: esto es, en el sentido ya visto en el § 2.4, fruto de su concepción imperativista del derecho, de que sin sanciones y sin los deberes correspondientes —en otras palabras, sin las correspondientes garantías secundarias y primarias— no existen derechos subjetivos.

Por otra parte, no solo Kelsen, sino también Bobbio, Hart y Ross, cuando hablan de derechos fundamentales, no lo hacen en términos formales como de conceptos pertenecientes a la teoría del derecho, sino con referencia a sus contenidos concretos —en particular, a las clásicas libertades fundamentales— y, así, tratándolos como conceptos pertenecientes a la teoría política de la democracia. Otro tanto puede decirse

42. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., cap. IV, § 29, f), p. 152.
43. *Ibid.*, cap. VI, § 41 b), p. 306.
44. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., Primera parte, VI, C d), p. 94.

de muchos actuales teóricos del derecho, que han encontrado extraña e inaceptable mi definición formal —es decir, carente de connotaciones axiológicas o sustanciales, en cuanto perteneciente a la teoría formal del derecho— de los derechos fundamentales como derechos universales, atribuibles a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar, cualesquiera que sean en concreto, incluso si fútiles o, peor aún, moralmente reprobables[45], las expectativas positivas o negativas estipuladas con ellos[46]. Mientras nadie pondría en duda el carácter formal de las definiciones teóricas de conceptos como norma jurídica, obligación, prohibición, derecho subjetivo, validez u ordenamiento, a ninguna de las cuales se exige que diga, en términos axiológicos o sustanciales, cuáles son o sería justo que sean las normas, las obligaciones, las prohibiciones, los derechos o las concretas condiciones de validez de las normas requeridas de los concretos ordenamientos.

La razón de este diverso tratamiento consiste evidentemente en el hecho de que, a diferencia de los conceptos de obligación, prohibición, norma, validez y similares, la noción de derechos fundamentales no ha sido nunca definida ni utilizada como concepto de la teoría del derecho —formal al igual que todos los demás conceptos teóricos, en cuanto definible únicamente, como en la definición que he propuesto, sobre la base de la cuantificación universal de los sujetos que son titulares de ta-

45. Es el caso de la segunda enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que se remonta, junto con las diez primeras, a 1791: «Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se restringirá el derecho del pueblo a poseer y portar armas».

46. Recordaré dos autores que ofrecen dos lecturas diversas, una pospositivista y la otra positivista, del constitucionalismo, pero que critican como insostenible una definición solamente formal de los derechos fundamentales como la propuesta por mí. Uno es Manuel Atienza, según el cual tales derechos son «valores» y su noción implica la referencia a la «idea de valor» («Tesis sobre Ferrajoli»: *Doxa* 31 [2008], § 8, p. 215; Íd., «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., § 6.1, p. 159; Íd., «Una teoria pragmatica del diritto»: *Rivista di filosofia del diritto* 1 [2012], p. 130) y Tecla Mazzarese, que asimismo sostiene que tal concepto «no puede no tener» una «marcada» e «intrínseca connotación axiológica» («Diritti fondamentali e neocostituzionalismo», en Íd. [ed.], *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2002, § 3.1, pp. 38-39; Íd., «Razonamiento judicial y derechos fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas»: *Doxa* 26 [2003], pp. 687-716; Íd., «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione 'politicamente scorretta'»: *Ragion pratica* 35 [2010], § 5). Pero véanse también las críticas dirigidas a mi definición formal de derechos fundamentales por Ermanno Vitale, Danilo Zolo, Luca Baccelli, Michelangelo Bovero y Anna Pintore, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., y mis respuestas, *ibid.*, cap. II, § 2, pp. 141-153 y cap.III, § 4-6, pp. 335-356 y posteriormente, de nuevo, por L. Baccelli, «Assiomatizzare i diritti?», en Íd. (ed.), *More geometrico*, cit., § 2, pp. 63-75, al que he replicado en «La logica nel diritto e nella teoria del diritto», *ibid*, § 7, pp. 131-138. Sobre la misma cuestión véase también mi «El constitucionalismo garantista entre páleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», cit., § 3, pp. 323-330.

les derechos—, sino que siempre ha sido considerada como una noción perteneciente a la filosofía política, además de, obviamente, a las disciplinas jurídicas positivas, constitucionalistas sobre todo. Pero esto quiere decir que, precisamente, la pretensión de que su definición teórica incluya o deba incluir connotaciones axiológicas o referencias a los valores positivizados de hecho en los concretos ordenamientos, señala la idea de que tal concepto no está considerado (también) como un concepto de la teoría del derecho. A su vez, esta persistente ajenidad de la noción de los derechos fundamentales a la teoría (formal) del derecho se explica solamente con una concepción del derecho basada todavía en el viejo paradigma legislativo, cuando tales derechos aún no habían pasado, gracias a las constituciones rígidas de la segunda posguerra, de ser límites y vínculos políticos externos a ser límites y vínculos jurídicos internos de derecho positivo, y por eso el concepto correspondiente no pertenecía al léxico jurídico. Y vale además para explicar la oposición de Kelsen a la incorporación a las constituciones de «principios» o «ideales de equidad, justicia, libertad, igualdad, moralidad, etc.» y a la posibilidad de que sean «aplicados por una jurisdicción constitucional», con el consiguiente «desplazamiento [...] del poder del parlamento a una instancia que le es ajena»[47]. Pero todo esto es, precisamente, la mejor confirmación de la validez teórica de la contestada noción formal de derechos fundamentales y, al mismo tiempo, del carácter central de tal noción, que no puede ser ignorada por cualquier teoría del derecho que quiera dar cuenta de la estructura de las modernas democracias constitucionales.

La ajenidad a la teoría del derecho de una noción de derechos fundamentales puramente formal, esto es, independiente de sus concretos contenidos axiológicos acaba así por resolverse en la asunción en su lugar, en el plano teórico, de la noción de derechos fundamentales propia de la filosofía política o de las disciplinas constitucionalistas y referida a los valores de igualdad, libertad y justicia habitualmente expresados en concreto por tales derechos. Es obvio que todos nosotros compartimos el valor ético-político del principio de igualdad, de las libertades fundamentales y de los derechos sociales. Pero este valor moral no puede formar parte de la definición del concepto de 'derechos fundamentales' formulado en sede de teoría del derecho, sin comprometer, además del carácter formal, su alcance empírico y su capacidad explicativa. Es cierto, en efecto, que un conservador estadounidense no concibe como un valor el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita; y que un ca-

47. H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., § 17, pp. 142-143. «La kelseniana —ha observado, por ello, Mauro Barberis— es todavía una teoría del Estado legislativo a caballo entre los siglos XIX y XX» (*Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Módena, 2012, p. 41).

tólico integrista no considera un valor el principio de la autodeterminación en materia de cuestiones vitales y, así, por ejemplo, el derecho a rechazar tratamientos sanitarios coercitivos. ¿Diremos que tales derechos, aun si constitucionalmente establecidos, no son fundamentales porque no forman parte y son incluso contrarios a los valores del conservador estadounidense o del católico integrista, tal vez asumidos por ellos como «objetivos»? En el polo opuesto, tomemos el derecho de tener y portar armas establecido en la segunda enmienda de la Constitución de Estados Unidos: ¿diremos quizá que no es un derecho fundamental solo por considerarlo criminógeno, signo de un tránsito incompleto del estado de naturaleza a la sociedad civil y al monopolio estatal de la fuerza? ¿O, más bien, no tendremos que decir que es un derecho fundamental al que nosotros atribuimos no un valor sino un desvalor y que la norma que lo establece es por eso una norma injusta? Pero esta última es una tesis de filosofía política ni verdadera ni falsa, tanto que es contestada por cuantos, en cambio, defienden aquella enmienda como expresión de un valor irrenunciable; así como son tesis de filosofía moral o política las, asimismo, consideradas «objetivas» por sus defensores, sobre el valor o el desvalor del derecho a la asistencia sanitaria o a la autodeterminación en materia de cuestiones vitales. Confundir la teoría del derecho con la filosofía política o con la dogmática jurídica no contribuye ni a su capacidad explicativa ni a su dimensión prágmática. De aquí se sigue una ulterior confirmación de la validez, en sede de teoría del derecho, de una definición solo formal de 'derechos fundamentales', la cual, al igual que las definiciones de todos los demás términos de la teoría, no debe decirnos «cuáles son» o «cuáles es justo que sean», sino «qué son» los derechos fundamentales. En efecto, solo una definición tal puede dar cuenta de todos los derechos universalmente establecidos o reivindicados como fundamentales en los diversos ordenamientos, con independencia de las opciones morales o políticas.

Pero sobre todo se sigue, más en general, la confirmación de la validez teórica de la noción puramente formal de «paradigma constitucional», no inferior a la de «paradigma legislativo» ya puesta de relieve en el § 1.3: entendido «formal» en el sentido metateórico precisado en el parágrafo precedente, es decir, en un sentido obviamente bien distinto del significado teórico del mismo término referido a la 'forma' de producción de los actos decisionales, y no al significado, esto es, a la 'sustancia' de las decisiones producidas[48]. En efecto, con aparente paradoja, diré que solo el carácter formal —y por eso formalizable— de la teoría del derecho y del paradigma teórico del constitucionalismo garantista

48. Sobre estos diversos significados de «formal» como término teórico y como término metateórico, remito a las notas 26 y 52 del primer capítulo y a la nota 35 de este capítulo.

permite evidenciar y conceptualizar la dimensión sustancial, añadida a la formal, de la democracia constitucional: entendido ahora 'sustancial', además de 'formal', como predicados teóricos de términos como 'validez', 'normas sobre la producción', 'democracia' y otros similares. En efecto, solo definiciones *formales* permiten introducir una serie de conceptos teórico-jurídicos necesarios para dar cuenta de los límites y los vínculos *sustanciales* impuestos, en el estado constitucional de derecho, a todos los poderes normativos: en primer lugar las nociones formales de 'normas sustanciales' y de 'validez sustancial', identificadas las primeras con las normas sobre la producción que dictan tales límites y vínculos a los significados sustanciales de las decisiones producidas, y la segunda con la coherencia o compatibilidad lógica de estas con los significados de las primeras; en segundo lugar, y más específicamente, la noción formal de 'derechos fundamentales' que, si constitucionalmente establecidos, consisten en expectativas negativas o positivas de carácter universal frente a todos los poderes, tanto públicos como privados; en tercer lugar, y todavía más específicamente, las nociones formales de 'derechos individuales' —'de libertad', 'civiles' y 'políticos'— y de 'derechos sociales', identificados los primeros con las expectativas negativas de no lesión o restricción y los segundos con las expectativas positivas de prestación, unas y otras *omnium*, frente a la esfera pública; en cuarto lugar, las nociones formales de 'garantías negativas' y 'positivas', es decir, de las prohibiciones y las obligaciones *erga omnes* lógicamente correspondientes a los derechos establecidos y normativamente impuestos a la legislación de actuación; en quinto lugar, en fin, las mismas nociones, también formales en sentido metateórico, de 'democracia sustancial', además de 'formal', y más específicamente de 'democracia liberal' y de 'democracia social'[49].

En esta relación isomórfica entre las estructuras normativas del derecho y las estructuras institucionales consiste el paradigma constitucional, cuyo rasgo teórico distintivo —que como veremos en el capítulo quinto permite su expansión a todos los poderes, más allá de los estatales— es precisamente su carácter formal, es decir, la estipulación de lo que no puede ser decidido y de lo que no puede ser no decidido, en garantía de lo estipulado como fundamental por el pacto constituyente. A la inversa, precisamente en la falta de disposición a considerar

49. Para esta secuencia de conceptos, remito —en PI I, § 9.7, 9.1, 11.10, 11.3, 11.4, 11.9 y 12.18, pp. 488, 503, 686-687, 697-703, 730 y 881-882— a las definiciones D9.12 de 'normas sustanciales', D9.19 de 'validez sustancial', D11.1 de 'derechos fundamentales', D11.8-D11.15 de 'derechos individuales', de 'derechos sociales' y de los demás tipos de derechos fundamentales, D11.24-D11.26 de los 'límites' y los 'vínculos fundamentales' en los que consisten las correspondientes garantías negativas o positivas y D12.34-D12.39 de 'democracia sustancial' y de las demás dimensiones de la democracia.

el concepto de derechos fundamentales y los lógicamente conectados con él como conceptos susceptibles, en sede de teoría del derecho, de definiciones solamente formales, es donde hunden sus raíces las tesis neoconstitucionalistas o principialistas del objetivismo ético y de la conexión entre derecho y moral, sostenidas sobre la base del valor objetivamente moral asignado por definición a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Es por lo que dedicaré los primeros parágrafos del próximo capítulo a la crítica de estas tesis.

III

EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

3.1. *Dos cuestiones controvertidas en la concepción del constitucionalismo.* Según se ha dicho en los § 1.5 y 2.6-2.8, los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son *normas sustanciales* sobre la producción normativa. En primer lugar, son «normas» en sí mismos, al ser inmediatamente atribuidos con carácter general y abstracto a sus titulares, a diferencia de los derechos patrimoniales, como el derecho real de propiedad o el derecho de crédito, que, en cambio, son pre-dispuestos por las normas que los prevén como efectos de los actos singulares contemplados en ellas como hipótesis. En segundo lugar, son normas «sustanciales» sobre la producción de normas, en el sentido de que disciplinan no la forma, sino el significado, es decir, la sustancia de las normas producidas —lo que no puede ser o no ser decidido—, condicionando su validez a la coherencia con los derechos y los principios de justicia formulados en las primeras.

Estas dos tesis suscitan dos importantes cuestiones teóricas. La primera se refiere a la naturaleza de las *normas* en que consisten los derechos fundamentales: si se trata de «reglas», o bien de «principios» en potencial conflicto, resoluble en cada caso merced a su «ponderación». La segunda tiene que ver con la naturaleza de sus significados o contenidos *sustanciales*: si tales contenidos, al consistir en principios ético-políticos de justicia, han restablecido o no la conexión entre el derecho y la moral, contradiciendo el principio positivista de la separación de las dos esferas. Sobre ambas cuestiones sostendré dos tesis opuestas a otras tantas tesis de fondo que caracterizan la concepción del constitucionalismo que hoy prevalece, denominada por lo común «neoconstitucionalista» y que en lo que antecede he llamado «principialista». En primer lugar, el carácter de reglas de la mayor parte de las normas que enuncian derechos fundamentales, en oposición a su consideración ha-

bitual de principios, objeto de ponderación y no de aplicación; en segundo lugar, la separación de derecho y moral que a mi juicio, en contra de la tesis de la conexión, no desaparece con la sustancia democrática injertada en las constituciones por tales derechos. En los próximos parágrafos, ilustraré ambas tesis, que tienen considerable alcance para una teoría normativa, no solo de la democracia constitucional sino también de la democracia política.

3.2. *Sobre el significado de las tesis de la conexión y de la separación del derecho y la moral*. Comenzaré por la segunda cuestión. Los derechos fundamentales, y en general todos los principios establecidos en las actuales constituciones, consisten claramente en valores morales y políticos de justicia altamente compartibles. De aquí, según muchos autores, la idea de que su constitucionalización ha hecho insostenible el principio positivista de la separación de derecho y moral y restablecido la conexión entre las dos esferas[1].

Para comprender el sentido de esta tesis y de su oposición a la vieja tesis de la separación es necesario aclarar los términos de la cuestión. ¿Qué se entiende, en el debate filosófico-jurídico, por «conexión» y qué por «separación» entre derecho y moral? Diré enseguida qué *no debe entenderse* por «conexión», es decir, qué significados de esta expresión no están en cuestión, dado que ninguna persona de buen sentido, y ciertamente ningún defensor de la separación, ha pensado negarlos. Desde luego, con tal fórmula no se entiende ninguna de estas tesis banales y

1. Me limito a recordar R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, cap. I [si bien aquí, aun con indicación de las páginas de la traducción española, no se sigue esta en su literalidad (*N. del T.*)]; C. S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho,* Astrea, Buenos Aires, 1980; Íd., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989; J. Habermas, «Derecho y moral» (1988), en apéndice a *Facticidad y validez*, trad. e introd. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998; R. Alexy, «On Necessary Relations between Law and Morality»: *Ratio Juris* 2 (1989), pp. 167 ss.; Íd., *El concepto y la validez del derecho* (1992), trad. de J. Malen Seña, Gedisa, Barcelona, 1997; G. Zagrebelsky (1992), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, [10]2011, § 4, p. 162; Íd., «Introduzione» a R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Turín, 1997, p. XIX; Íd., *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid, 2014, cap. I, § 2, pp. 24-25; M. Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 112; Íd., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 53 y 245; Íd., «Tesis sobre Ferrajoli»: *Doxa* 31 (2008), § 6, p. 215; Íd., «Dos versiones del constitucionalismo»: *Doxa* 34 (2011), pp. 80, 82, 85; J. Moreso, «El reino de los derechos y la objetividad de la moral» (2002), en E. Diciotti (ed.), *Diritti umani e oggettività della morale*, DiGips, Siena, 2003, pp. 9-40; Íd., «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista»: *Doxa* 31 (2008), § 4, p. 285; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Esi, Nápoles, 2008. Véanse también las observaciones críticas sobre esta tesis en «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»: *Doxa* 34 (2011), § 2, pp. 21-23 y § 4, pp. 28-34.

descontadas: que las leyes tienen contenidos morales (o bien inmorales), es decir, susceptibles de apreciación moral, y que gran parte de nuestros principios constitucionales tienen contenidos morales (para nosotros) altamente apreciables; que a estas mismas acompaña una pretensión subjetiva de justicia, por ser obvio que cualquier legislador considera y, por ello, tiene la pretensión de que sus leyes sean consideradas justas; que, en fin, en apoyo de la interpretación de los textos de las leyes y sobre todo de las constituciones, intervienen inevitablemente opciones orientadas por tomas de posición morales o en todo caso ético-políticas, cuya conformidad con los principios constitucionales debe ser argumentada racionalmente.

Lo que, por una suerte de deslizamiento semántico, sostienen, a partir de esta banalidad, los defensores de la conexión es, sin embargo, que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan no *una* determinada moral, aunque sea compartida, sino *la* moral o *la* justicia en algún sentido objetivo de la palabra. La «pretensión de corrección» de la que habla Robert Alexy no es en absoluto una pretensión en sentido solo subjetivo[2], sino que, por el contrario, equivale a la pretensión de que las normas válidas «no son extremadamente injustas» de modo que «normas aisladas dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden la validez jurídica [...] cuando son extremadamente injustas»[3], evidentemente en algún sentido objetivo. En los sistemas constitucionales, escribe Jürgen Habermas, «la moral ya no se cierne por *encima* del derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto supranormativo de normas); emigra al interior del derecho

2. En ausencia de esta pretensión, observa Robert Alexy, un sistema normativo no es siquiera un sistema jurídico (*El concepto y la validez del derecho*, cit., cap. 2, § 3.2, p. 40 y § 4.1, p. 41; cap. 2, § 4.2.2, pp. 68-69; cap. 3, § 2.1, p. 90; cap. 4, p. 123). Es la pretensión de corrección, afirma, lo que distingue, como criterio clasificatorio, un «orden depredador o de asaltantes» de un «orden de dominación», aunque sea injusto (*ibid.*, p. 39). Es claro que esta tesis no contradice en modo alguno la tesis positivista de la separación; así como, en contra de lo que entiende Alexy, tampoco lo hace la tesis igualmente banal y sustancialmente equivalente de la llamada «versión débil», según la cual «existe una relación necesaria entre el derecho y *alguna* moral» (*ibid.*, cap. 2, § 4.3.2, p. 79), es decir, cuando menos, la moral del legislador. «Esto —reconoce Alexy— tiene pocas consecuencias prácticas. Efectivamente, por lo general, los sistemas jurídicos existentes formulan una pretensión de corrección, por menos justificada que ella pueda ser» (*ibid.*, pp. 123-124). La tesis bastante más comprometida avanzada por Alexy es la claramente antipositivista de la llamada «conexión fuerte», según la cual existiría «una conexión fuerte entre el derecho y la moral correcta» (*ibid.*, § 4.3.2, p. 79 y § 4.3.3, p. 81).

3. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., cap. 4, pp. 123 y 125; cf. también, *ibid.,* cap. 2, § 4.2.1, pp. 45 ss. y § 4.2.2, p. 68; cap. 3, § 1.2, p. 88. Es, sustancialmente, la clásica fórmula enunciada por Radbruch en vista de los horrores del nazismo, citada por Alexy (*ibid.*, cap. 2, § 4.2.1, pp. 45 ss.), según la cual la ley positiva pierde validez cuando su injusticia alcanza una «medida insoportable» (*Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, trad. de M. I. Azareto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 37).

positivo»[4]. «La relación con la justicia es constitutiva del concepto mismo de ley», afirma Gustavo Zagrebelsky[5]. A su vez, Ronald Dworkin encuentra incomprensible que un juicio moral sea algo diverso de un juicio real, objetiva o verdaderamente moral: que, por ejemplo, la tesis «la esclavitud es injusta» exprese algo distinto de «la esclavitud es objetiva o realmente injusta»[6]. José Juan Moreso sostiene que para fundar el universalismo de los derechos humanos es necesario asumir que existe una moral objetiva[7] y considera «una obviedad que las constituciones incluyen conceptos y tesis morales [...] y por consiguiente incorporan la moral al derecho»[8]. En fin, Manuel Atienza afirma reiteradamente que «existe una conexión intrínseca entre el derecho y la moral»[9] y que el constitucionalismo argumentativo o principialista está vinculado a una concepción objetivista de la moral[10].

4. J. Habermas, «Derecho y moral», cit., p. 559.

5. G. Zagrebelsky, *La ley y su justicia*, cit., cap. I, § 2, pp. 24-25; Íd., *El derecho dúctil*, cit., cap. 6, § 4, p. 119: «En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona *como si* rigiese un derecho natural [...] el derecho por principios encuentra al derecho natural»; Íd., «Introduzione» a R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. XIX: «El derecho no es solo la ley estatuida sino que se ha convertido en la fusión de la ley con principios independientes de justicia».

6. R. Dworkin, *Una cuestión de principios*, trad. de V. Boschiroli, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pp. 222-226. De ahí la famosa tesis normativa de la «única respuesta correcta», sostenida por el autor en *No right Answer?* (1978): «¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?» (*ibid*., pp. 159 ss.), por lo demás, en singular contraste con la ampliación de la discrecionalidad judicial debida al papel central de la ponderación en la aplicación de los principios. Entre las muchas críticas de esta tesis, me limitaré a recordar: R. Guastini, «Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un'appendice bibliografica», *ibid.,* pp. 449-467; E. Bulygin, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos» (1982), en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, § 4, pp. 186-189, que muestra cómo las «proposiciones de derecho», discutidas por Dworkin (por ejemplo, «el contrato de Pedro es válido», «la conducta de Juan en tal ocasión constituye delito»), «no son ni normas ni proposiciones normativas», pero «tienen propiedades de ambas», porque son normativas y al mismo tiempo verdaderas o falsas, «aun cuando esas propiedades sean incompatibles»; con la consecuencia de que «son ininteligibles»; A. Pintore, Il *diritto senza verità*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 67-172, que en la tesis dworkiniana ve «un óptimo ejemplo de versión ontológica y metafísica de teoría coherentista del derecho»; V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi, Nápoles, 2004, pp. 148-176.

7. J. J. Moreso, «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», cit., pp. 9-40. Véase, sobre este ensayo, las críticas puntuales de B. Celano, «Commenti a José Juan Moreso», *ibid.*, pp. 41-85.

8. J. J. Moreso, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista»: *Doxa* 31 (2008), § 4, p. 285.

9. M. Atienza, *Dos versiones del constitucionalismo*, cit., § 3, pp. 80-81; *ibid.,* p. 82: «tiene pleno sentido afirmar la existencia de una conexión intrínseca y conceptual entre el derecho y la moral»; *ibid.*, p. 85: es necesario «reconocer la existencia de una conexión interna (en el sentido antes explicado) entre el derecho y la moral».

10. «El enfoque del derecho como argumentación está comprometido con un objetivismo mínimo en materia de ética» (M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, cit.,

Esta tesis se funda, pues, en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino *la* moral; y que esta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen una idea semejante, los principios formulados en nuestras constituciones —la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales— no son simplemente valores de justicia compartidos y firmemente defendidos por ellos, sino principios y contenidos de justicia «verdaderos» y, en algún misterioso sentido de la palabra, «objetivos». La conexión entre derecho y moral que teorizan se resuelve así en un tendencial iusnaturalismo conjugado con esa variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético: es decir, en una concepción exactamente opuesta a la aquí sostenida del constitucionalismo como segundo positivismo, esto es, como positivismo jurídico reforzado en virtud de la positivización también de las opciones ético-políticas que deben presidir la producción del derecho positivo mismo.

Conforme a esta concepción —la del constitucionalismo garantista como positivismo ampliado— la constitucionalización de principios de justicia no incide en modo alguno en la separación de derecho y moral. En efecto, entendida en sentido asertivo, la tesis de la separación es un postulado del *positivismo jurídico* y un corolario del *principio de legalidad* como norma de reconocimiento del derecho positivo existente. Solo quiere decir que, en un ordenamiento nomodinámico, «derecho» es todo y solo lo puesto como tal por las autoridades jurídicamente habilitadas para producirlo, sea cual fuere —guste o no guste, se considere

p. 53). Atienza ha visto otro tipo de conexión en el hecho de que el punto de vista interno al derecho del que habla Herbert Hart puede concebirse como el producto de una aceptación moral: «No basta con saber que N es una norma jurídica para concluir que se debe hacer lo que N ordene. En definitiva, necesitamos una premisa práctica, la que señala que se deben obedecer las normas jurídicas, y que, naturalmente, es una premisa de naturaleza moral» (*ibid.*, p. 245). «El reconocimiento de una realidad como jurídica, como derecho válido» —había escrito antes M. Atienza (*El sentido del derecho*, cit., p. 112)—, «no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente un juicio moral». Una tesis análoga es la sostenida por S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999. Pero esta es la cuestión de la obligación política, que, como ha observado Prieto Sanchís, es una cuestión de pertinencia de la teoría moral o política y no de la teoría del derecho (*Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, Mexico, 1997, p. 12); un problema, ha escrito a su vez Guastini, perteneciente «al horizonte ideológico del legalismo, pero del todo extraño al positivismo jurídico» (*Dalle fonti alle norme* [1990], Giappichelli, Turín, ^{2}1992, pp. 277-278). En contra de esta interpretación del «reconocimiento» hartiano como «acto de interiorización», véase también A. Catania, «Il riconoscimento e le norme. A partire da Herbert L. A. Hart» (1979), ahora en Íd., *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 43-73; R. Guastini, «Conoscenza senza accettazione», en L. Gianformaggio y M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 407-433.

justo o injusto— su contenido normativo; que, consecuentemente, el derecho es cosa distinta de la moral, dado que el carácter positivo de una norma, aunque sea de rango constitucional, no implica su justicia, resultando siempre posible que esta sea juzgada injusta o inmoral (por todos, por algunos o incluso por uno solo), mientras que, a la inversa, su justicia no implica en absoluto la existencia jurídica positiva; que, por tanto, la tesis según la cual la justicia de una norma no es condición necesaria ni suficiente de su validez registra «un dato de hecho» que «permite a los juristas obtener una nueva claridad» como escribió Herbert Hart remitiéndose a John Austin[11]. La moral y la justicia —por más que los principios y valores estipulados en una constitución sean moral y políticamente compartidos (por nosotros)— son siempre puntos de vista externos al derecho: los puntos de vista morales y políticos, no objetivos sino subjetivos, de cada uno de nosotros, ya sean de adhesión o de rechazo, total o parcial, de los principios y valores constitucionalmente establecidos. Prueba de ello es que tales principios y valores no están en absoluto dados, sino que —de la igualdad a la libertad de conciencia, del rechazo de la pena de muerte al principio de la paz, de los derechos de los trabajadores a los derechos sociales a la salud y a la educación— todos se han afirmado históricamente frente a principios y valores diametralmente opuestos pero compartidos por grandes mayorías; que, bajo este aspecto, ha sido más bien el derecho, con la estipulación jurídica de tales principios, el que históricamente ha influenciado y cambiado la moral, y no al contrario; que tales principios han sido estipulados en el pacto constitucional de convivencia precisamente porque, todavía hoy, no suscitan universal consenso y, por eso, deben ser puestos al reparo de contingentes y siempre posibles mayorías contrarias; y que los defendemos con tanta mayor fuerza y pasión cuanto más constatamos que no son universalmente compartidos y menos aún tenidos por objetivamente verdaderos, sino, al contrario, constantemente violados, ignorados e incluso negados o contestados.

Hay un segundo y no menos importante significado de la tesis de la separación. Entendida en sentido normativo, esta tesis es un postulado del *liberalismo político* y un corolario de los *principios de tolerancia y laicidad*. Quiere decir dos cosas. En primer lugar, que el *legalismo ético*, es decir, la imposición a los ciudadanos de la adhesión moral, la aceptación o el consenso ético-político acerca de los principios morales estipulados por las normas jurídicas, aunque sean de rango constitucional, no se justifica éticamente. Un cierto grado de esa adhesión a tales

11. H. L. A. Hart, «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 12.

principios es ciertamente una condición de su efectividad, pero no puede ser impuesta por el derecho sin violar la libertad de conciencia y de pensamiento. En segundo lugar, y a la inversa, la misma tesis quiere decir que, en materia penal, el *moralismo jurídico*, esto es, la producción de normas dirigidas no a prevenir daños a terceros, sino solo a afirmar, sostener, reforzar o sancionar los preceptos de la (o de una determinada) moral, como pretende por ejemplo la Iglesia católica en cuestiones como el divorcio, el reconocimiento de las parejas de hecho, el aborto, la procreación asistida y el derecho a morir de muerte natural, no se justifica éticamente[12]. En este aspecto, el principio de la separación es no solo una garantía de la laicidad de las instituciones políticas frente a los diversos fundamentalismos religiosos, sino también el fundamento y la salvaguardia de la laicidad de la moral, en virtud de la cual un comportamiento es tanto más auténticamente moral cuanto más es fruto de una opción autónoma y espontánea, y no de la obediencia a normas heterónomas de carácter religioso o, peor aún, jurídico. En ambos sentidos la separación de derecho y moral representa un legado precioso del pensamiento jurídico ilustrado y un rasgo distintivo de la modernidad en el sentido kantiano de la palabra, dado que funda la doble autonomía de los juicios morales frente al derecho positivo y del derecho positivo frente a morales o ideologías institucionalizadas, y confía las opciones morales, no a la adhesión a una supuesta ontología moral objetiva y heterónoma, sino a la espontánea autodeterminación y a la responsabilidad individual.

3.3. *Objetivismo moral fuerte y objetivismo moral débil. ¿Una simple discrepancia sobre el significado del término 'verdadero'?* Pero cabe que el disenso entre los asertores de la separación y los asertores laicos y liberales de la conexión de derecho y moral sea más superficial de lo que parece. En el punto de partida hay ciertamente una diversa concepción de la moral, ligada a su vez al carácter fuertemente equívoco y comprometedor de la tesis del «objetivismo moral»[13], asumida por los segundos en apoyo de la conexión. En efecto, con esta expresión cabe referirse, *grosso modo*, a dos concepciones metaéticas diversas, no siempre claramente distinguidas en el debate filosófico-moral: *aa*) la concepción ontológica del que entiende que existe un mundo objetivo de

12. Recuérdense las tesis contra «la imposición jurídica de la moral», de H. L. A. Hart, *Derecho, libertad y moralidad* (1963), trad. de M. A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006, que retoman y desarrollan las clásicas tesis utilitaristas de J. S. Mill, *Sobre la libertad* (1858), trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1970, cap. I.

13. Sobre la cuestión de la objetividad de la moral y sobre las múltiples respuestas ofrecidas por la reflexión metaética, véase la importante colección de ensayos G. Bongiovanni (ed.), *Oggettività e morale. La riflessione etica del Novecento*, Mondadori, Milán, 2007.

valores morales respecto del cual una tesis moral puede ser calificada de verdadera o falsa, y *ab*) la concepción racionalista de quien considera que los juicios morales pueden ser tenidos como verdaderos o como falsos según cuenten o no con una justificación adecuada fundada en principios morales asumidos como objetivamente válidos. Por otra parte, existen también dos concepciones diversas del anti-objetivismo moral: *ba*) la concepción escéptica del que entiende que los juicios morales no son argumentables racionalmente, al ser fruto de opciones subjetivas y emotivas ni verdaderas ni falsas; *bb*) la concepción racionalista de quien considera que, en último término, los juicios morales no son ni verificables ni refutables, aunque sí argumentables racionalmente a partir de asunciones que son el fruto de opciones subjetivas que, siendo argumentables, no son ni verdaderas ni falsas.

Como es obvio, las tesis metaéticas más inconciliables son las de las concepciones recogidas en (*aa*) y (*ba*). La tesis (*aa*) expresada de manera emblemática por la Iglesia católica y, en general, por los fundamentalismos religiosos es una tesis metafísica que supone la existencia de valores objetivos en tanto que inscritos en la naturaleza y/o queridos por Dios. La tesis (*ba*) es una tesis irracionalista que niega la posibilidad de argumentación racional en materia moral, como si la única forma de argumentación racional fuese la dirigida a sustentar la verdad o falsedad de las tesis asertivas. Incidentalmente, diré que estas dos concepciones, por más que opuestas, comparten la misma equivalencia entre razón y verdad, entre racionalidad y objetividad, entre argumentación racional y fundación objetiva o cognoscitiva.

La posición metaética de la mayor parte de los principialistas que sostienen la conexión de derecho y moral refleja preferentemente la segunda de las dos concepciones del objetivismo moral antes ilustradas, la que se expresa en la tesis (*ab*). Con las expresiones «objetividad», «verdad» o «falsedad» de las tesis morales también ellos, como los que sostienen las tesis (*aa*) y (*ba*), aluden en realidad a su justificación racional[14], como si

14. José Juan Moreso, por ejemplo, después de haber propuesto como definición de «objetivismo moral» la tesis de que «hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)», funda en ella la tesis ético-cognoscitivista, que él llama «tesis semántica del objetivismo moral», según la cual «los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad», identificando el «criterio para aceptarlos», o sea, «la calidad de un juicio moral» en «las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor» («Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli»: *Doxa* 34 [2011], pp. 185, 188 y 191). En el mismo sentido, A. Ruiz Miguel, «Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli», *ibid.*, pp. 277-280, y M. Atienza, «Cuento de navidad», en *Analisi e diritto 2009*, Giappichelli, Turín, 2009, pp. 116-117. También Juan Ruiz Manero: «Entiendo por objetivismo [...] la posición que sostiene, en primer lugar, que los juicios morales son racionalmente fundables o justificables […] Aquí,

no existieran razones no de tipo teorético sino de tipo moral o pragmático en sentido genérico, en apoyo no de la verdad o de la objetividad, sino de la justicia, no de nuestros conocimientos, sino de nuestras tomas de posición y más en general de nuestras opciones primitivas. El campo de las argumentaciones racionales es, en cambio, ilimitado, enormemente más amplio que el de las tesis de las que es predicable la verdad o falsedad. Piénsese no solo en los juicios de valor morales o políticos, sino también en los estéticos, e incluso en las razones de carácter teórico con las que se argumentan, por ejemplo, las asunciones y las definiciones estipulativas de una teoría. Y, sobre todo, en las soluciones de gran parte de las cuestiones filosóficas y teóricas, a comenzar por la aquí discutida de filosofía moral, que, de identificar racionalidad y objetividad (o verdad), resultarían todas descalificadas como irracionales, por quien sostiene soluciones diversas. Es claro que las discrepancias sobre tales juicios y cuestiones —a veces superables, a veces reducibles, a veces insuperables e irreducibles— no dependen en modo alguno de la verdad y de la falsedad de las posiciones en conflicto. Dependen, en último término, de las asunciones y los valores de partida. Los desacuerdos producidos entre personas que comparten los mismos valores de fondo o las mismas asunciones primitivas son superables o al menos reducibles. Si compartimos los principios de igualdad y de dignidad de la persona, no será difícil llamando a la coherencia con estas comunes asunciones, concordar, y quizá convencer a los que disienten, de lo inaceptable, por ejemplo, de las múltiples formas de opresión o discriminación en perjuicio de los inmigrantes. Por el contrario, se puede discutir hasta el aburrimiento de cuestiones éticas o políticas con un fascista o con un racista, pero, al fin, si este no se convence hasta el punto de cambiar las propias ideas de fondo, quedará constancia de lo insuperable del disenso y la discusión tendrá que abandonarse por estéril. Por eso un buen resultado de todas las discusiones sobre cuestiones morales o políticas, pero también sobre gran parte de las cuestiones filosóficas o teóricas, es siempre la identificación y la clarificación de las asunciones de las que se parte, sean comunes o diversas. Pero esto quiere decir que los valores morales y políticos últimos —la democracia, la igualdad, la libertad, la dignidad de las personas— no se demuestran, no se deducen, y tampoco se inducen de la más o menos amplia aceptación compartida. En definitiva, no tienen nada que ver con la verdad. Simplemente, se eligen, se postulan y se defienden. Podemos

me parece, solo cabe hablar de 'verdad', como decía, en el sentido en que 'verdad' equivale a 'justificación racional'» (L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 69 y 71). He criticado esta identificación entre verdad objetiva y justificación racional en «El constitucionalismo garantista entre páleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», cit., § 5, pp. 339-344; y en «La scelta come fondamento ultimo della morale»: *Teoria politica* (2012), pp. 177-185.

argumentar la racionalidad de estas opciones a los fines de la convivencia pacífica y civil y del respeto que tenemos por nosotros mismos. Pero frente a un fascista o un racista que parte de asunciones morales opuestas el debate se detiene. Diré que, precisamente, la autenticidad y el rasgo distintivo de la razón práctica y, en particular, de la moral radica en la conciencia y en la responsabilidad de la opción, a veces problemática y hasta dramática.

Me pregunto, entonces, por qué, para postular la posibilidad de argumentar racionalmente una tesis moral relativa a principios asumidos como fundamentales, hay que sostener la verdad o la objetividad de la misma. Este nexo entre verdad y argumentación racional es comprensible y explicable en las posiciones objetivistas más consecuentes, como las del ontologismo moral indicadas bajo *aa*) y sostenidas, por ejemplo, por la Iglesia católica; la cual, en virtud de la opción iusnaturalista o incluso de una suerte de positivismo divino que vincula el bien y el mal a la voluntad de Dios, supone la existencia objetiva de entidades, valores o reglas morales, a partir de las cuales es posible presentar como verdaderas sus tesis en materia, por ejemplo, de aborto, divorcio, procreación asistida, encarnizamiento terapéutico o reconocimiento de las parejas de hecho, y descalificar las tesis opuestas como falsas. Pero es claro que, en todo caso, el objetivismo y el cognoscitivismo ético, cualquiera que sea el modo como se les formule, son incompatibles con el liberalismo, que excluye que se puedan imponer a quienes no los comparten (no las acciones, o mejor las omisiones de daños a terceros sino) los juicios morales, cualesquiera que sean. En efecto, aquellos comportan inevitablemente —y de hecho han comportado, cuando han sido y son todavía impugnados por las iglesias, comenzando por la católica— la intolerancia, como falsas, de las tesis no compartidas y el rechazo del pluralismo moral, político y cultural. Pues, frente a una tesis falsa —por ejemplo «2 + 2 = 5», «p implica no-p», o «Cristóbal Colón descubrió América en 1692»—, se dirá no solo que es un error, sino que es una afirmación intolerable. Prueba de ello es el hecho de que las tesis morales de una ética cognoscitivista como la católica, que, precisamente, por haber sido asumidas como verdaderas pretenden imponerse a todos como normas jurídicas, no son confutables en su terreno por una ética objetivista de tipo laico o racionalista, sino solo contestando o refutando de raíz el objetivismo metaético que está en su punto de partida. Y es que estas tesis son irrefutables en el terreno de la verdad, precisamente porque las tesis éticas diversas sustentadas por metaéticas igualmente cognoscitivistas se presentan también ellas como verdaderas, a pesar de no ser demostrables lógicamente ni comprobables empíricamente, en vez de presentarse como principios normativos, argumentables como justos sobre la base

de juicios de valor. Naturalmente, la implicación entre objetivismo ético e intolerancia no significa en modo alguno que los objetivistas laicos sean intolerantes. Solo quiere decir que esta tiene el valor de un argumento *a contrario* frente a las tesis metaéticas de los que se declaran objetivistas pero rechazan la (acusación de) intolerancia. Pues este rechazo implica, por *modus tollens*, la negación del objetivismo y del consiguiente cognoscitivismo ético.

Por eso, el objetivismo moral más consecuente, el de las éticas religiosas, al tener que fundarse sensatamente en la verdad, prefiere anclarse, más que a la argumentación racional, a una ontología iusnaturalista, o bien al voluntarismo y al positivismo divino o a ambas cosas al mismo tiempo. Cuando, por el contrario, el rasgo distintivo y el fundamento de la ética laica residen en la elección, y por ello en la autonomía de la persona: en no hacer el mal y en hacer el bien, no porque lo quiere Dios o alguna norma o valor objetivo y heterónomo, sino porque se quiere de manera autónoma. La moral laica, por oposición a las morales objetivistas, inevitablemente heterónomas, se funda en la autonomía de la conciencia, en virtud de la cual sería insensata, antes aún que inmoral, la disposición de Abrahán a sacrificar a Isaac solo porque Dios lo quiera. Al contrario de la moral laica, autónoma por definición, las morales objetivistas acaban en cambio por tener, tendencialmente, el mismo estatuto del derecho: no es casual que la ética católica resulte a veces calificada y acreditada por las jerarquías como «derecho natural».

Sin este anclaje metafísico, el terreno del objetivismo ético y de las verdades morales —en contra de la idea corriente de que en él hallarían un fundamento más seguro, por objetivo, los juicios morales y la defensa de valores que profesamos con firmeza, y por eso también un anclaje más seguro las ponderaciones entre principios— es siempre resbaladizo. Sabemos que en la historia del pensamiento político, de Platón y Aristóteles en adelante, las argumentaciones fácticas en apoyo de la desigualdad de los hombres han sido bastante más numerosas que las producidas a favor de su igualdad e igual dignidad. Pero esto quiere decir que la igualdad no es un hecho sino un valor; que su afirmación no es una aserción, sino una prescripción; que como tal la asumimos y la defendemos, precisamente porque, de hecho, somos diferentes y desiguales. En apoyo, por un lado, del igual valor que *queremos* garantizar a todas nuestras diferencias de identidad (de sexo, lengua, religión, nacionalidad, opiniones políticas y condiciones personales y sociales, como dice el art. 3.1 de la Constitución italiana); y, por otro, de la eliminación o reducción de las desigualdades económicas y materiales (como obstáculos al pleno desarrollo de la persona humana, como dice el segundo apartado del mismo artículo), que *queremos* pro-

mover. En síntesis, que la igualdad, la dignidad de la persona, las libertades y los demás derechos fundamentales no son ni valores objetivos ni principios descontados[15].

Precisamente por eso tales valores se encuentran estipulados en constituciones rígidas supraordenadas a cualquier poder: porque no son en modo alguno compartidos por todos. Y el papel de las constituciones no consiste en reflejar los valores de todos: si así fuera tendríamos constituciones mínimas y prácticamente inútiles. Su papel se cifra en estipular valores o principios como cláusulas del pacto social de convivencia, incluso contra las opiniones de las contingentes mayorías. Y su legitimación no depende de que sean queridas por todos, sino del hecho de que garanticen a todos. Es por lo que defendemos y argumentamos nuestros principios morales y políticos con bastante mayor firmeza y pasión de la que ponemos en la defensa de nuestras tesis asertivas: porque sabemos que aquellos, repito, son a menudo violados o negados, por lo que deben ser defendidos con tanto mayor empeño cuanto más difundidas estén sus violaciones y negaciones; y, sobre todo, porque entendemos legítimas e incluso racionalmente argumentables (en esto consiste la tolerancia) las opiniones morales y políticas opuestas, que contestamos, no porque sean falsas y como tal refutables, sino simplemente porque las consideramos morales o injustas, al igual que sus premisas de fondo.

Pero entonces, excluidas las tesis del ontologismo en sentido fuerte y del irracionalismo emotivista, las divergencias entre el objetivismo de los que se limitan a sostener la posibilidad de una argumentación racional de las tesis morales, aunque sea suponiendo que sus asunciones sean verdaderas u objetivamente válidas, y los que sostienen la misma posibilidad refutando cualquier forma de objetivismo o cognoscitivismo ético, consisten, en último término, en el diverso significado que asocian a las nociones, claramente estipulativas de «verdadero», «falso» y «objetivo», más extenso para los primeros y más restringido para los segundos. Por otra parte, esto es también lo que distingue a los objetivistas moderados o laicos de los objetivistas fundamentalistas, que creen, en cambio, en la existencia de un mundo natural o sobrenatural de valores o principios morales y, por consiguiente, de verdades morales. Así sucede que el disenso entre concepciones racionalistas es poco más que

15. Vale la pena recordar las palabras de Beccaria: «Quien lea con ojos de filósofo los códigos de las naciones y sus anales, hallará casi siempre que los nombres de *vicio* y de *virtud*, de *buen* ciudadano o de *reo* cambian con las revoluciones de los siglos» (*De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 131); y las de Hobbes: «Por la diversidad de las pasiones, sucede que lo que uno llama *bueno*, otro lo llama *malo*; y el mismo llama ahora *buena* a una cosa y enseguida la llama *mala*; y a la misma cosa la llama *buena* si se trata de él, y *mala* si se trata de otro» (T. Hobbes, *De Cive* [1647], *Tratado sobre el ciudadano*, ed. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, p. 131).

terminológico. Al respecto —sin esperar convencer a los sostenedores de un objetivismo y un ontologismo mínimos (después de todo, también en este caso estamos en presencia de asunciones últimas, diversas y no demostrables)— únicamente diré que la excesiva extensión en su léxico del término «verdadero», en sustitución de términos más pertinentes como «justo» o «bueno», debilita gravemente sus tesis morales sin añadirles nada. No solo porque, al no ser admisibles tesis falsas, las expone a la acusación de intolerancia, sino también porque, por desgracia, en el terreno inverosímil del objetivismo moral, cualquier tesis ya ha sido sostenida y es, hoy todavía, sostenible.

Por eso tengo la impresión de que la defensa del objetivismo moral, aunque sea débil y moderado, por parte de muchos neoconstitucionalistas principialistas, está en realidad conectada con la defensa de la primera de las dos tesis recordadas al final del § 3.1. La idea de que los principios de justicia y los derechos formulados en nuestras constituciones son principios morales en algún sentido objetivos, y por ello la tesis de la conexión entre el derecho y *la* moral como sistema objetivo de valores, sirve, en efecto, de un lado, para acreditar la idea de que los mismos son todos principios distintos en sentido fuerte de las reglas y, de otro, para dotar de alguna compensación a su indeterminación y de un anclaje extrajurídico y objetivo, aunque sea ilusorio, a su ponderación, hasta la tesis extrema de la existencia de una sola solución correcta, mantenida por Dworkin[16].

3.4. *Reglas y principios. Una propuesta de redefinición*. Llego así a la discrepancia que separa al constitucionalismo garantista del otro y todavía más importante orden de tesis que caracteriza al constitucionalismo principialista: la concepción de las normas constitucionales sustanciales, y en particular de los derechos fundamentales, no como «reglas» sino como «principios», objeto de ponderación y no de aplicación, como las reglas.

La distinción entre reglas y principios es ciertamente una importante adquisición de la actual teoría del derecho. Sin embargo, la cuestión de fondo es la definición de estas dos clases de normas. Concretamente, el significado intensional de la noción de «principios» por oposición al de «reglas» y, consecuentemente, su significado extensional, es decir, la clase de las normas —inclusiva o no de los derechos fundamentales— califica-

16. «El déficit de racionalidad y con ello de legitimidad» que puede derivarse de esa indeterminación, escribe Luis Prieto Sanchís, «es compensado por buena parte de los enfoques constitucionalistas mediante una compleja y poderosa teoría de la argumentación jurídica, en la que acaso depositen más confianza de la debida» («La teoría del derecho de 'Principia iuris'»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 64 [2009], p. 58).

bles como principios. Según se sabe, los criterios propuestos para distinguir entre las dos clases de normas son en parte diversos. Según Ronald Dworkin, «las reglas son aplicables en la forma del todo-o-nada», en el sentido de que son aplicables o no aplicables determinadas consecuencias jurídicas según concurran o no las condiciones previstas por ellas; en cambio, los principios «no indican consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se den las condiciones previstas»; por eso, las primeras se aplican a los casos subsumibles en ellas, mientras que los segundos se pesan, de modo que prevalece aquel que tiene asociado en cada caso mayor peso o importancia[17]. Para Robert Alexy, en cambio, los «principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de ser susceptibles de diversos grados de realización» y de los que, según las circunstancias del caso, son derivables en cada supuesto reglas mediante su ponderación; al contrario, «las reglas son siempre normas que pueden ser realizadas o no realizadas», de este modo, «si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente lo que la misma reclama»[18]. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, a su vez, sitúan la diferencia entre principio y regla en el hecho de que «los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada»[19]. Y Gustavo Zagrebelsky distingue las reglas de los principios a partir del dato de que solo las primeras y no los segundos prevén supuestos de hecho subsumibles en ellas[20]. En todos los casos, lo que tienen en común estas diversas connotaciones de las dos clases de normas es el papel central asociado a la ponderación de los principios en oposición a la aplicación de que son en cambio susceptibles las reglas y, consecuentemente, la tesis de que los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son objeto de ponderación y no de aplicación, en tanto que concebidos como principios entre ellos virtualmente en conflicto.

Creo que una definición más precisa de las dos clases de normas permite excluir esta tesis. Con tal fin es útil partir de la noción de «reglas» acogida por los propios constitucionalistas principialistas y ciertamente más precisa que la de «principios» que ellos mismos ofrecen: la aplicabilidad de las reglas en la forma todo-o-nada según la tesis de Dworkin,

17. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pp. 74-76.

18. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, cap. III, § 2, pp. 86-87.

19. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I, § 2.1, p. 9. Mientras que, añaden, las reglas son «razones perentorias para la acción», los principios son razones para la acción, no perentorias, sino ponderables con otras razones o principios.

20. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., cap. VI, pp. 110-111; Íd., «Introduzione» a R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. XX; Íd., *La ley y su justicia*, cit., cap. VI, pp. 174-200.

su realizabilidad o no realizabilidad según la noción de Alexy, su forma cerrada y no abierta según la definición sugerida por Atienza y Ruiz Manero y la referencia a supuestos de hecho subsumibles en ellas según la noción de Zagrebelsky. Pues bien, todas estas connotaciones pueden ser más claramente expresadas y formalizadas a través de la referencia empírica que las reglas deben tener en todo caso al comportamiento que constituye su observancia o su violación. Según esto, puede afirmarse que son *reglas*, y de manera más precisa, *reglas deónticas*, todas y solo las normas de las que cabe configurar los actos que son su observancia o su inobservancia[21]. Llamaré, en cambio, *principios directivos*, o simplemente *directivas*, a las normas que formulan objetivos políticos —por ejemplo el trabajo puesto como fundamento de la República por el art. 1 de la Constitución italiana, o el desarrollo de la cultura promovido por su art. 9— y de las que, por eso, no son concebibles específicos actos de violación o de observancia; en efecto, pues su referente empírico no consiste en comportamientos determinados, cualificables como sus cumplimientos o incumplimientos, sino en políticas públicas, es decir, en complejos heterogéneos de posibles actividades, ninguna de las cuales es abstractamente predeterminable como su actuación o inactuación[22].

Pero no todos los principios consisten en simples directivas. En efecto, existen muchas normas, formuladas en términos de expectativas y no de obligaciones o prohibiciones, que son al mismo tiempo principios y reglas, y que llamaré *principios regulativos*: es el caso de la mayor parte de los derechos fundamentales y del principio de igualdad, que son nor-

21. He expresado esta equivalencia entre «reglas (o normas) deónticas» y su posible observancia o inobservancia en PI I, § 4.7, p. 230 y § 8.3, p. 403, por los teoremas T4.66 y T8.35: (x)(y)(RDEyx ≡ (OSSxy v IOSxy)) y (r)(x)(NDErx ≡ ((OSSxr v IOSxr)·NORr)); donde la variable 'x' denota el tema-objeto común tanto a regla (o norma) deóntica como a observancia o inobservancia y consistente en un comportamiento o en un acto jurídico. Donde no quepa una precisa y determinada observancia o inobservancia, conforme a la tesis T2.2, no podrá hablarse de figuras deónticas (*ibid.*, § 2.1, pp. 138-141), y por eso tampoco de reglas o normas deónticas sino de los que llamaré «principios directivos».

22. Una distinción análoga en algunos aspectos es la que entre «principios en sentido estricto» y «directivas» hacen M. Atienza y J. Ruiz Manero, en *Las piezas del Derecho*, cit., cap. I, § 1.3 y 2.2, pp. 5 y 14-15; cap. IV, § 4, pp. 140-141; cap. VI, § 2, p. 166; retomada por M. Atienza en *El Derecho como argumentación*, cit., cap. III, § 8, pp. 163-169 y cap. IV, § 5, pp. 219 ss.: según esta distinción, los principios en sentido estricto expresan «valores últimos», operan como «razones últimas» o «finales» de la acción y por eso prevalecen, aun siendo derogables, sobre las directivas, que operan, en cambio, como «razones para la acción de tipo utilitario». Me parece que la principal diferencia entre las dos distinciones tiene que ver, sobre todo, con «los principios en sentido estricto», que, a diferencia de los aquí llamados «principios regulativos», según Atienza y Ruiz Manero, no se comportan como reglas sino que también ellos son objeto de ponderación. Un amplio contraste entre las dos distinciones y entre las concepciones de las normas en que se apoyan puede verse en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo*, cit., pp. 78-119.

mas, en las cuales principios y reglas son caras de la misma moneda. Es la tesis que trataré de demostrar y que quizá puede valer, si no para conciliar, al menos para reducir las distancias entre las diversas concepciones del constitucionalismo.

3.5. *Los derechos fundamentales como reglas objeto de aplicación y como principios objeto de argumentación.* Preguntémonos, pues, a partir de estas redefiniciones ¿cómo se configuran los derechos fundamentales expresados por normas constitucionales? Estos derechos son ante todo derechos subjetivos que se distinguen por su carácter universal, o sea, general además de abstracto, en el sentido lógico de la cuantificación universal de sus titulares (*omnium*). En segundo lugar, consisten en expectativas negativas de no lesión, como en el caso de todos los derechos de libertad y de inmunidad, o bien en expectativas positivas de prestación, como lo son todos los derechos sociales, por ejemplo los derechos a la asistencia sanitaria y a la educación. A ellos corresponden, en tercer lugar —por la correlación lógica existente entre expectativas pasivas y modalidades deónticas activas[23]—, prohibiciones y obligaciones (*erga omnes*) impuestas a la esfera pública como su garantía. En cuarto lugar, y consecuentemente, los mismos tienen como temas-objeto y como referentes empíricos comportamientos determinados, que son exactamente los mismos que forman los temas-objeto y los referentes empíricos de sus garantías: la *no-lesión* de los derechos de libertad, con la consiguiente prohibición, y la *satisfacción* de los derechos sociales, con la consiguiente obligación a cargo de los poderes públicos[24].

De aquí se sigue que los derechos fundamentales son reglas deónticas[25], es decir, figuras deónticas de carácter universal cuyos temas-objeto consisten en posibles actos o comportamientos que son su observancia

23. Véanse el postulado P3 y las tesis T2.58-T2.69 en PI I, § 2.3, pp. 145-151.

24. Es lo que resulta de la estructura diádica, tanto de las expectativas negativas o positivas en que consisten los derechos, como de las correlativas prohibiciones y obligaciones en que consisten sus garantías y que tienen en común con las primeras los mismos temas-objeto, consistentes en la posible existencia de los actos jurídicos de los que los derechos son expectativas pasivas y las garantías son modalidades activas. Me remito aquí a los teoremas T2.60 y T2.61 —(x)((∃')ASPy'x ≡ (∃")OBLy"x) e (x)((∃')ASPy'⊥x ≡ (∃") DIVy"x)— sobre la correlación entre expectativas positivas y obligaciones y entre expectativas negativas y prohibiciones (PI I, § 2.3, p. 149); al teorema T3.36 sobre la noción de 'garantía' como obligación o prohibición correspondiente a una expectativa positiva o negativa (*ibid.*, § 3.5, p. 188); a las definiciones D10.20 y D11.1 de 'derecho subjetivo' y de 'derechos fundamentales', y a los teoremas T11.14, T11.102-T11.111 sobre las garantías primarias de los derechos fundamentales consistentes —según sean derechos individuales negativos o derechos sociales positivos— en prohibiciones de lesión (o límites fundamentales) o bien en obligaciones de prestación (o vínculos fundamentales), unos y otros absolutos, es decir, *erga omnes* (*ibid.*, § 11.1, p. 689 y § 11.9, pp. 729-733).

25. Véanse en PI I, § 11.1, pp. 689-690, las tesis T11.16-T11.20.

o su inobservancia. En efecto, pues en cuanto tales, aquellos pueden ser unas veces respetados y otras violados, actuados o inactuados y, en todo caso, aplicables a sus violaciones, según la noción de «reglas» sugerida también por los autores antes citados. Precisamente, en cuanto normas de rango constitucional, son normas sustanciales sobre la producción jurídica, que comportan para el legislador: *a*) la prohibición de su lesión, es decir, de la producción de leyes contrarias a ellos, que de violarse dará lugar a *antinomias* y *b*) la obligación de su actuación, es decir, de producir leyes que los garanticen, que en el caso de ser violada ocasionará *lagunas*. Las consecuencias jurídicas de las antinomias, que Dworkin reclama para que existan «reglas», consisten en la anulabilidad o en la inaplicabilidad de las leyes que lesionen los derechos fundamentales constitucionalmente supraordenados a ellas, según que los ordenamientos estén dotados de control concentrado o difuso de constitucionalidad de las leyes. Las consecuencias jurídicas de las lagunas son más problemáticas; pero nada excluye que, al igual que en ordenamientos como el portugués y el brasileño, se prevea también para ellas, como efecto, por ejemplo, la obligación de su denuncia a los órganos legislativos por parte de los tribunales constitucionales[26] y eventualmente la irrogación de sanciones por el correspondiente incumplimiento[27].

26. Se trata del control de constitucionalidad por omisión previsto en el art. 283 de la Constitución portuguesa y en el art. 103, § 2 de la Constitución brasileña de 1988, que se limitan a prever el señalamiento de la laguna por parte del Tribunal Constitucional al órgano legislativo, y en el caso de la Constitución brasileña con la invitación a colmarla «en el plazo de treinta días». Dario Ippolito ha hallado un importante antecedente del control jurisdiccional sobre la falta de actuación de las previsiones constitucionales por parte del legislador ordinario en la reflexión teórica de Mario Pagano y en la Constitución napolitana de 1799: cf. D. Ippolito, «Progetti costituzionali: Mario Pagano», en P. Costa, B. Sordi, M. Fioravanti y P. Cappellini (eds.), *Diritto. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2012, pp. 257-264.

27. Salvatore Senese ha propuesto integrar el modelo de la «recomendación» previsto en la Constitución brasileña con el adoptado por los Tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo, de la condena del estado incumplidor a pagar periódicamente una determinada suma de dinero hasta el momento del cumplimiento («Consideraciones extravagantes de un 'jurista empírico'»: *Doxa* 31 [2008], pp. 378-381). Añadiré —aunque la cuestión merecería un tratamiento más amplio— que la previsión de efectos no es en absoluto un rasgo distintivo de todas las reglas. La idea bastante difundida (véanse, por ejemplo, R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Turín, 2011, cap. IV, § 3, pp. 44-46); M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 134-136) de una única «forma lógica» de las normas como «enunciados condicionales» que ligan a un antecedente (una conducta, un resultado, determinadas circunstancias o condiciones) un consecuente (una cualificación deóntica o un efecto jurídico) es el fruto de una falsa generalización, probablemente sugerida por el conocido esquema «si A entonces B», basado en la centralidad de la sanción, con el que Kelsen representa la estructura de todas las normas. En realidad la misma refleja la estructura de las que, en la tipología de las reglas y de las normas citada *infra* en la nota 37, he llamado *normas hipotéticas*, pero no en cambio la estructura de todas las que he llamado *normas téticas*: de las normas penales primarias a las

Es en esta su naturaleza de reglas deónticas donde reside la normatividad fuerte de los derechos fundamentales expresados por principios constitucionales tanto en relación con la legislación como con la jurisdicción: vinculada la primera a su respeto y a su actuación, y la segunda a su aplicación sustancial a los actos inválidos que son sus violaciones[28]. Y es por la posibilidad de sus violaciones, por acción o por omisión, por lo que las normas que los establecen son caracterizables como reglas deónticas[29]. Se trata, precisamente, de las reglas que diseñan la que he llamado la esfera inmediatamente imperativa de lo «no decidible» y que constituye el rasgo característico del modelo garantista de la democracia constitucional. Esto es, la esfera de lo que la legislación tiene prohibido o está obligada a decidir, conformada por las *garantías primarias* de los derechos de libertad y de los derechos sociales, cuyas violaciones comportan como consecuencia jurídica, para la jurisdicción, la obligación de anular o inaplicar las leyes en contradicción con aquellos, que es en lo que consiste su *garantía secundaria*. Conviene recordar que en la experiencia jurisprudencial italiana el reconocimiento de esta imperatividad de las normas constitucionales sustanciales ha proporcionado un fundamento decisivo al rol garantista de la jurisdicción: fue la Corte Constitucional la que en su primera sentencia[30] afirmó el carácter inmediatamente preceptivo de aquellas, poniendo fin, en la primera posguerra, a su interpretación por la Corte de Casación como «normas programáticas» de políticas futuras, según la caracterización que hoy ofrecen Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, o la análoga de las mismas normas como «mandatos de optimización», propuesta por Robert Alexy[31].

No obstante, estas reglas tienen una intrínseca y feliz ambivalencia, ya señalada en el § 2.6. Vistas desde abajo, *ex parte populi*, son dere-

prohibiciones y las obligaciones en materia de circulación vial, del repudio de la guerra al principio de igualdad y a los derechos fundamentales. Para una discusión más detallada de la cuestión, véase L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo*, cit., pp. 99-119.

28. Sobre las nociones de 'respeto' y de 'aplicación sustancial' véase la cita de PI I en la nota 24 del capítulo anterior.

29. Es un teorema banal derivable de las tesis T4.66 y T8.35, citadas en la nota 13.

30. Se trata de la sentencia 1/1956 de la Corte Constitucional. El carácter programático de las normas sustanciales de la Constitución fue declarado por la Casación, Secciones Unidas, el 7 de febrero de 1948 (cf. *Foro italiano* II [1948], p. 57). La misma Casación, sin embargo, afirmó después el carácter de «norma preceptiva de inmediata aplicación» del derecho del trabajador, previsto en el art. 36 de la Constitución, «a una retribución proporcionada a la cantidad y a la calidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurar al mismo y a su familia una existencia libre y digna» (sentencia 3046/1954, de 13 de septiembre).

31. M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica», en J. Malem, J. Orozco y R. Vázquez, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 94 y 99; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III, § 2, p. 86.

chos, de los que todos, en cuanto personas o ciudadanos, son *titulares*. Miradas desde arriba, *ex parte principis*, son reglas, es decir, prohibiciones u obligaciones que tienen por *destinatarios* a los poderes públicos. Es por lo que las he llamado «principios regulativos». Por lo general, su expresión en las constituciones no adopta la forma de obligaciones o prohibiciones, sino la de derechos y, por consiguiente, de expectativas[32]: de expectativas negativas de no lesión o restricción, como en el caso del principio de igualdad y de los derechos de libertad y de autonomía; o de expectativas positivas de prestaciones, como en el de los derechos sociales. Precisamente por eso tienen la forma de *principios*, porque de este modo las constituciones proclaman explícitamente las expectativas, es decir, los intereses o las necesidades vitales que estipulan como valores y como razón social del pacto de convivencia, dejando implícitas las garantías, esto es, las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a los mismos. Porque, en otras palabras, como bien ha subrayado Giorgio Pino, gracias a esta forma, las constituciones expresan directamente los fines y las opciones ético-políticas que el ordenamiento quiere perseguir con los principios[33]. Pero es claro que, con respecto a las violaciones de las prohibiciones y a los incumplimientos de las obligaciones que les corresponden, estos principios se manifiestan como *reglas*, en el sentido ya ilustrado de que son aplicables judicialmente a las primeras y actuados legislativamente por las segundas. Se trata siempre de las mismas normas, o en todo caso de normas implícitas una en la otra.

Por lo demás, sobre todo en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, estas normas fueron expresadas a menudo en forma de reglas, es decir, de prohibiciones perfectamente equivalentes a los correspondientes derechos: «El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, etc.», afirma la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos; «Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado, sino en los casos previstos por la ley», establece el art. 7 de la Declaración francesa de 1789. Estas normas, cualquiera que sea su formulación, si se miran como principios, enuncian directamente valores: igualdad, libertad, salud, educación, previsión social y otros similares. Si, en cambio, son vistas como reglas, resultan «opacas»[34] en relación con estos, aunque les sean funcionales, dado que indican directamente la clase de las conductas prohibidas que son sus vio-

32. Según la noción de derecho subjetivo definida en PI I, § 10.11, D10.20, p. 605 y citada aquí en la nota 62 del capítulo I.

33. G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, pp. 52 y 130-131.

34. *Ibid.*

laciones o bien de las conductas obligatorias que son sus actuaciones. En síntesis, expresan las garantías primarias, como, por ejemplo, las prohibiciones de discriminación, o de limitaciones o restricciones de la libertad, o bien la obligación de prestaciones, como las escolares o sanitarias a cargo de la esfera pública.

Por tanto, esta ambivalencia de los principios regulativos permite evidenciar el doble papel normativo del constitucionalismo, capaz de satisfacer las diferentes exigencias hechas valer por las dos diversas concepciones, la principialista y la garantista. En cuanto principios, los mismos operan como argumentos en las motivaciones de la interpretación judicial o de la política legislativa[35]. De aquí su llamada función «normogenética», es decir, su aptitud para justificar una pluralidad de reglas, sean explícitas o implícitas[36]. Es precisamente en ellos, y tanto más si son de rango constitucional, donde se apoya la argumentación racional, ya que expresan la razón de ser de las normas en las que son enunciados. Pero, en cuanto reglas, se aplican o se actúan. De aquí su normatividad fuerte y su papel garantista como normas rígidamente vinculantes para la jurisdicción y la legislación. En fin, también las normas formuladas en forma de reglas, cuando son utilizadas como argumentos interpretativos, se manifiestan y son invocadas haciendo hincapié en su razón de ser, es decir, sobre los principios en que se fundan. Puede incluso afirmarse que así como todo principio regulativo es aplicable como regla a sus violaciones, tras de cada regla no insensata —de la prohibición de estacionar al castigo del homicidio— hay generalmente un principio utilizable en la argumentación. En pocas palabras, la argumentación es siempre por principios, mientras la aplicación lo es siempre de las reglas correspondientes. Y si es cierto que toda aplicación supone normalmente una argumentación por principios, es también cierto que toda argumentación tiene por finalidad la aplicación de una regla. De cualquier modo, en el caso de los principios regulativos, principios y reglas no son normas distintas y menos aún contrapuestas, sino que son las caras de la misma moneda.

La verdadera diferencia con respecto a las reglas deónticas tiene que ver con los que he llamado *principios directivos*, es decir, con las normas de las que no cabe concebir precisas violaciones, subsumibles como tales en ellas. En efecto, estos principios, estos sí, son normas que impo-

35. Según Claudio Luzzati, este rasgo de tipo pragmático es el más característico de los principios: «lo que hace de una norma un principio es, *grosso modo*, su uso como argumento capaz de justificar una conclusión práctica» (*Príncipi e princìpi. La genericità del diritto*, Giappichelli, Turín, 2012, p. 2; cf. también *ibid.*, pp. 37-39 y 115-120).

36. F. Modugno, «Principi generali dell'ordinamento», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, § 4, pp. 8-9; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III; Íd., «Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos»: *Doxa* 34 (2011), p. 214.

nen políticas —es decir, actividades no predeterminadas sino libradas a la autonomía del legislador— idóneas para alcanzar las finalidades indicadas por ellos. Sin embargo, el campo de denotación de esta categoría, al no comprender la mayor parte de los derechos fundamentales, es bastante más restringido de lo que piensan muchos de los neoconstitucionalistas principialistas. Por ejemplo, en la Constitución italiana, enuncian principios directivos el ya recordado art. 1, 1.º: «Italia es una república fundada en el trabajo»; el art. 3, 2.º: «Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País»; el art. 29, 1.º: «La República reconoce los derechos de la familia»; el art. 35, 1.º: «La República tutelará el trabajo en todas sus formas y aplicaciones»; el art. 47, 1.º: «La República fomentará y tutelará el ahorro». Como es de ver, se trata de normas que, aunque no inmediatamente aplicables a precisas violaciones, tienen enorme relevancia política, ya que definen la identidad democrática de la República. Así entendidas, en el léxico que propongo, son precisamente *reglas constitutivas* de la identidad del Estado italiano[37]. Pero, a diferencia de los derechos fundamentales, igualmente constitutivos de la identidad democrática del ordenamiento cuya constitución los establece, no conforman la esfera de lo «no decidible que» o «que no», sino solo las finalidades a perseguir; no prohíben ni prescriben actividades determinadas, sino que tienen solo el débil valor deóntico consistente en prescribir políticas idóneas para obtener los resultados programados; no son concebibles específicas actividades que

37. Para una más clara y precisa caracterización de estos principio dentro de la tipología de las normas que he propuesto, me parece útil citar algunas asunciones elementales formuladas en PI I, Preliminares, p. 85 y § 4.5-4.6, pp. 222-228. Según el postulado P7, las reglas «o bien son ellas mismas modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus, o bien predisponen modalidades, o expectativas positivas, o expectativas negativas o estatus». Según las definiciones D4.6 y D4.7, son reglas téticas las «que disponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus» y reglas hipotéticas las «que predisponen modalidades, expectativas positivas, expectativas negativas o estatus» como efectos, cuando se trate de normas hipotéticas, de los actos jurídicos que son su causa (T8.33). Cruzando esta distinción con la de reglas deónticas y reglas constitutivas (D4.8, D4.9, T4.55-T4.56) tendremos cuatro clases de reglas: las reglas tético-deónticas, que disponen ellas mismas modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas (T4.58); las reglas tético-constitutivas, que disponen ellas mismas estatus ónticos (T4.59); las reglas hipotético-deónticas, que pre-disponen modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas; las reglas hipotético-constitutivas, que pre-disponen estatus ónticos (T4.61). La tipología de las normas jurídicas, que son las reglas producidas por actos jurídicos (D8.1), calca por completo la de las reglas (T8.21-T8.29 y T8.36): por eso, las normas se distinguirán en tético-deónticas, hipotético-deónticas, tético-constitutivas e hipotético-constitutivas (PI I, § 8.2-8.3, pp. 399-406).

representen su observancia o su violación, sino solo los resultados de conjunto de las políticas públicas, a partir de los cuales se puede valorar su mayor o menor grado de realización[38].

Naturalmente, no basta que la constitución use la palabra «derecho» para estar frente a una regla. Por ejemplo, «el derecho al trabajo» previsto en el art. 4 de la Constitución italiana, al no resultar imaginables precisas violaciones o cumplimientos de este, a tenor de las definiciones que he propuesto, no es una regla, sino un principio directivo: la directiva del pleno empleo que los poderes públicos deben perseguir con políticas adecuadas. «La República», afirma por lo demás el mismo art. 4, «promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho»; que es lo que con otras palabras dice el art. 40, 1.º de la Constitución española, según el cual «los poderes públicos [...] realizarán una política orientada al pleno empleo». Por otra parte, no siempre es claro si se está frente a un principio directivo o un principio regulativo. En muchos casos la cuestión es de grado, en el sentido de que, en concreto, pueden darse principios con un grado mayor o menor de capacidad regulativa. Lo importante es que la distinción conceptual entre los dos tipos de principios y su diverso papel normativo sean claros en el plano teórico. Mientras los principios regulativos son aplicables y actuables del mismo modo que las reglas, todos los principios directivos, además de connotar la identidad de las instituciones y de promover políticas públicas, son utilizables, al igual que el resto de los principios regulativos, como argumentos relevantes en la interpretación constitucional. Por ejemplo, los arts. 1 y 4 de la Constitución italiana sobre el trabajo como fundamento de la República y como objeto de un derecho, pueden valer muy bien como argumentos de apoyo de la invalidez de leyes restrictivas de los derechos de los trabajadores, o también, a la inversa, como ha sucedido en la jurisprudencia constitucional italiana, para sostener la validez de leyes que imponen límites al poder del empleador de despedir a un trabajador, como la existencia de una justa causa[39].

38. La naturaleza de reglas y no de principios y valores de la mayor parte de las normas sustanciales de la Constitución italiana, y en particular de los derechos fundamentales es sostenida por G. Azzariti, «Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione», en A. Palazzo (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del* XXI *secolo*, Esi, Nápoles, 2001, § 7-9, pp. 242-249; por A. Pace, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2006, pp. 86 ss; y por F. Bilancia, «Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale», en *Studi in onore di Alessandro Pace*, vol. I, Esi, Nápoles, 2012, pp. 53-92. G. Azzariti (*Il costituzionalismo moderno puó sopravivere*?, Laterza, Roma/Bari, 2013) ha desarrollado una apasionada defensa del constitucionalismo moderno como modelo prescriptivo, en oposición a su noción premoderna de tipo descriptivo, hoy avalada y nuevamente propuesta por sus concepciones realistas y a veces por las neoconstitucionalistas.

39. Sentencias de la corte Constitucional n.º 47/1976, de 16 de marzo y n.º 189/1980, de 22 de octubre. Sobre el valor fundamental de estas normas, véase G. Ferrara, «Il la-

Esta cuestión tiene una enorme relevancia práctica, y no solo teórica. La tesis principialista de que los derechos fundamentales y el principio de igualdad establecidos en las constituciones —es decir, las normas sustanciales de mayor importancia sobre la producción legislativa— son (solo) principios y no (también) reglas, objeto de ponderación y no de aplicación por los legisladores y los jueces constitucionales, sirve de hecho para debilitar la normatividad de las constituciones, para favorecer una impropia autonomía de la legislación y de la jurisdicción, bastante más allá de los ordinarios márgenes de discrecionalidad de la primera y del juego de lo opinable en las actividades interpretativas de la segunda, y, por eso, para contradecir los dos fundamentos, por así decir estructurales, del paradigma constitucional del estado de derecho. De una parte, la jerarquía de las fuentes y la colocación de la constitución en el vértice del ordenamiento como conjunto de normas vinculantes para todos los poderes constituidos, ya que la ponderación legislativa y la judicial se resuelven en la elección, aunque sea argumentada, de los principios constitucionales considerados en cada en cada caso «de mayor peso» en perjuicio de los tenidos por más ligeros. Por otra, la separación de poderes y la sujeción de los jueces a la ley, ambas oscurecidas por el papel creativo del derecho asignado a la función judicial, transformada por la ponderación en una fuente, lo que contradice el principio de legalidad como única norma de reconocimiento del derecho vigente en nuestros ordenamientos de *civil law*[40].

Si se quiere evitar estas aporías será preciso reconstruir de un modo diverso la estructura del razonamiento judicial exigido por el concurso o los conflictos entre normas y, por tanto, también entre derechos y

voro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana» (2006), en *La crisi della democrazia costituzionale agli inizi del* XXI *secolo*, Aracne, Roma, 2012, pp. 31-53. Gianni Ferrara (*ibid.*, p. 38) recuerda la tesis de Costantino Mortati según la cual el art. 4 de la Constitución «debe ser asumido como supremo criterio interpretativo de las normas» que se expresan en los artículos de la Constitución dedicados al trabajo, que él considera como «instrumentos» a través de los cuales el derecho al trabajo debe ser hecho efectivo (C. Mortati, «Art.1», en *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bolonia, 1975, pp. 17-18).

40. Recuérdese este inquietante pasaje de Ronald Dworkin: «La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contiene la previsión normativa de que el Congreso no limitará la libertad de expresión. ¿Es esta una regla, de modo tal que si una ley concreta limitase la libertad de expresión sería inconstitucional? Los que entienden que la primera enmienda es 'un absoluto' dicen que debe ser interpretada de este modo, es decir, como una regla. ¿O, en cambio, afirma simplemente un principio, de manera que, descubierta una limitación de la libertad de expresión, la misma sería inconstitucional salvo que el contexto evidenciase algún principio o alguna consideración de oportunidad política que en determinadas circunstancias tenga el peso suficiente para permitir aquella limitación? Tal es la posición de los que sostienen el que he llamado factor del 'riesgo claro e inminente' o alguna otra forma de 'ponderación'» (*Los derechos en serio*, cit., pp. 78-79).

principios constitucionales. No solo porque la ponderación de las normas contradice la lógica del estado de derecho, sino también porque la metáfora de la diversidad de peso corresponde en realidad a procedimientos cognoscitivos que requieren análisis diferenciados. Con ese fin, distinguiré dos tipos de soluciones de tales concursos o conflictos, ambos compatibles con la jerarquía de las fuentes, con la separación de poderes y con el principio de sujeción a la constitución tanto de los jueces como de los legisladores: la solución de los conflictos concebibles en abstracto y la de los conflictos que se presentan en concreto.

3.6. *Sobre las soluciones de los conflictos: A*) *Las soluciones en abstracto. Concursos de normas.* Gran parte de los conflictos entre derechos, imaginables en abstracto, no son conflictos en sentido propio que requieran ponderaciones. Se trata más bien de límites impuestos por alguno de ellos al ejercicio de otros, implícitos en la estructura lógica de los mismos principios o derechos, a veces explicitados por las propias normas constitucionales y en todo caso reconocibles en general y en abstracto en sede de interpretación judicial o doctrinal. No se trata de límites dictados por opciones morales o ideológicas, aunque de ordinario reflejen la máxima kantiana según la cual el derecho debe consistir en la limitación de las libertades de cada uno para hacerlas compatibles con las libertades de los demás[41]. Se trata de límites de carácter lógico y conceptual. No son límites valorables en cada ocasión según la singularidad de los casos, sino de relaciones entre tipos de derechos reconocibles en el plano teórico o doctrinal de una vez por todas, es decir, con apoyo en argumentos que, por más que opinables, son presentados y sostenidos como válidos en cualquier caso[42]. Diré que en la argumen-

41. I. Kant, «En torno al tópico: 'Tal vez esto sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica'» (1793), en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 29: «El *derecho* es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto esta concordancia sea posible según una ley universal; y el *derecho público* es el conjunto de *leyes externas* que hacen posible tal concordancia sin excepción». Kant formuló la misma noción de derecho en *La Metafísica de las costumbres* (1797), Tecnos, Madrid, 1989, «Introducción a la doctrina del derecho», B, p. 38: «El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad»; *ibid.*, C, p. 38: «Una acción es *conforme a derecho* cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal». Es sustancialmente el mismo principio formulado por John Stuart Mill en términos utilitaristas: «El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección» o bien «evitar que perjudique a los demás» (J. S. Mill, *Sobre la libertad*, cit., p. 65).

42. Como escribe Claudio Luzzati, «dados dos principios cualesquiera sometidos a ponderación, solo caben tres posibilidades recíprocamente excluyentes: o pesan lo mis-

tación de estas soluciones radica una de las tareas más relevantes de la doctrina jurídica.

Un primer límite tiene que ver con las relaciones entre inmunidades fundamentales y los demás derechos fundamentales. Los derechos fundamentales consistentes en meras inmunidades —esto es, solamente en expectativas pasivas negativas como la libertad de pensamiento o de conciencia o la inmunidad frente a las torturas, es decir, en facultades o poderes— puesto que no conllevan ningún acto como su ejercicio, están tendencialmente en el vértice de la jerarquía. En efecto, al no poder limitar o interferir en las libertades y en los derechos de los demás, son un límite al ejercicio de todos los demás derechos y no son limitables por el ejercicio de ninguno de estos. Sin embargo, no siempre las relaciones entre derechos de inmunidad y derechos activos de libertad permiten soluciones en abstracto. Por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento topa ciertamente con el límite de la dignidad de la persona, y por eso de su inmunidad frente a difamaciones o calumnias; pero tal límite puede ser considerado más o menos rígido, dando lugar a soluciones diversas en los casos concretos, según, por ejemplo, el papel público de la persona cuya privacidad resulta violada[43].

Hay un segundo límite, de bastante mayor importancia, que tiene que ver con las relaciones entre todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales y los derechos de libertad —ya sean meras inmunidades o también facultades, como, por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento— y los derechos fundamentales de autonomía civil, que son además poderes, dado que su ejercicio consiste en actos jurídicos productores de efectos en la esfera jurídica de otros. Es un límite ligado a una cuestión de gramática jurídica, ya discutida en el § 1.7: aunque todos estos derechos sean de un rango constitucional equivalente, el ejercicio de los segundos —repárese, no los segundos, es decir, los derechos civiles de autonomía, sino los actos que son su ejercicio, como por ejemplo los de carácter contractual— se halla, en la estructura en grados del ordenamiento, en un nivel más bajo que el constitucional, al que pertenecen todos los derechos fundamentales, ninguno de los cuales puede ser por eso derogado por ellos. A veces este segundo límite se encuentra establecido por las propias normas constitucionales. Por ejemplo, el art. 41 de la Constitución italiana dispone que «la iniciativa económica privada es libre» pero «no puede desarrollarse en contra de la utilidad so-

mo, o el primero pesa más que el segundo o viceversa. *Pero lo que no puede suceder es que esta relación cambie según los diversos contextos*» (*Príncipi e princìpi*, cit., p. 176).

43. Debo esta precisión a las observaciones críticas de J. Ruiz Manero, «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, 'soluciones en abstracto' y 'ponderaciones equitativas'», de próxima publicación en *Doxa* 35 (2013).

cial o de modo que cause daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana». Una norma, esta segunda, que prevé de manera explícita un límite de tipo teórico o conceptual, dado que según ella el ejercicio del derecho-poder de iniciativa económica, es decir, de los derechos civiles de autonomía privada, no puede ocasionar daño a los derechos de libertad, a la seguridad o a la dignidad de la persona[44].

Así tenemos tres clases de derechos fundamentales —las simples inmunidades fundamentales, los derechos activos de libertad y los derechos-poder de autonomía— la primera de las cuales está habitualmente supraordenada al ejercicio de todos los demás, mientras que, en la estructura gradual del ordenamiento, el ejercicio de la tercera está subordinado al respeto de todos los demás[45]. Sería deseable que las normas constitucionales, en virtud del principio de que son tanto más vinculantes cuanto más claras y unívocas, formulasen explícitamente y con precisión, para reducir al máximo la discrecionalidad judicial, los límites y los contra-límites que deben intervenir en el supuesto de concurso de derechos fundamentales[46]. En todo caso, lo que importa subrayar en el plano teórico es que tales límites y contra-límites, cuando sean concebibles en abstracto, deberán ser en todo caso argumentados y establecidos con carácter general, es decir, de una vez por todas, por la doctrina y por la jurisprudencia[47]. Se tratará, es obvio, de argumentaciones opinables, pero siempre propuestas como válidas con carácter general, prescindiendo de las singularidades de los casos concretos enjuiciados.

3.7. *B*) *Las soluciones en concreto. La ponderación equitativa*. Cosa bien distinta es, en efecto, la solución de los conflictos que se dan en concreto, es decir, los del segundo tipo de mi distinción: el generado por la singularidad de los casos particulares objeto de enjuiciamiento. En ta-

44. El mismo límite al ejercicio de tales derechos-poder puede hallarse en el preámbulo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que habla de desarrollo «sostenible», es decir, compatible con la garantía de los bienes y de los derechos establecidos en ella.

45. Sobre esta jerarquía, remito a PI I, § 1.6, pp. 127-128; § 2.4, pp. 154-155 y 11.6, pp. 711-717; PI II, § 15.1, pp. 302-303 y § 15.10, pp. 346-347.

46. Límites claros y unívocos, porque absolutos son obviamente aquellos a los que la constitución atribuye plena rigidez, reconociéndoles así una jerarquía superior a todos los demás, como los citados *supra* en la nota 12 del capítulo II. Sobre los límites y las jerarquías entre principios fijados por el propio texto constitucional, véase A. Pace, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2007, pp. 83-103.

47. Es lo que, indirectamente ha hecho, por ejemplo, la sentencia n.º 1146/1988 de la Corte Constitucional italiana, al establecer que «la Constitución contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales», afirmando con esto su superioridad jerárquica en relación con otras normas de la misma Constitución.

les supuestos se trata de la ponderación habitualmente concebida por sus defensores como «especificación» o «concreción» de los principios, a veces también en presencia de conflictos concebibles y solucionables en abstracto[48]. Lo que aquí se da es una confusión entre hechos y normas. En efecto, pues en concreto lo que cambia no son las normas, siempre iguales, sino los casos juzgados, que, aunque subsumibles en las mismas normas, son siempre irrepetiblemente diversos unos de otros. Por eso, en estos casos, la llamada ponderación concierne no a las normas aplicables, sino a los rasgos singulares e irrepetibles de los hechos sometidos a enjuiciamiento. Incide en la comprobación de la verdad de hecho y no de la verdad jurídica. Piénsese, en materia penal, en la valoración de las circunstancias atenuantes y de las agravantes y en el juicio de prevalencia de las primeras sobre las segundas o de las segundas sobre las primeras; en el juicio sobre la proporcionalidad de la defensa a la agresión, o del acto ofensivo al peligro para salvarse del cual su autor lo cometió, a los fines de la apreciación o no de las eximentes de legítima defensa y del estado de necesidad; en la valoración equilibrada de los indicios, de las pruebas y contrapruebas en la inducción probatoria; o en la valoración de la gravedad del hecho a tenor de sus concretas y singulares circunstancias. Piénsese, en materia civil, en la ponderación de las variadas circunstancias del hecho a los fines de la valoración de la buena fe, de la entidad del daño injusto[49], de la culpa en los ilícitos civiles, de los vicios del error, el dolo o la violencia en la prestación del consentimiento por los contratantes, o de las conductas y las culpas de los cónyuges en el juicio de separación, etc. Piénsese, en materia constitucional, en las múltiples e imprevisibles circunstancias de hecho ponderadas en la valoración de las violaciones de los principios de igualdad y dignidad de la persona, o de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales[50]. En todos

48. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 35-42; J. J. Moreso, «Conflitti tra principi costituzionali»: *Ragion pratica* 18 (2002), pp. 201-220; D. Mendonca, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2005; M. Barberis, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Módena, 2012, pp. 69-70; G. Zagrebelsky, *La ley y su justicia*, cit., p. 186.

49. Pietro Trimarchi ha situado la «valoración comparativa de dos intereses contrapuestos» en la base del problema del ilícito civil: «Illecito (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Giuffrè, Milán, 1970, p. 98.

50. También los intereses en conflicto sopesados en la decisión judicial son circunstancias de hecho, valoradas en cada ocasión con referencia al caso concreto, en vista de una solución que no tiene nada que ver con la interpretación y la ponderación de las normas. «Si la interpretación tiene como objetivo asignar *un* significado al discurso del legislador», escribe Roberto Bin, «la ponderación de los intereses no se mueve, ciertamente, en esa dirección. El fin es llegar, en presencia de un conflicto de intereses, a una solución satisfactoria: una solución [...] que no tiene nada que ver con el mundo de los significados [...] La ponderación no pretende fijar el único significado atribuible a una disposición, sino

estos casos los jueces no valoran las normas a las que están sujetos, sino los comportamientos y las situaciones que están llamados a enjuiciar. No pesan las normas, sino las circunstancias de los hechos sometidos a su juicio. Y no pueden dejar de hacerlo porque el juicio no versa sobre los hechos en abstracto, sino sobre hechos concretos y sus irrepetibles circunstancias y características.

Este tipo de ponderación equivale, pues, a una operación requerida por la que he llamado la dimensión equitativa de la jurisdicción: una dimensión indebidamente descuidada por la reflexión epistemológica, a pesar de ser componente esencial e ineludible de cualquier juicio[51]. En materia de equidad, hay un equívoco epistemológico que grava nuestra tradición jurídica, a partir de Aristóteles. La equidad sería «una corrección de la justicia legal»[52], «lo justo que está fuera de la ley escrita»[53], «la recta razón, que interpreta y enmienda la ley escrita»[54], «una ruptura del derecho formal»[55], «la muleta de la justicia» que «nos obliga a transgredir la justicia formal»[56], un remedio de las deformaciones de la ley mediante el recurso al «derecho natural»[57] o, en fin, «la justicia del hombre en contraste con la justicia de la ley»[58]. En realidad, aquella no se opone en modo alguno a la ley o a la justicia legal o formal, pues no consiste sino en la comprensión y en la valoración de las concretas e irrepetibles circunstancias y connotaciones que hacen a cada hecho diverso de todos los demás, aunque correspondan todos al mismo supuesto legal. Es, en suma, un tipo de averiguación fáctica inevitablemente exigido, sobre todo ante un concurso de normas, por la comprensión de la singularidad de los hechos, y no, por cierto, una fuente o un método

hallar el punto de equilibrio entre las posiciones de interés en juego en el caso específico» (*Diritti e argomenti*, cit., p. 60).

51. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Trotta, Madrid, [10]2009, cap. III, § 11, pp. 155-166.

52. Aristóteles, *Ética nicomaquea*, introd. de E. Lledó, trad. y notas de J. Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1988, V, 10, 1137b, p. 263.

53. Aristóteles, *Retórica*, ed. de Q. Racionero, Gredos, Madrid, 1990, I, 13, 1374a, p. 285.

54. T. Hobbes, *Diálogo entre un filósofo y un jurista* (1655), en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y otros escritos autobiográficos*, ed. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 58 y 65, donde Hobbes retoma la definición de equidad de *sir* Edward Coke.

55. G. W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política* (1821), trad. de J. L. Vermal, Edhasa, Barcelona, 1988, apartado 23, p. 295.

56. Ch. Perelman, *La justicia* (1945), trad. de R. Guerra, UNAM, México, 1964, p. 46.

57. F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 158.

58. N. Bobbio, «¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?» (1983), en *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986, p. 130.

de producción normativa[59]. Por lo demás, como prueba de la tesis de que la ponderación tiene por objeto no las normas, sino las circunstancias de los hechos previstos por ellas, los propios teóricos de la ponderación de los principios, en el análisis de las argumentaciones en apoyo de las soluciones ponderadas de los llamados «casos difíciles», hacen siempre referencia al carácter concreto de tales casos y a su irrepetible singularidad[60].

Es pues evidente que la valoración equitativa de los hechos juzgados retroactúa sobre la que he llamado «interpretación operativa»[61] y que, por ello, en la identificación de las normas más apropiadas, se orienta por la singularidad de los hechos sometidos a juicio. De aquí la variedad de las interpretaciones y de las máximas producidas por la inabarcable casuística jurisprudencial. Pero lo que cambia no son las normas, siempre las mismas, sino los hechos, que son siempre diversos y que el juez lee *sub specie iuris*, es decir, según la pertinencia de las reglas que está llamado a aplicar y su interpretación sistemática. Volviendo a nuestros ejemplos, el juez no pondera las normas sobre las circunstancias agravantes y atenuantes, las normas que incriminan conductas, las relativas a las eximentes, o las normas sobre la libertad de prensa y sobre el derecho a la privacidad. Y ni siquiera deriva las reglas aplicables de la ponderación de los diversos principios subyacentes a ellas, al contrario de lo que dice Alexy. Sí pondera, en cambio, las diversas circunstancias fácticas que justifican la prevalencia de las agravantes o las atenuantes, las particularidades del hecho que justifican o no la aplicación de una eximente, o bien si el hecho es un legítimo ejercicio de la libertad de prensa o una violación de la privacidad ajena.

59. Que es como parece que entiende, en cambio, Manuel Atienza, tanto la ponderación como la argumentación (en *El Derecho como argumentación*, cit.). Quizá es lo que explica el hecho de que Atienza considere ponderación y argumentación como temas de la teoría del derecho; y, consecuentemente, también el reproche que, como otros, me ha dirigido tantas veces de la falta de una teoría de la interpretación y de la argumentación en mi teoría del derecho. Esta ausencia se debe al hecho de que la teoría de la interpretación, como la teoría de la prueba, la teoría de la equidad y, por otra parte, la teoría del método axiomático en la construcción de la teoría del derecho pertenecen a la teoría del conocimiento jurídico: la primera a la teoría del conocimiento, doctrinal y judicial, del derecho vigente; la segunda, a la teoría del razonamiento probatorio; la tercera, a la teoría de la comprensión equitativa; la cuarta, a la metateoría del derecho.

60. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., § 3.2, p. 89: «En los casos concretos los principios tienen diferente peso» y «prima el principio con mayor peso». La misma referencia a la ponderación en los «casos concretos» se encuentra en M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, cit., cap. 3, § 8, pp. 168-174.

61. «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto* I (1966), pp. 290-304, y últimamente en PI I, «Preliminares», p. 98; § 4.4, pp. 220-221; § 6.12, pp. 320-321; § 8.8, pp. 423-424; § 9.6, pp. 488; § 9.16, pp. 533-534; § 12.8, pp. 831-836.

3.8. *Derecho vigente y derecho viviente*. En definitiva, la ponderación como método de solución de los problemas interpretativos no tiene espacio en la aplicación de la ley. Es una metáfora sugestiva, que como todas las metáforas, si se toma al pie de la letra, introduce inevitables distorsiones. Los principios no son normas expuestas a las opciones ponderadas de los legisladores y de los jueces, sino, por el contrario, límites y vínculos impuestos a unos y otros. En cuanto a los conflictos, los dilemas y las incertidumbres que se dan en presencia de concursos de normas, se resuelven en el plano general y abstracto con argumentos, aunque sean opinables y controvertidos, en apoyo de la calificación jurídica propuesta como las más correcta a tenor de las normas existentes. Y cuando los concursos y los dilemas surgen a propósito de los casos concretos, a través de la comprensión y la valoración equitativa de las circunstancias, singulares e irrepetibles, que hacen a cada caso irreductiblemente distinto de todos los demás. En ambos tipos de supuestos, concebir la ponderación como elección ponderada de una norma con menoscabo de otra[62] y admitir por tanto la derogabilidad de las normas constitucionales[63], equi-

62. «Cuando dos principios entran en colisión», afirma, por ejemplo, Alexy, «uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso» (R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III, § 3.2, p. 89). De este modo, escribe justamente Riccardo Guastini, la ponderación acaba por resolverse en una técnica argumentativa consistente no en atemperar principios, sino en apartar, suprimir o sacrificar uno en beneficio del otro, además, según una «jerarquía axiológica móvil» entre principios, variable caso por caso a discreción del intérprete (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 216-221 y 252-253). En el trabajo de J. Ruiz Manero, «A propósito de un ultimo texto de Luigi Ferrajoli», cit., se revela según me parece una implícita admisión de la normatividad débil y escasamente consistente que se sigue para las normas constitucionales de su consideración como principios objeto de ponderación, a partir de la reiterada calificación de la realización de la acción calificada deónticamente por los principios como una simple «oportunidad», que puede no darse donde concurra, obviamente a juicio del intérprete, la «oportunidad de realizar otra acción calificada por otro principio».

63. En inglés *defeasibility*, en castellano, «derrotabilidad». Sobre los diversos significados de «defectibilidad» (*defettibilità*), véase P. Chiassoni, «La defettibilità nel diritto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (2008), pp. 471-506. «Los principios son normas derrotables» afirma, por ejemplo, Alfonso García Figueroa, y «la derrotabilidad es una propiedad esencial de las normas jurídicas en los Estados constitucionales», de modo que la norma «N *puede* verse inaplicada [mediante la ponderación] y *debe* serlo *si y solo si* surgen nuevas excepciones justificadas y que quizá no fueron previsibles *ex ante*» (*Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 20, 151 y 136). Sobre el «carácter defectible» de los derechos fundamentales consecuente a sus potenciales conflictos y sobre el «carácter aproximativo» de su interpretación consecuente a su indeterminación, cf. tam-

vale a hacer vana la sujeción del juez a la ley. La ponderación, entendida de ese modo, repito, es una operación jurídicamente incompatible con el principio de legalidad y con la lógica del estado de derecho. Algo distinto es que se llame ponderación a cualquier tipo de opción interpretativa de las que siempre concurren en la práctica jurídica, pero entonces convendría no usar esa palabra, ya comprometida con las teorías que la han contrapuesto a la subsunción. En cualquier caso, ponderación es un término infeliz y distorsionador: porque transforma la aplicación de la ley en una operación desvinculada de esta, o porque se usa con un significado demasiado extenso, hasta el punto de designar cualquier tipo de razonamiento jurídico y de interpretación sistemática. La cuestión no es meramente terminológica. Las teorías cumplen un papel performativo del derecho y del imaginario de los jueces y los juristas. Uno de los argumentos habitualmente usado en apoyo de la ponderación es el realista conforme al cual ponderación es, precisamente, lo que hacen los jueces. Admitiendo, solo como hipótesis, que (y en todo caso en la medida en que) fuera ciertamente eso lo que hacen los jueces —y no la normal interpretación sistemática del complejo conjunto de las normas de que se compone cualquier ordenamiento— la teoría de la ponderación serviría para legitimar y favorecer esa práctica, anómala e impropia al mismo tiempo.

Todo esto no excluye en modo alguno el papel de la argumentación por principios. Al contrario, puede afirmarse que toda la actividad jurisprudencial, precisamente porque está sometida a la ley y por ello a la carga de la motivación, consiste en una actividad argumentativa además de, y antes que, aplicativa. Y la argumentación, según se ha dicho en el § 3.5, utiliza siempre, como argumentos, los principios expresados, directa o indirectamente, por normas jurídicas. Esta fenomenología del derecho —de la legislación, de un lado, y de la jurisdicción, del otro— puede verse con más claridad distinguiendo netamente entre el *derecho vigente* y el *derecho viviente*. Esta distinción es el reflejo de la necesaria ambivalencia del derecho moderno, ligada a su vez a su naturaleza lingüística y positiva. Gracias a esta naturaleza lingüística, todo fenómeno normativo puede ser considerado al mismo tiempo como acto normativo y como norma, el primero como signo y causa de la segunda, la segunda como significado y efecto del primero[64]. Por eso cabe dar dos respuestas a la pregunta «qué es el derecho positivo», diversas pero ambas empíricamente plausibles a tenor de los dos puntos de vista desde los

bién T. Mazzarese, «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione 'politicamente scorretta'»: *Ragion pratica* 35 (2010), § 5.3.

64. Sobre las relaciones de implicación recíproca entre signo y significado, entre causa y efecto, entre fuente o acto normativo y norma, remito a PI I, § 4.1, D4.1, pp. 209-211; § 5.4, D5.2 y T5.29-T5.31, pp. 256-259; § 8.1, D8.2, pp. 397-399 y § 9.5, T9.60-T9.61, p. 479.

que cabe observar el fenómeno jurídico. Podemos responder que el derecho consiste en el conjunto de los actos lingüísticos y de los enunciados prescriptivos válidamente producidos por las autoridades normativas de un determinado ordenamiento. Pero también podremos decir que el derecho consiste en el conjunto de los significados normativos asociados a aquellos enunciados por la interpretación de los operadores jurídicos. La primera respuesta es la propia de las concepciones normativistas, la segunda es la ofrecida por las concepciones realistas del derecho: dos concepciones por lo general contrapuestas, pero que se implican recíprocamente, como caras de la misma moneda[65]. El postulado del positivismo jurídico es el principio normativista de que el derecho es todo y solo lo que es puesto o producido por las autoridades habilitadas para producirlo, es decir, un conjunto de signos y de enunciados normativos. Pero este principio, esencial para asegurar al derecho objetividad positiva e intersubjetividad, se conjuga necesariamente con el principio realista de que el derecho es la pluralidad de las interpretaciones normativas asociables y de hecho asociadas a tales signos y enunciados. Podemos disentir sobre el significado de la norma sobre el «maltrato doméstico» que se expresa en el art. 572 del Código Penal italiano y registrar las diversas interpretaciones de esta ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia. Pero nuestro común referente empírico es el enunciado formulado por tal artículo.

Por eso diremos que el *derecho vigente* (positivo, objetivo o empíricamente existente) es el conjunto de los actos y de los enunciados prescriptivos producidos, en un determinado ordenamiento, por las autoridades habilitadas en él para la producción normativa; y que el *derecho viviente* (interpretado, argumentado o aplicado) es el conjunto de las interpretaciones diversas y diversamente argumentadas según los diversos intérpretes y las diversas circunstancias de hecho, ofrecidas por la jurisprudencia. El primero enuncia, como los diccionarios, las reglas de uso de los términos de la lengua jurídica —«hurto», «apropiación indebida», «libertad de prensa», «dignidad de la persona», «difamación», «maltrato familiar» etc.—; el segundo es el lenguaje jurídico que utiliza tales términos aplicando sus reglas de uso. Por eso, una cosa es reconocer las incertidumbres y los dilemas que se dan en el uso de la lengua, y de ahí la carga de la motivación argumentada de las opciones interpretativas; y otra distinta transformar la argumentación en una fuente de produc-

65. Cf. sobre la cuestión, A. Rentería Díaz, «Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, LED, Milán, 2011, pp. 199-222. Sobre la distinción entre «derecho vigente» y «derecho viviente», remito a «Intorno a 'Principia iuris'. Questioni epistemologiche e questioni teoriche», *ibid.*, § 14.1.3.2, pp. 243-248.

ción del derecho vigente. El derecho vigente es la única lengua de que disponen los jueces para nombrar los hechos que enjuician: como hurto o apropiación indebida, como ejercicio de la libertad de prensa o como difamación, no porque pesen el significado de estas palabras —es decir, las normas sobre el hurto, la apropiación indebida, la libertad de prensa y sobre la dignidad de las personas (más de lo que pesamos, hablando, las palabras «silla» o «butaca»)— sino porque valoran (o, si se quiere, pesan) las particularidades singulares de los hechos enjuiciados que los hacen identificables y más fundadamente designables como hurto, apropiación indebida, legítimo ejercicio de la libertad de prensa o indebida difamación lesiva de la dignidad personal (del mismo modo que, al llamar «silla» o «butaca» a un determinado mueble, valoramos o pesamos sus rasgos concretos).

Por otra parte, es claro que derecho vigente y derecho viviente se implican recíprocamente, del mismo modo que cada signo implica uno o más significados y todo significado implica un signo. El derecho viviente es como lo interpretan, lo argumentan y lo aplican los operadores jurídicos. En este sentido, tanto si el derecho vigente está formulado en reglas como si lo está en principios, se presenta efectivamente «como argumentación», según la bella imagen propuesta por Manuel Atienza[66]. Pero su base empírica es el derecho vigente, reconocible a partir del principio de legalidad. Por eso es inadecuado e insuficiente el enfoque puramente realista, que identifica el derecho solo con el derecho viviente, ignorando o, en cualquier caso, descuidando su base empírica, positiva, objetiva o vigente; del mismo modo que es inadecuado e insuficiente el enfoque puramente normativista, que identifica el derecho solo con el derecho vigente, ignorando o, en todo caso, descuidando el papel performativo del derecho viviente desarrollado por la ciencia jurídica y por la jurisprudencia[67]. Esquemáticamente, limitándonos a la relación entre ley ordinaria y juicio, diremos que el derecho vigente es producido por la legislación, mientras que el derecho viviente lo produce la jurisdicción. Ni la jurisdicción ordinaria puede producir o alterar el derecho vigente, al que

66. M. Atienza, *El derecho como argumentación*, cit. En este sentido el derecho viviente corresponde a la concepción realista y pandectística del derecho recientemente expresada por Riccardo Guastini: «Los textos normativos no tienen, por así decirlo, vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática», de modo que lo que nosotros llamamos 'el Derecho' es indistinguible de los conceptos y de las doctrinas que usan los juristas, *aparentemente* para describirlo en el nivel del metalenguaje, *en realidad* para modelarlo. En resumen, desde este punto de vista, el Derecho es —en todo tiempo y lugar— simplemente indistinguible, como habría dicho G. Tarello, de la 'cultura jurídica'» (R. Guastini, «Algunos aspectos de la metateoría de 'Principia iuris'»: *Doxa* 31 [2008], pp. 254-255).

67. Sobre el papel performativo de la teoría y de la ciencia jurídica en relación con su objeto, véase también PI I, Introducción, § 7, pp. 31-36 y PI II, pp. 40-41, 55-56, 98-101, 585-586 y 803-804.

está subordinada en sus distintos niveles; ni la legislación puede producir o alterar el derecho viviente por el que es aplicada[68]. Este es, en último término, el sentido de la separación de poderes.

3.9. *El constitucionalismo, la jerarquía de las fuentes y la separación de poderes.* Es precisamente la separación de poderes la que resulta comprometida por las doctrinas principialistas. Dado que conciben los derechos constitucionalmente establecidos como *principios* objeto de *ponderación*, y no como *reglas* objeto de *aplicación*, promueven un activismo judicial que comporta el riesgo de disolverse en una profunda desnaturalización de la jurisdicción, que tales doctrinas convierten en una fuente de derecho. Esto, según una concepción de ascendencia estadounidense, que en virtud de la regla del *stare decisis* atribuye a aquella un carácter creativo e innovador y un papel sustancialmente legislativo[69]. Nacida en el sistema jurídico americano de *common law* basado en los precedentes como fuente y en la no completa identificación entre derecho y legislación, esa concepción ha sido aplicada por tales doctrinas al constitucionalismo europeo, mediante una lectura de este en términos de principios morales sugerida, sobre todo en Alemania, por la «jurisprudencia de los valores» adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en oposición al formalismo paleopositivista. De aquí el aval, en nombre de una mayor racionalidad, a la discrecionalidad judicial a través de la técnica de la ponderación y la consideración de la jurisprudencia constitucional como «fuente primaria» del derecho[70].

68. Por eso diremos, por ejemplo, con referencia al ordenamiento italiano, que la Corte de Casación, es decir, la jurisdicción de legitimidad, censura el derecho viviente dejando intacto el derecho vigente. La Corte Constitucional, como jurisdicción sujeta al derecho constitucional vigente, censura, en cambio, el derecho legislativo vigente, anulando las leyes que contradigan las normas constitucionales vivientes. La primera interviene sobre los significados, esto es, sobre el lenguaje del derecho, o sea, sobre la validez del uso de los signos legislativos por parte de los jueces. La segunda, cuando no se limita a recomendar interpretaciones compatibles con la constitución, interviene sobre los signos, sobre la misma lengua del derecho, por tanto, sobre la validez de los signos producidos por el legislador.

69. Lenio Luiz Streck ha ilustrado la que llama la deriva «pamprincipialista» del derecho y de la jurisprudencia brasileñas recogiendo una larga serie de principios de creación jurisprudencial carentes de cualquier anclaje en el texto constitucional y solo fruto de la inventiva moral de los jueces (*Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas*, Lumen Juris, Río de Janeiro, ^{3}2009, § 13.5.1, pp. 475-496).

70. Sobre esta mutación de la jurisdicción constitucional en fuente de derecho a través de la ponderación y sobre su ascendencia en la tradición constitucional estadounidense y alemana, véanse L. L. Streck, «Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo», en L. Ferrajoli, L. L. Streck y A. Karam Trindade (eds.), *Garantismo, hermenêutica e (neo-)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli,* Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, pp. 61-63; y A. Karam Trindade, «Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis», *ibid.*, pp. 109-114.

Se trata de una tesis inadmisible para el enfoque garantista. La idea de que las sentencias sean fuentes contradice el principio de legalidad, la sujeción de los jueces *solamente* a la ley y, por eso, la separación de poderes: en síntesis, la propia sustancia del estado de derecho, al menos según ha sido estructurado en los sistemas de *civil law*. Al igual que la tesis que postulase como fuente la doctrina, equivale a la propuesta de una regresión al derecho premoderno. Frente a tesis semejantes es necesario insistir en que «fuentes» son solo los actos o los hechos a los que el ordenamiento atribuye como efecto la producción de normas vigentes que innovan o modifican el ordenamiento mismo[71]; de este modo, en los ordenamientos democráticos de *civil law*, la producción del derecho vigente está reservada a las instituciones políticas o representativas, sean legislativas o de gobierno, a través de cuyo ejercicio se crea nuevo derecho, esto es, nuevas normas destinadas a la aplicación judicial.

Los precedentes jurisdiccionales tienen, ciertamente, una notable capacidad de influencia en la jurisdicción. Pero es esencial no confundir prestigio (*autorevolezza*) y autoridad, fuerza persuasiva y fuerza autoritativa. Solamente la autoridad es fuente de derecho, según el clásico brocardo *auctoritas non veritas facit legem*. En cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda solo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder legislativo. En pocas palabras, en nuestros sistemas, los precedentes jurisprudenciales tienen el valor de argumentos persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce. Resultan invocados en otras sentencias por el valor asignado a la coherencia, es decir, a una cierta uniformidad tendencial de la jurisprudencia, promovidas, a su vez, por el principio de igualdad ante la ley, y no, ciertamente, por su carácter de «fuentes» vinculantes en cuanto tales. Influyen en la producción del derecho viviente pero no sobre la del derecho vigente. Dicho de otro modo, *pueden*, pero no deben, ser asumidos como base de otras decisiones jurisdiccionales[72]. Si «los jueces están sujetos *solamente* a la ley», como

71. En este sentido, véase ultimamente, por ejemplo, G. Pino, «La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione»: *Ars interpretandi* XVI (2011), pp. 22-23.

72. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 45, habla al respecto de «fuentes permisivas» que «pueden ser tomadas en consideración» pero también ignoradas «sin viciar por ello la validez de la decisión». La expresión «fuentes permisivas» está tomada de H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, segunda nota al capítulo VI, p. 312., que la ha usado —en oposición a las «fuentes formales» u «obligatorias que el ordenamiento impone aplicar— para designar las «buenas razones» en que se fundan las decisiones tomadas, por ejemplo, de «un texto del Digesto» o de la obra de «algún jurista francés». Alessandro Pizzorusso, a su vez, en un parágrafo titulado «Razones que justifican la inclusión del precedente entre las fuentes del derecho», habla de «eficacia persuasiva» del precedente (*Delle fonti del diritto. Ar-*

dispone el art. 101, 2 de la Constitución italiana, que enuncia sintéticamente los dos principios de legalidad y de jurisdiccionalidad aquí formulados en el § 2.1, entonces está excluido por ambos principios que aquellos puedan estar también sujetos a los precedentes jurisdiccionales[73].

En cambio, afirmar que los jueces crean derecho equivale a confundir interpretación e innovación, aplicación y producción, jurisdicción y legislación, determinación del significado de las leyes y voluntad legislativa, derecho viviente y derecho vigente. De aquí la singular pero no casual convergencia de constitucionalismo principialista, realismo jurídico y neopandectística[74]. Con un doble resultado. De un lado, estas confu-

ticoli 1-9, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bolonia-Roma, 2012, pp. 723-726). Todas estas consideraciones —el hecho de que los precedentes tengan solo una eficacia persuasiva, que únicamente consistan en buenas razones no impuestas al juzgador, que, en fin, como escribe Pino, no basten por sí solas para fundar una decisión judicial (*Diritti e interpretazione*, cit., p. 45)— son, no obstante, otras tantas razones que *no* justifican en absoluto la inclusión del precedente entre las fuentes del derecho, sino que, al contrario, la excluyen como un factor de confusión inútil y distorsionador.

73. Desde este punto de vista, a mi juicio, representa una aporía en un ordenamiento de *civil law* la llamada «súmula vinculante» introducida por el art. 103-A de la Constitución brasileña, aprobado mediante la Enmienda constitucional n.º 46/2004, que dota expresamente a esta de un «efecto vinculante» para todos los órganos del poder judicial y administrativo cuando sea aprobada por los dos tercios de los miembros del Tribunal Supremo Federal. Con ello se contradice la separación de poderes bajo un doble punto de vista: sobre todo por el papel sustancialmente legislativo atribuido a un órgano jurisdiccional; en segundo lugar, por la lesión de la sujeción del juez solamente a la ley. Algunos han visto una aporía del mismo tipo —con violación de la «sujeción del juez solamente a la ley» establecida en el art. 101, 2.º de la Constitución italiana— en el art. 360 *bis* introducido en el Código Procesal Civil mediante la ley 69/2009, de 18 de junio, según el cual no se admite el recurso de casación «cuando la resolución impugnada haya decidido las cuestiones de derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte y el examen de los motivos no ofrezca elementos para confirmar o modificar la orientación de la misma». En realidad esta norma, que no mira a las sentencias de los jueces sino a los recursos de las partes, para desincentivarlos, exigiendo en ellos cuando menos razonamientos adecuados, no altera en ningún sentido el valor solo «argumentativo» de los precedentes en el ordenamiento italiano. Véase en este sentido el amplio análisis de P. Chiassoni, *Desencantos para abogados realistas*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012, cap. VI, pp. 211-266. Pero para un análisis crítico de esta nueva norma, véase también G. Fontana, «Il filtro magico in nome della nomofilachia (profili costituzionali dell'art. 360-bis c.p.c.)», en *Studi in onore di Francesco Modugno*, Esi, Nápoles, 2011, vol. II, pp. 1471-1503. Parece, en cambio, contrario a la Constitución el art. 79 del reciente D. L. 69/2013, de 21 de junio (el llamado «decreto del hacer»), que modifica el art. 118 de las disposiciones para la actuación del Código Procesal Civil, estableciendo que la motivación de la sentencia civil «consiste en la concisa exposición de los hechos decisivos y de los principios de derecho en que se funde la decisión, *incluso con exclusiva referencia a precedentes conformes*». En efecto, esta «exclusiva referencia a precedentes conformes» contradice el principio constitucional de la «sujeción del juez *solamente* a la ley» y, por tanto, no también «a precedentes conformes», que esta nueva norma parecería elevar a la categoría de fuentes de derecho.

74. He señalado esta convergencia en «Intorno a 'Principia iuris'», cit., § 14.1. 4, pp. 250-252 y en «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», cit., § 2, pp. 21-23.

siones comprometen la fuente de legitimación de la jurisdicción y de su independencia —la aplicación de la ley y la exclusiva subordinación a la ley— favoreciendo incluso la pretensión de que los jueces, en cuanto producen y no simplemente aplican el derecho, deban ser elegidos o designados por órganos electivos, o sea, recibir también ellos legitimación de la representación política al igual que las funciones de gobierno. De otro, estas mismas confusiones, que fueron propias del paradigma jurisprudencial aquí recordado en el § 1.1, favorecen una paradójica regresión premoderna de la que es la más avanzada experiencia de la modernidad jurídica. En efecto, el constitucionalismo principialista, gracias al papel de fuente que asocia a la jurisprudencia, debilita la normatividad de las constituciones, confiando la opción de qué principios constitucionales respetar o no respetar, actuar o no actuar, a la ponderación judicial y no solo legislativa, con el consiguiente vuelco de la jerarquía de fuentes. Justo lo opuesto de lo que reclama el constitucionalismo garantista con la teorización de la divergencia deóntica entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del derecho y la crítica del virtual desarrollo del derecho constitucionalmente ilegítimo, tanto por acción como por omisión: un desarrollo que, como se verá en los próximos capítulos, ha asumido hoy dimensiones patológicas, hasta comprometer al estado de derecho y a la democracia y de cuya superación depende el futuro de uno y otra.

Segunda parte

EL PROYECTO POLÍTICO

IV

LA ACTUAL CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

4.1. *Crisis económica y crisis de la democracia*. El paradigma constitucional hasta aquí ilustrado es claramente un modelo normativo complejo, nunca plenamente realizado ni perfectamente realizable, a causa de la virtual divergencia que siempre existe entre normatividad y efectividad. Las garantías pueden reducir esta divergencia, tanto más amplia cuando más ambiciosas y comprometedoras son las promesas constitucionales, pero, ciertamente, no eliminarla, dado que también ellas consisten en figuras deónticas. Por eso, a propósito de las democracias constitucionales, solo cabe hablar de un grado mayor o menor de garantismo, y, así, de democracia, según el grado de efectividad del conjunto de las garantías de los derechos y de los principios constitucionales. Pero esta virtual ilegitimidad representa también el mayor valor del paradigma constitucional. Solo en los estados absolutos no existe divergencia, sino coincidencia, entre la existencia y la validez de las normas, producidas por el ejercicio de los poderes legislativos y de gobierno, que carecen de límites.

Esta divergencia deóntica entre normatividad y efectividad de la democracia constitucional es, pues, fisiológica, al existir siempre, dentro de ciertos límites, algún grado de inefectividad de las garantías. Pero, más allá de estos límites, puede convertirse en patológica, cuando alcanza un punto de crisis o, lo que es peor, de ruptura. Es el riesgo que hoy están corriendo nuestras democracias a causa de dos fenómenos convergentes: el *desarrollo de la ilegalidad* en el ejercicio de los propios poderes públicos normativos, tal como se manifiesta en las violaciones de las garantías y con ello en la producción de *antinomias*, y el aún más grave *defecto de legalidad*, que se expresa en la ausencia de garantías y con ello en la existencia de *lagunas*. Es lo que está sucediendo tanto en los ordenamientos estatales, como, todavía más, en los supranacionales. Las razones de la crisis son múltiples: la falta de introducción, sobre todo a nivel supra- e

internacional, de las garantías tanto primarias como secundarias de los derechos establecidos en las numerosas cartas y convenciones, así como de funciones e instituciones de garantía a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas globales; el hecho de que la política realmente no ha aceptado nunca su sujeción al derecho; la pérdida de la memoria de las tragedias del pasado y de los «nunca más» que después de la Segunda Guerra Mundial estuvieron en el origen del nuevo constitucionalismo democrático; los procesos de desregulación y de reducción del papel de gobierno y de garantía de la esfera pública que son al mismo tiempo, como en una espiral, la causa y el efecto inducido de la crisis económica.

La crisis económica en curso en todos los países del occidente capitalista, generada por la desregulación de las finanzas, es, precisamente, el principal factor actual de crisis de la democracia. En efecto, por sus causas y por las respuestas con que está siendo afrontada —unas y otras unidas por una abierta subordinación de la política a la economía— aquella está provocando, y a la vez revelando, una crisis profunda de ambas dimensiones del paradigma constitucional presentadas, en los § 1.4 y 1.5 del capítulo primero, como conquistas de la modernidad jurídica: la dimensión formal o positivista, ligada al papel regulativo de la ley producida por órganos legislativos representativos, y la sustancial o constitucionalista, ligada a los límites y a los vínculos impuestos a los poderes, tanto públicos como privados, en garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados. Ambas dimensiones están hoy experimentando un vuelco. Por un lado, el papel de gobierno de la política en las formas de la representación democrática y el papel normativo del derecho estatal sufren un vaciamiento por la pérdida de soberanía de los Estados, la crisis de representatividad de los partidos, los conflictos de intereses y la imposición de los poderes económicos y financieros de carácter transnacional a los poderes públicos. Por otro, se está desarrollando un proceso deconstituyente de nuestros ordenamientos, que se manifiesta en el progresivo desmantelamiento del estado social, en la reducción de los servicios sociales y de las garantías de la educación y la salud, en el crecimiento de la pobreza, la precariedad del trabajo y el desempleo, en la reducción de los salarios y las pensiones y en la restricción de los derechos de los trabajadores. En síntesis, en la erosión de la dimensión sustancial de la democracia —la que he llamado esfera de lo no decidible— provocada por las vocaciones decisionistas, populistas y tendencialmente absolutistas y anticonstitucionales de los poderes políticos. A la impotencia de la política en relación con la economía se une una renovada omnipotencia de la política en relación con las personas y en perjuicio de sus derechos constitucionales, generada por la intolerancia de los límites y los vínculos normativamente impuestos por estos y cada vez más ausentes del horizonte de las políticas

de gobierno. Los dos procesos —la pérdida de poder de la política frente a los mercados y su reforzamiento en la obra de deconstitucionalización de nuestras democracias— están, como veremos, conectados, uno como causa del segundo y el segundo como efecto impuesto por el primero.

4.2. *El vuelco de la relación entre política y economía y la impotencia de la política frente a los mercados financieros.* El primer proceso —el vaciamiento de las formas representativas de la democracia y el debilitamiento del papel normativo del derecho— es el producto de una inversión de la tradicional relación entre política y economía, entre Estado y mercado, entre público y privado. En estos años se ha producido una silenciosa revolución institucional. Ya no tenemos el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política[1]. Ya no son los Estados, con sus políticas, quienes controlan los mercados y el mundo de los negocios, imponiendo sus reglas, límites y vínculos, sino que son los mercados financieros, es decir, unos pocos millares de especuladores y alguna agencia privada de *rating*, los que controlan y gobiernan los Estados. Ya no son los gobiernos y los parlamentos democráticamente elegidos los que regulan la vida económica y social en función de los intereses públicos generales, sino que son las potencias del capital financiero, invisibles y políticamente irresponsables las que imponen a los Estados políticas antidemocráticas y antisociales, en beneficio de intereses privadas y especulativos. Cabe identificar, de forma sumaria, cuatro órdenes de razones de semejante vuelco.

La primera consiste en una asimetría producida en las dimensiones de la política y en las de la economía y las finanzas: la asimetría entre el carácter aún sustancialmente local de los poderes estatales y el carácter global de los poderes económicos y financieros. La política continúa anclada en los confines de los Estados nacionales, en un doble sentido: en el sentido de que los poderes políticos, sobre todo los de los países más débiles, se ejercen solo dentro de los territorios estatales, y en el sentido de que los horizontes de los actores de la política están a su vez vinculados al consenso de los electores nacionales. Por el contrario, los poderes económicos y financieros son ya poderes globales, que se ejercen fuera de los controles políticos y sin los límites y los vínculos legales y constitucionales suministrados por el derecho, que sigue siendo prevalentemente estatal[2]. En definitiva, ha saltado —o, cuando menos, se

1. Cf. S. Cassese, *Crisi dello Stato*, Laterza, Roma/Bari, 2002, cap. III, § 1, titulado «Dalla sovranità statale sull'economia alla sovranità dell'economia sullo Stato».

2. Sobre el carácter global e ilimitado de la economía y de los poderes económicos, véanse los escritos de M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bolonia, 2000; Íd., «Globalizzazione (aspetti istituzionali)», en *Enciclopedia delle scienze sociali*, *Aggiornamento*, Istituto dell'Enciclopedia

ha debilitado, y está destinado a resultar cada vez más débil— el nexo democracia/pueblo y poderes decisionales/regulación jurídica. Es como se entiende que el capital financiero global, gracias a su libre circulación y por la falta de una esfera pública a su altura, puede hoy condicionar y agredir a la economía real y a los mismos presupuestos de los Estados, hasta imponer a la política la ley del mercado como una nueva *Grundnorm* supraordenada al derecho y a las propias constituciones.

El segundo factor de la inversión de la relación entre política y economía es de carácter cultural. Consiste en el apoyo prestado a la primacía de la economía por la ideología neoliberal, basada en dos postulados: la concepción de los poderes económicos como libertades fundamentales y de las leyes del mercado como leyes naturales. Las dos representaciones ideológicas están conectadas entre sí: la primera, más que reforzada, es, por así decir, verificada por la segunda, es decir, por la concepción de la *lex mercatoria* como ley natural, supraordenada a la política y al derecho como una suerte de necesidad natural y, por eso, de la ciencia económica como ciencia a su vez natural, dotada de la misma objetividad empírica de las ciencias físicas[3]. De aquí el rechazo de cualquier intervención estatal dirigida a limitar la autonomía de los operadores económicos y financieros, como ilegítima e irreal al mismo tiempo, y la asunción de una larga serie de lugares comunes marcadamente ideológi-

italiana, Roma, 2001; Íd., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma/Bari 2006; Íd., *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2010; Íd., *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma/Bari 2012.

3. «Emprenderla con el capital financiero es tan idiota como decir 'estoy contra la lluvia, contra el frío, contra la niebla'» (declaración de François Baroin, ministro de Economía del Gobierno de Sarkozy, citado por V. Pazé, «La democrazia degli antichi, la democrazia dei moderni»: *Questione giustizia* 5 [2012], p. 52). El papel no secundario desarrollado en la crisis por esta concepción de las leyes del mercado como leyes naturales y de la ciencia económica como ciencia natural ha sido muy bien ilustrado por Luciano Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Turín, 2011, cap. IV, pp. 85-106. Gallino recuerda esta pretenciosa afirmación de Milton Friedman, jefe de la escuela de Chicago: «La economía positiva es, o puede ser, una ciencia 'objetiva', precisamente en el mismo sentido en que lo es una cualquiera de las ciencias físicas» («The Methodology of Positive Economics», en *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1953, p. 4). Además, muestra como la asunción por parte de los economistas de modelos científicos tomados de las teorías físicas y matemáticas no solo ha sugerido diagnósticos erróneos y terapias fallidas, sino que ha sido también responsable de la creación performativa de nuevas realidades económicas, como, por ejemplo, el llamado modelo Black-Scholes-Merton del mercado de los derivados que no es que haya descrito, sino que ha creado este tipo de mercado con sus desastrosos efectos (*ibid.*, pp. 99-102). En suma, se ha producido un círculo vicioso, determinado por una singular falacia epistemológica: el cambio de la realidad por los modelos teóricos elaborados por las doctrinas neoliberales, y por eso la asunción de las reglas impuestas por ellos como si fueran las naturales de la economía. Sobre el papel activo de la ciencia económica como factor de la crisis, véase también, S. Biasco, *Ripensando il capitalismo. La crisi economica e il futuro della sinistra*, Luiss University Press, Roma, 2012, cap. 2, pp. 39-69.

cos[4] como tesis científicas, indicadores de hecho o propuestas realistas. De aquí la desaparición de los valores de la democracia constitucional del horizonte de la política. De aquí, sobre todo, la transformación de la política en tecnocracia, esto es, en la sapiente aplicación de las leyes de la economía por arte de gobiernos «técnicos» —no se olvide el aviso de Norberto Bobbio sobre la antítesis y la incompatibilidad entre democracia y tecnocracia[5]— que reciben su legitimación de los mercados y que solo ante estos, y no ante los parlamentos, los partidos, las fuerzas sociales, la sociedad, deben responder. Así se explica cómo en estos años, en muchos países, la política no se ha limitado a abdicar de su papel de gobierno, sino que, con sus múltiples intervenciones dirigidas a la desregulación y liberalización de los mercados y a la privatización de los servicios públicos y de los bienes comunes, ha contribuido activamente al desarrollo de los poderes salvajes de la economía y de las finanzas. Y se explican también la falta de una seria oposición política y la subalternidad cultural a la ideología cultural de las fuerzas de la izquierda, contagiadas, al menos en Italia, de la idea de que es el sistema político el que debe adaptarse a las reglas naturales de la economía, y no al contrario, y de la fe en el mercado como lugar de la máxima racionalidad y eficiencia, que la política no puede modificar ni perturbar[6].

4. De nuevo L. Gallino ofrece un elenco de estos lugares comunes al inicio de su libro, *La lotta di classe dopo la lotta di classe. Intervista a cura di Paolo Borgna*, Laterza, Roma/Bari, 2012, p. V: «Por si las lectoras y los lectores no lo supieran, el mayor problema de la Unión Europea es la deuda pública. Hemos vivido demasiado tiempo por encima de nuestros medios. Son las pensiones las que socavan con su voracidad el presupuesto. Agilizar los despidos crea empleo. La función de los sindicatos está agotada: son residuos decimonónicos. Los mercados proveen a hacer fluir capital y trabajo donde su utilidad colectiva es máxima. En cada sector, lo privado es más eficiente que lo público: agua, transportes, educación, previsión social, sanidad. La globalización es la que impone la moderación salarial. En fin, las clases sociales han dejado de existir».

5. «La tecnocracia y la democracia son antitéticas: si el protagonista de la sociedad industrial es el experto, entonces quien lleva el papel principal en dicha sociedad no puede ser el ciudadano común y corriente. La democracia se basa en la hipótesis de que todos pueden tomar decisiones sobre todo; por el contrario, la tecnocracia pretende que los que tomen las decisiones sean los pocos que entienden de tales asuntos» (N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986, cap. I, § 10, p. 26).

6. Sobre los cambios de la cultura económica de la izquierda italiana, y en particular del PCI-PDS-DS, véase el excelente trabajo de R. Schiattarella, «La sinistra e l'economia italiana»: *Democrazia e diritto* 1 (2008), pp. 19-79. Sobre la subalternidad de la izquierda a la cultura neoliberal, véase también S. Biasco, *Per una sinistra pensante*, Marsilio, Padua, 2009; Íd., *Ripensando il capitalismo*, cit., caps. 3-5, pp. 71 ss. A la conversión de una parte de la vieja izquierda excomunista al neoliberalismo probablemente ha contribuido también su viejo determinismo económico de la «estructura» de las relaciones económicas de producción, asimismo basado en la idea de la primacía de la economía sobre la política y el derecho.

El tercero —y más penoso— orden de razones de la dependencia de la política de la economía y de la regresión de la esfera pública en favor de los intereses privados es la creciente confusión entre poderes políticos y poderes económicos, que se manifiesta en las múltiples formas de corrupción, en la acción de los lobbys, en los variados conflictos de intereses y en la relación cada vez más estrecha entre política y dinero: dinero para financiar las campañas electorales y para mantener las burocracias de partido; política y dinero para obtener el acceso, el favor o, lo que es peor, el control de los medios de comunicación. Todos estos factores de distorsión de la esfera pública y del mismo mercado, además de pesar sobre los presupuestos públicos (en Italia se habla de un coste de la corrupción de sesenta mil millones y de un coste de la evasión fiscal de más de ciento veinte mil millones de euros al año), han dado vida a una suerte de infra-Estado oculto y paralelo, dedicado a la apropiación privada de la cosa pública, que contradice todos los principios de la democracia política y del estado de derecho, del principio de legalidad a los de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos. Los mismos altos costes de las campañas electorales tienen un efecto distorsionador sobre la representación política. A causa de la financiación por parte del mundo de la política que hoy requieren las elecciones, estas resultan ganadas no solo por los partidos y los candidatos que han recibido un mayor número de votos, sino también por todos los que los han financiado y a cuyos intereses privados resultan vinculados los electos por una suerte de mandato imperativo, que es claramente una violación del principio establecido desde la Constitución francesa de 1791 y reproducido en el art. 67 de la Constitución italiana, según el cual «cada miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin vínculo de mandato»[7].

Hay, en fin, un cuarto factor de la inversión de la relación entre política y economía que afecta a los países de la eurozona y que, de todos, ha sido quizá el más decisivo. Me refiero al cambio de la constitución económica de estos países, producto de los tratados instituyentes de la Unión Europea. En las constituciones nacionales de los países europeos, política y derecho están, por lo común, expresamente supraordenados a las actividades económicas. «La ley determinará los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda orientarse y coordinarse a los fines sociales», afirma el párra-

7. Al respecto, Bobbio habla de una mutación del sistema político, de una mutación de este en sentido neocorporativo, bajo la enseña de la transformación de la representación política en representación de intereses (N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, cit., p. 19). Sobre la creciente confusión entre intereses públicos e intereses privados y sobre el condicionamiento de los primeros por parte de los segundos, remito a mi trabajo «La rivincita degli interessi e l'eclisse del pubblico»: *Teoria politica* (2011), pp. 71-85.

fo tercero del art. 41 de la Constitución italiana[8]; y el segundo, cuya supresión, no por casualidad, ha sido propuesta por la derecha en estos años, establece que «la iniciativa económica no podrá desarrollarse en oposición a la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana». No solo. El art. 42 sobre la propiedad privada atribuye a la ley el cometido de «asegurar su función social y hacerla accesible a todos»; y el art. 43 prevé la posible nacionalización de empresas «que se refieran a servicios públicos esenciales, a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y tengan carácter de preeminente interés general». Disposiciones análogas se encuentran en los arts. 14 y 15 de la Ley Fundamental alemana, en el cap. III del título I de la Constitución española, en la Parte II de la Constitución portuguesa y en los arts. 17 y 18 de la griega.

Pues bien, este modelo dirigista de la economía por parte de la política y del derecho ha sido literalmente invertido por los tratados europeos, que han sustituido el orden del derecho por el orden de la economía. Conforme al principio de la libre concurrencia dentro de un «espacio sin fronteras internas», afirmado en los arts. 26, 2 y 106, 2 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y convertido en una suerte de norma fundamental del ordenamiento comunitario, se ha cerrado el paso a cualquier intervención de los Estados en la economía de sus países. En particular, el art. 107 del Tratado declara «incompatibles con el mercado interno» salvo algunas derogaciones de carácter excepcional «las ayudas concedidas por los Estados [...] que, favoreciendo algunas empresas o producciones, falseen o amenacen falsear la competencia»; y el art. 63 prohíbe «todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros, así como entre Estados miembros y terceros países», y «todas las restricciones sobre pagos entre Estados miembros, así como entre Estados miembros y países terceros», permitiendo así las fugas de capitales para eludir el pago de los impuestos. De este modo, se ha dado vida a dos sistemas en «radical antítesis» y en

8. Es la norma que Natalino Irti ha llamado la «decisión de sistema» adoptada por la Constitución italiana, que «encomienda a la ley, y por consiguiente al Estado como fuente productora de normas el *diseño global de la economía*: el deber de dirigirla y coordinarla a los fines sociales [...] La ley no se limita a prohibir algunos medios, o a aconsejar y promover el empleo de otros, sino que determina los 'fines sociales', que, por su naturaleza, son diversos de los fines individuales perseguidos por los empresarios individuales. Se trata de una *visión teleológica* o, más precisamente, de dirigismo orientado a alcanzar fines sociales elegidos por el legislador» (*L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma/Bari, 1998, pp. 19-20). Sobre esta constitución económica italiana, confiada, no obstante, a las contingentes y cambiantes políticas gubernativas, véase también G. Amato, «Il mercato nella Costituzione» (1991), en AA.VV., *La costituzione economica*, Cedam, Padua, 1997, pp. 12-16.

«abierta antinomia»[9]. Pero el sistema neoliberal está claramente destinado a prevalecer, debido a que la legislación de los Estados no puede derogar los tratados, según ha afirmado reiteradamente el Tribunal Europeo de Justicia y la misma Corte Constitucional italiana, con el solo límite del respeto de los principios fundamentales constitucionalmente establecidos[10]. Por lo demás, en Italia, esta imposibilidad ha sido explícitamente establecida por la modificación del art. 117 de la Constitución, producida en 2001, conforme a la cual «el ejercicio de la potestad legislativa corresponde al Estado y a las Regiones en el respeto» no solo de la Constitución, sino también «de los vínculos derivados del ordenamiento comunitario».

En virtud de esta nueva jerarquía de fuentes, se impide al Estado la actuación del programa diseñado por su Constitución, al proscribirse todas las intervenciones legislativas a través de las cuales se desarrollaron en el pasado sus políticas económicas, fiscales, industriales y sociales: de las prohibiciones de exportación de capitales a las ayudas públicas dirigidas a salvar las empresas en dificultades y los puestos de trabajo correspondientes, de la disciplina de los bancos y del crédito a la de las licencias para el ejercicio de determinadas actividades comerciales o industriales, de las diversas formas de protección de los derechos de los sujetos débiles, como la *scala mobile* y el *equo canone*[*], hasta las intervenciones sobre los precios de bienes y servicios esenciales dirigidos a garantizar la equidad y a los monopolios públicos de empresas de inte-

9. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 23 y 25; S. D'Andrea, «O la costituzione della Repubblica italiana o l'Unione europea»: *Indipendenza* (noviembre-diciembre de 2011), pp. 8-11. Sobre estos temas y para un balance histórico de la intervención pública del Estado italiano en la economía, desde la unidad hasta hoy, cf. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma/Bari, 2000.

10. Corte Constitucional, sentencias n.º 183/1973, n.º 170/1984 y n.º 348/2007. Por lo demás, el giro neoliberal es un fenómeno global, al que han contribuido poderosamente todas las izquierdas de gobierno de Occidente. Luciano Gallino, *Finanzcapitalismo*, cit., pp. 68-77, recuerda el papel desarrollado en la liberalización de los mercados financieros en Europa por François Mitterand y su ministro de Economía, después presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors y, en Estados Unidos, por la administración Clinton, a la que se deben el *Financial Services Modernization Act*, de noviembre de 1999, y el *Commodity Futures Modernization Act*, de diciembre de 2000, que suprimieron la ley Glass-Steagall, de junio de 1933, promovida por Roosevelt después de la crisis de 1929, liberalizaron la circulación de capitales y pusieron fin a la separación entre bancos comerciales y bancos de negocios y a la prohibición de realizar operaciones especulativas a los primeros.

* La *scala mobile*, introducida por los acuerdos sindicales de los años 1945-1946, es un procedimiento de adaptación automática de las retribuciones al coste de la vida, destinado a evitar el efecto negativo de la inflación en los precios de bienes y servicios esenciales. El *equo canone* es una expresión introducida por la ley 392/1978, de 27 de julio, que denota el precio máximo que el arrendador puede exigir como canon por el arrendamiento de inmuebles urbanos, establecido legalmente de forma inderogable. (*N. del T.*)

rés general como el ferrocarril, correos, la información televisiva y las fuentes de energía[11].

4.3. *La crisis de la dimensión formal de la democracia y la quiebra de las políticas impuestas por los mercados. La espiral de la desigualdad.* Este vuelco de la relación entre política y economía está produciendo una profunda crisis institucional, que, como haré ver en este capítulo, afecta tanto a la dimensión formal como a la dimensión sustancial de nuestras democracias.

La crisis afecta, en primer lugar, a las formas de la democracia política. La democracia política nació dentro de los Estados con el sufragio universal en la elección de los representantes en los supremos órganos estatales y ha estado siempre vinculada a las formas representativas de los parlamentos y los gobiernos nacionales. La subalternidad de las políticas nacionales a los mercados ha vaciado, junto con el papel de gobierno de la política, la misma representatividad y legitimidad de los órganos electivos, a los que los mercados imponen intervenciones antisociales, en perjuicio del trabajo y de los derechos sociales, y en beneficio, de hecho, de los intereses privados de la maximización de los beneficios, la especulación financiera y la apropiación de los bienes comunes y vitales. De aquí se sigue un rol parasitario de la política y de las instituciones democráticas y un desprestigio generalizado de la clase política, acreditado por los índices cada vez más bajos de popularidad de los partidos, de sus líderes y de las propias instituciones representativas. Un descrédito y una crisis de la política en cuanto tal, cada vez más subordinada a la economía, cada vez más desautorizada, cada vez más lejana de las necesidades y de los problemas de los países que estaría llamada a gobernar, por incapacidad, sometimiento ideológico o por connivencia con el mundo de los negocios. Y se sigue también, inevitablemente, la rebelión de masas crecientes, en especial juveniles, contra todos los gobiernos, de Estados Unidos a Grecia y España, de Chile a Francia e Italia. «Somos el 99%», es el eslogan del movimiento de los ocupantes de Wall Street, que expresa de manera lapidaria esta degeneración oligárquica de la democracia: un 99% gobernado por el 1% de la población, que en Estados Unidos posee el 40% de la riqueza, paga menos impuestos que los trabajadores asalariados, como ha declarado el multimillonario Warren Buffet, y en el que aparecen cada vez más unidos

11. Frente a «resultados tan profundos» alcanzados por las normas comunitarias «fuera del procedimiento agravado del art. 138 [de revisión de la Constitución]», afirma Natalino Irti, «hay que preguntarse si el parlamento nacional ha tenido lúcida y plena conciencia de generar normas destructivas o subversivas de la propia Constitución» (*L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 27).

por la opinión pública poderes económicos y poderes políticos, gobernantes y grandes concentraciones económicas y financieras, percibidos indistintamente como un único bloque de poder hostil a la sociedad.

El segundo aspecto de la crisis, con la progresiva desaparición de los límites y los vínculos al ejercicio de los derechos-poder del mercado, afecta a las formas del estado de derecho heredadas de la tradición liberal. También el «estado de derecho», como lo dice esta misma palabra, nació y se desarrolló solo frente al Estado, es decir, frente a los poderes estatales, bajo la forma de sumisión de su ejercicio al derecho producido por los Estados. No ha afectado ni a los poderes supraestatales, pues el derecho positivo se ha identificado durante largo tiempo y, en gran parte, se identifica aun hoy tan solo con el derecho estatal; ni a los poderes económicos privados, a su vez ideológicamente concebidos por el pensamiento liberal, según se ha visto en el § 1.7, más que como poderes, como derechos de libertad. De aquí, esto es, de la convergencia del originario modelo liberal del estado de derecho y del actual carácter supranacional de los poderes privados del mercado, la impotencia de los Estados, solo capaces de dar a los problemas globales respuestas locales, que no están a la altura de aquellos poderes al mismo tiempo privados y globales que son, en particular, los del capital financiero. No solo. El estado de derecho, en las formas actuales del paradigma constitucional, al menos en Italia, ha ido vaciándose también frente a los poderes públicos estatales, a causa de las múltiples violaciones e intentos de reforma de la Constitución, de la intolerancia de los límites y controles constitucionales y de las recurrentes reivindicaciones populistas de la omnipotencia de las mayorías.

La dependencia de la política respecto de la economía indica, en fin, un tercer aspecto, el más profundo y visible de la crisis que estamos atravesando: la crisis, más que de la democracia representativa y del estado de derecho, del mismo Estado moderno, entendido el estado como esfera pública encargada de la defensa de los intereses generales y como institución política separada de la economía, heterónoma y supraordenada en relación con esta. Es una crisis de las que hacen época. La separación entre sociedad civil y estado, entre economía y política, entre esfera e intereses privados y esfera e intereses públicos, entre propiedad y soberanía, es un rasgo característico de la modernidad jurídica y política, que forma parte del constitucionalismo profundo del Estado moderno, en oposición al estado patrimonial del *ancien régime*[12]. En efecto, el Estado nacional nació, en los orígenes del capitalismo, como esfera

12. «Al ciudadano pertenece la propiedad, al soberano el imperio», es la célebre frase de Jean-Etienne-Marie Portalis comentando el *Code civil*, recordada por S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bolonia, 1981, ^{2}1990, p. 105 (hay trad. esp. de L. Díez Picazo, *El terrible derecho*, Civitas, Madrid, 1987).

pública separada y heterónoma con respecto a la autonomía de las esferas privadas, y, en particular, de las esferas económicas, en relación con las cuales, gracias al monopolio estatal de la producción jurídica, ha podido durante largo tiempo desarrollar un papel regulador y de control: un papel que es tan necesario para limitar las naturales vocaciones depredatorias de la economía capitalista, para la tutela de los intereses generales y del funcionamiento del mercado mismo, como impensable que pudiera ser desarrollado de manera autónoma por las empresas, cuya legítima regla de conducta es el cuidado de los propios particulares intereses y por eso la maximización de los beneficios, a expensas de cualquier otro interés, incluidos los de carácter público. En el mundo globalizado, este papel de regulación heterónoma de la economía por la política y el derecho entra en crisis con la pérdida de la capacidad de gobierno por parte de la primera y del papel de garantía del segundo, y, en lo que se refiere a Europa, con la institución del mercado común basado en la ya recordada prohibición de intervención de los Estados en la economía de sus países: un principio que fue justificado con la necesidad de garantizar la libre concurrencia entre las empresas a través de la exclusión para todas de las ayudas estatales, pero que más que nada ha realizado el sueño neoliberal de la ausencia de reglas y de límites a los poderes económicos y financieros. Por eso, a propósito de la actual subalternidad de la política respecto de la economía, cabe hablar de una regresión premoderna: por la inversión de las relaciones entre poderes privados y propietarios y poderes políticos de gobierno, los primeros ya no subordinados y regulados por los segundos, sino a la inversa; por la creciente confusión y concentración de las dos clases de poderes en las mismas manos; por los conflictos de intereses y las múltiples formas de corrupción y condicionamiento lobbista de la esfera pública.

Esta triple crisis es la que está golpeando actualmente a las democracias occidentales. Democracia política y estado de derecho están siendo erosionados en sus fundamentos por el desarrollo de poderes políticos y sobre todo económico-financieros supra- o transnacionales, que se sustraen al control político y democrático de los gobiernos nacionales y a los vínculos legales dispuestos por los ordenamientos estatales, rompiendo de este modo el doble nexo entre democracia y pueblo y entre poder y derecho, tradicionalmente mediado por la representación política y por la primacía de la ley producida por instituciones representativas. Por otra parte, el declive del papel heterónomo del derecho y de la primacía de la política sobre la economía equivale al declive de la esfera pública y del Estado nacional, cuya soberanía resulta sustituida por una suerte de invisible y tácita soberanía de los mercados, libres de los límites jurídicos y de las políticas de intervención de los Estados. En todo esto hay una paradoja. Las resistencias de los Estados a dar vida a esfe-

ras públicas supranacionales —por ejemplo a un gobierno político de la economía de nivel siquiera europeo y, en perspectiva, mundial— están dictadas, en la óptica miope del corto plazo, como es el caso de Francia, por la ilusoria defensa de algún residuo de soberanía estatal; mientras en realidad acaban por cubrir la sustancial subalternidad de sus políticas a los intereses de los poderes económicos y financieros, que basan su desarrollo como poderes desregulados y salvajes, precisamente, sobre la ausencia de una esfera pública a su altura.

Pero el aspecto más paradójico de la crisis económica en curso es la quiebra de las políticas rigoristas impuestas por los mercados a las sapientes tecnocracias que de hecho han comisariado y neutralizado la política. En todos los países europeos endeudados, de Grecia a España pasando por Italia, estas políticas, dictadas por los mercados financieros a través de la Unión Europea, no han producido un mejoramiento, sino en muchos casos un empeoramiento de todos los indicadores con los que habitualmente se miden las dimensiones de la crisis económica: de la disminución del PIB al crecimiento de la deuda pública, el desempleo y la pobreza. La potencia de la ideología neoliberal es tal que el mercado sin reglas, tras de haber sido la causa de la crisis en ausencia de políticas capaces de disciplinarlo y gobernarlo, vuelve a proponerse como la terapia: recortes en el gasto público en sanidad y en educación, privatizaciones, desregulaciones, garantías de los beneficios como variables independientes, liberalizaciones, impuestos sobre las pensiones y los salarios en lugar de sobre los grandes patrimonios, fin de la concertación, crecimiento de las desigualdades y ruptura de la cohesión social. Una terapia destructiva, también en el plano económico, dado que, como demuestran sus catastróficos resultados en la economía griega, agrava las causas mismas de la crisis, provocando mayor pobreza, reducción de los ingresos fiscales, restricciones del poder adquisitivo de la mayoría de las personas y, por eso, menores inversiones, crecimiento de la deuda pública y de los ataques especulativos y exigencias de mayor austeridad, dando así lugar a una espiral recesiva incontrolada que amenaza con producir el colapso de la economía mundial en su conjunto.

Como reconocen ya de manera concorde innumerables economistas y comentaristas, el origen de esta quiebra está en el diagnóstico equivocado de la naturaleza y las causas de la crisis[13]. La crisis no se debe a las

13. Me limito a recordar J. E. Stiglitz, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera* (2010), trad. it. de D. Cavallini, Einaudi, Turín, 2010; L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, cit.; P. Krugman, *Fuori da questa crisi, adesso!* (2012), Garzanti, Milán, 2012; M. Pianta, *Nove su dieci. Perché stiamo (quasi) tutti peggio di 10 anni fa*, Laterza, Roma/Bari, 2012; G. Ruffolo y S. Sylos Labini, *Il film della crisi. La mutazione del capitalismo*, Einaudi, Turín, 2012. Véase también el documento *Per un'altra economia, per una svolta in Europa*, suscrito por setenta economistas y promovido por el Forum CGIL per l'economia y, ade-

dimensiones de la deuda pública de algunos Estados europeos, y menos aún a sus políticas de gasto en garantía de los derechos sociales. Europa sigue siendo la mayor potencia económica, bastante menos endeudada que Estados Unidos, cuya deuda es superior a la de todos los países de la eurozona, o de Japón, que tiene una deuda pública superior en más del doble a su producto interno bruto. La crisis se originó en Estados Unidos por los desequilibrios de la economía global: en primer lugar, por el desarrollo de la producción industrial en países con bajos salarios, como China, y de los consumos en los viejos países productores, sostenidos por el crecimiento incontrolado del endeudamiento privado y del público, promovido aquel por los bancos privados y este por los gobiernos; en segundo lugar, y consecuentemente, por el desarrollo hipertrófico del capital financiero internacional en los países occidentales, favorecido para compensar la pérdida de competitividad industrial, crecido en estos años gracias también a la liberación de la circulación de los capitales y a la potencia de las innovaciones tecnológicas, hasta superar en muchas veces al PIB mundial, lo que le hace capaz de agredir a enteros sistemas políticos y económicos[14]; en tercer lugar, y como consecuencia, por el aumento exponencial de la desigualdad, también en los países occidentales[15]: de la pobreza, de un lado,

más, L. Pennacchi (ed.), *Tra crisi e «grande trasformazione». Libro bianco per il piano del lavoro 2013*, Ediesse, Roma, 2013, en particular el ensayo introductorio de L. Pennacchi, «La crisi, il lavoro, il nuovo modello di sviluppo», pp. 15-46.

14. L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, cit., cap. III, § VII, pp. 168-198.

15. En Estados Unidos el 1% de la población posee el 35,6% de toda la riqueza privada, que es más de la poseída por el 95% de la población más pobre tomada en su conjunto. Las 400 personas más ricas de la lista Forbes poseen una riqueza superior a la de los 150 millones de americanos más pobres, es decir, la mitad de la población estadounidense. Además, en 2010, el 99 % de la población ha visto reducirse al 76% de la renta nacional su cuota de renta que, en 1976, era del 91%. La cuota de riqueza del 90% de la población más pobre ha descendido del 19,1% de la riqueza nacional en 1962, al 12,8% en 2009. En 2010, la retribución media de un administrador delegado pagada por las 500 empresas del índice S & P fue de 10,8 millones de dólares, con un aumento del 27% con respecto a 2009. La relación entre tal retribución media y la retribución media de un trabajador estadounidense, que en 1980 era de 42 a 1, es hoy de 325 a 1. Entre 1983 y 2009 más del 40% de los incrementos de riqueza fueron en beneficio del 1% y el 82% en beneficio del 5%, mientras el 60% de la población más pobre se ha empobrecido aún más. En fin, el 1% de la población mundial, compuesto de multimillonarios, posee 42.700 millardos de dólares, más de lo que poseen los 3.000 millones de habitantes de la tierra más pobres (*Usa: I numeri della disuguaglianza*, http://www.lib21.org). Un aumento de la desigualdad, aunque sea en inferior medida, se ha producido también en Europa, y en particular en Italia: en los países de la OCSE la renta media del 10% de las personas más ricas de la población es cerca de nueve veces superior a la renta media del 10% más pobre, mientras que en 1985 era solo siete veces superior (OECD, *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising,* OECD Publishing, 2011, p. 22). En Italia, en particular, según los datos del Banco de Italia, la mitad más pobre de la población posee solo el 9,5% de la riqueza total, mientras el 10% más rico posee el 45,9%; además, el número de habitantes en riesgo de pobreza absoluta ha aumentado el 3,8% en un solo año, pasando del 24,6%

que reduce los consumos, las inversiones y el empleo, y de la riqueza, de otro, empleada por la mediación bancaria, bastante más en la especulación financiera, favorecida por los ingentes endeudamientos, que en las inversiones en la economía productiva, deprimidas por la reducción de la demanda. De este modo, el compromiso entre capitalismo y democracia, que en los treinta años siguientes a la Segunda Guerra Mundial había asegurado un fuerte crecimiento de la economía y un aumento de la igualdad, del empleo y de las garantías de los derechos sociales, se ha roto en los decenios sucesivos con la mutación del viejo capitalismo productivo en capitalismo financiero improductivo y depredador insaciable[16].

Por lo demás, el epicentro de la crisis se ha desplazado a Europa, a causa de los desequilibrios y las desigualdades entre las economías de los diversos países de la Unión y, sobre todo, de la carencia de instituciones públicas capaces de garantizar la moneda única y las diversas deudas soberanas. En efecto, los ataques especulativos y la subordinación de los Estados del euro a los mercados resultan estimulados por la incompleta construcción institucional europea: por la ausencia de un banco central de la Unión dotado de los mismos poderes que todos los bancos centrales del mundo para sostener la propia moneda; por la consiguiente pérdida por parte de los Estados del poder de emitir o devaluar la propia moneda para hacer frente a las agresiones de la especulación financiera; por la ausencia de una garantía pública europea de las deudas soberanas, que tendría el efecto de estabilizar y homogeneizar los tipos de interés; por la falta de una política fiscal común y de un presupuesto público de tipo federal; por la diversa fiabilidad de las distintas economías, que hace huir a los capitales de los países más débiles hacia los más fuertes, como Alemania, con la consiguiente agravación de los desequilibrios; en síntesis, por la carencia de políticas económicas y sociales comunes a todos los países del euro. De aquí la llamada desconfianza de los mercados en los sistemas bancarios de los países europeos más endeudados. Esta resulta generada por el debilitamiento del papel de garantía de los Estados en apoyo de la propia moneda, y, con ello, de la expectativa de los inversores de una ayuda ofrecida en cualquier caso, en última instancia, por parte de los gobiernos a sus sistemas bancarios. De este modo, los países europeos se ven gravados por deudas públicas ingentes, en una mo-

en 2010 al 28,4 % en 2011 (Banco de Italia, *I bilanci delle familie italiane nell'anno 2010*, Roma, 2011, p. 20). Sobre el crecimiento de las desigualdades y de la pobreza, en Italia y a escala europea y mundial, véanse también, M. Revelli, *Poveri, noi*, Einaudi, Turín, 2010; L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, cit., pp. 111-127; Íd., «Disuguaglianze globali»: *Il dubbio. Rivista di critica sociale* y M. Pianta, *Nove su dieci*, cit., cap. III. Sobre las desigualdades entre países ricos y países pobre, cf. además, *infra*, el § 4.6 y la nota 33.

16. Es la tesis de G. Ruffolo y S. Sylos Labini, *Il film della crisi*, cit. En el mismo sentido, S. Biasco, *Ripensando il capitalismo*, cit., cap. 1, pp. 11-37.

neda que, al igual que sucede a los países pobres y subdesarrollados, sus gobiernos, de hecho, no controlan. Tal es la principal razón por la que la moneda única, concebida en el momento de su introducción como un factor de crecimiento y de integración, amenaza hoy con provocar el aumento de los desequilibrios y la disgregación de la Unión.

Se comprende como en estas condiciones las políticas de rigor impuestas a los Estados más endeudados están inevitablemente destinadas a agravar la crisis económica, tanto más irremediablemente cuanto más tardan las medidas dirigidas a contener y a regular, en vez de favorecer y estimular al capital financiero. Son políticas equivocadas, como repiten desde hace tiempo cada vez más economistas, dado que consisten en respuestas tan solo a las consecuencias de la crisis global, pero no a sus causas, de las que, antes bien, acaban por agudizar y multiplicar los efectos, al no ser posible ningún crecimiento duradero sin una distribución equitativa de la riqueza[17]. Al producir la reducción de las prestaciones del estado social, al golpear sobre todo a las rentas de trabajo y a las pensiones, determinando el aumento del desempleo, aquellas deprimen los consumos, abaten la demanda de bienes y servicios, agravan las restricciones crediticias, desincentivan las inversiones, provocan el cierre de miles de empresas y comprometen el crecimiento, reduciendo así la capacidad de pagar de los países endeudados de pagar sus deudas, incrementando la desconfianza de los inversores y aumentando tanto la deuda pública como el llamado *spread*. Con la consecuencia de una ulterior imposición de nuevas políticas de rigor en perjuicio de los derechos sociales y del trabajo, según una espiral perversa cuyo resultado último y desastroso en el plano económico y social es una gigantesca transferencia de riqueza de los sectores más pobres a los más ricos. El mercado como sistema de relaciones que se pretende regido por leyes naturales ha acabado así por revelarse como la actual versión del estado de naturaleza basado en la ley del más fuerte. Por eso asistimos a otra paradoja. Los poderes desregulados del capital financiero especulativo, luego de haber provocado la crisis económica y haber sido salvados por los Estados, han agredido a los propios Estados salvadores, amenazándolos con la quiebra e imponiéndoles políticas antisociales y económicamente desastrosas: la restricción de la esfera pública y del *welfare*, y, en particular, de las garantías de los derechos a la educación, a la salud y a la subsistencia; el desmantelamiento del derecho del trabajo; el empobrecimiento masivo y la devastación de los bienes comunes.

4.4. *La omnipotencia de la política frente a la sociedad y la crisis de la dimensión sustancial de la democracia: A) El proceso deconstituyente*

17. Documento *Per un'altra economia*, cit., p. 2.

en los ordenamientos estatales. Llego así al segundo aspecto de la crisis de la democracia, el que afecta a la dimensión sustancial injertada en ella por los principios constitucionales. Es el proceso deconstituyente inducido por las políticas ahora ilustradas, más que nada ruinosas en el plano económico, que se manifiesta en la obsolescencia del principio de la sujeción a la ley tanto de los poderes políticos como de los económicos y que será examinado, en este y en los próximos capítulos, en los diversos niveles del derecho: *a*) el de las democracias nacionales; *b*) el del derecho comunitario europeo; *c*) el del derecho y de las relaciones internacionales.

Se ha visto antes cómo la crisis de la democracia representativa en el plano estatal está determinada sobre todo por el desplazamiento de los poderes que cuentan fuera de los confines nacionales. En la era de la globalización el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y más de decisiones externas, adoptadas, en sedes extraestatales por las grandes concentraciones económicas y financieras y por las políticas de las mayores potencias que le son subalternas y de las instituciones internacionales controladas por ellas, como los organismos comunitarios europeos, el Fondo Monetario Internacional y los vértices de los varios G8, G4 y G20. Decaído el nexo entre democracia y pueblo y entre los poderes que cuentan y el (estado de) derecho, ha dejado de ser cierto que, en un mundo de soberanías desiguales y de creciente interdependencia, las decisiones más relevantes competan a los poderes directa o indirectamente democráticos y subordinados a la ley. En síntesis: de hecho, estamos gobernados por sujetos que no nos representan, mientras que los sujetos que nos representan se encuentran sometidos a ellos, frente a los que son impotentes.

Pues bien, precisamente, para que pueda tener lugar el proceso deconstituyente, esta impotencia de la política respecto de los mercados requiere un aumento de la potencia de estos en relación con la sociedad. En efecto el predominio de la economía sobre la política y la abdicación de esta de su papel de gobierno sobre la primera no serían posibles sin un proceso simultáneo de liberación de la política de los límites y de los vínculos legales y constitucionales. En este doble proceso reside la crisis sistémica que está golpeando a las democracias occidentales: la sustitución del gobierno político y democrático de la economía por el gobierno económico y obviamente no democrático de la política, que a su vez requiere la remoción de la constitución del horizonte de la acción de gobierno y la reducción de las promesas «excesivas» de la democracia constitucional.

Dentro de las democracias occidentales, esta singular omnipotencia de la política se sirve de un necesario sustento ideológico: la idea de que la única fuente de legitimación de los poderes políticos es el voto electoral y la consiguiente concepción de la democracia como omnipotencia

de la mayoría y de las elecciones como investidura popular de un jefe. El cauce de esta omnipotencia de la política, reclamada bajo el nombre de «gobernabilidad» por su impotencia y subalternidad a los poderes de los mercados, ha sido la simplificación de los sistemas políticos a través de su personalización y verticalización, favorecidas a su vez por la crisis de representatividad de los partidos y avaladas por las ideologías mayoritarias y por las derivas populistas. Así, la gobernabilidad se ha resuelto en la sustancial separación de la clase política de la sociedad, gracias a la cual, para hacer frente a la crisis, han sido posibles las restricciones del entero sistema de los derechos fundamentales y sus garantías: de los derechos sociales mediante los recortes masivos del gasto público; de los derechos de los trabajadores, reducidos a la ineficacia por la precarización, la inestabilidad de las relaciones laborales y el desempleo creciente; del pluralismo de la información, fuertemente reducido por las concentraciones de los periódicos y las televisiones favorecidas por la corrupción de la política; de las múltiples separaciones e incompatibilidades dirigidas a impedir confusiones de poder y conflictos de intereses. De este modo, la crisis económica se ha degenerado en la crisis no solo de la dimensión formal o política de la democracia, sino también de la dimensión sustancial y constitucional. A su vez, esta doble crisis de la democracia —de la capacidad de gobierno de la política y del proyecto constitucional de garantía de los derechos— ha retroactuado sobre la crisis económica y social, agravando sus causas según la espiral y el círculo vicioso antes ilustrado. Es lo acontecido en casi todos los países europeos, en los que durante estos años se ha dado una desautorización de los parlamentos y un correlativo reforzamiento de los poderes ejecutivos y de sus jefes como premisas y condiciones de las políticas antisociales.

Desde todos estos puntos de vista, el caso italiano es realmente ejemplar. En Italia, durante los últimos veinte años, se ha producido una deformación de las instituciones representativas debida a múltiples factores: la sustitución del sistema electoral proporcional por sistemas de tipo mayoritario que han hecho vertical la representación y transformado las fuerzas políticas en partidos personales y a veces patronales con vocaciones populistas; la deformación, en el debate público y en el sentido común, de la imagen misma de la democracia política, bastante más identificada con la selección de una mayoría electoral y de su jefe que con la representación de la pluralidad de los intereses y con su mediación parlamentaria; la idea de una legitimación absoluta proveniente del voto popular y por eso la intolerancia frente a los límites constitucionales y la separación de poderes; el vaciamiento del papel del parlamento, a través de una ley electoral que ha transformado las elecciones de los parlamentarios en su designación por los vértices de los partidos —frente a los que

responden y de los que dependen, bastante más que ante los electores— y la ruptura y la sustancial inversión de la relación de confianza entre parlamento y gobierno[18]; el crecimiento, en fin, y la masiva presencia en el parlamento de movimientos de protesta que contestan la prohibición del mandato imperativo en el que se basa la representación política y presentan como «democracia directa» la enésima forma de subordinación de los electos a las órdenes de un demagogo. Por último, con un proyecto de ley constitucional aprobado el 6 de junio de 2013 —que instituye un comité de 20 senadores y 20 diputados encargados de proponer la reforma de los títulos I, II, II y V de la segunda parte, prácticamente toda la Constitución— se está preparando el enésimo ataque a nuestra democracia parlamentaria, en vista de su transformación en una república presidencial. Se trata de un exceso o, peor aún, de un abuso de poder: en primer lugar, porque el único poder admitido por el art. 138 de la Constitución italiana es el de revisión, que es un poder constituido cuyo ejercicio solo puede consistir en enmiendas singulares y específicas, y no ciertamente en la transformación del mismo poder del que es ejercicio en un poder constituyente en condiciones de emanar una nueva constitución; en segundo lugar, porque el poder de revisión previsto en el art. 138 es un poder enteramente parlamentario, usurpado en este caso por el gobierno, sobre todo a solicitud del presidente de la República que debería ser el garante de la Constitución vigente: es, en efecto, el actual gobierno de los «grandes pactos» el que ha presentado la reforma como su compromiso programático y el que ha elaborado el proyecto de ley constitucional, en el que ha impuesto al parlamento procedimientos de urgencia y plazos restrictivos, reservando para sí un poder de enmienda privilegiado en su forma en relación con el permitido a los parlamentarios.

18. Durante los gobiernos berlusconianos las crisis políticas de la mayoría y sus posibles y fisiológicas soluciones parlamentarias han sido generalmente estigmatizadas, en el debate público, como ilegítimas violaciones de la voluntad popular: como «traición a los electores», «lesiones del mandato electoral», incluso, «golpes» y «subversiones de la democracia». Se ha intentado, además, la constitucionalización de este vaciamiento de hecho del papel del parlamento. Recuérdese —además de la ley constitucional de 16 de noviembre de 2005, que condicionaba la moción de censura al gobierno a que fuera promovida por su propia mayoría de sustento, rechazada en el referéndum de junio de 2006— el proyecto unificado, propuesto, al final de la XVI legislatura, por la mayoría de las fuerzas políticas, incluidas las de izquierda, que preveía, además que el gobierno pudiera someter a votación un proyecto de ley dentro de un plazo determinado, transcurrido el cual el texto sería sometido a votación sin modificaciones, el instituto de la moción de censura constructiva agravada y ampliada con respecto al modelo alemán, incluso a la aprobación de un proyecto de ley al que el gobierno hubiera dado su confianza. El proyecto fue abortado, poco antes de la disolución del Parlamento, tras la aprobación por parte de la derecha de una enmienda que introducía el presidencialismo. Sobre la degeneración y la desnaturalización durante estos años del instituto de la moción de confianza, véase C. F. Ferrajoli, «L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione»: *Diritto Pubblico* 2 (2008), pp. 587-636.

Sobre esta base, se entiende el doble proceso de deconstitucionalización y deslegalización que ha golpeado a ambos paradigmas, constitucional y legislativo, de la democracia italiana. El proceso deconstituyente de erosión de la dimensión sustancial injertada en la democracia por el paradigma constitucional se ha manifestado no solo en las múltiples violaciones y en los reiterados intentos de reforma de la Carta de 1948, sino, antes aún, en el ataque al constitucionalismo como tal, es decir, como sistema de límites y vínculos a los poderes políticos, en la abierta reivindicación de la omnipotencia de las mayorías y en el rechazo del complejo sistema de reglas y controles, de separaciones y contrapesos, de garantías de los derechos fundamentales y de funciones e instituciones de garantía que integra la sustancia del paradigma constitucional. Merced también a esta subcultura anti- o cuando menos a-constitucional, se ha hecho frente a la crisis económica mediante la reducción, bajo la noble etiqueta de «reformas», de las garantías de los derechos de los trabajadores y de los derechos sociales: de los salarios, los derechos en el puesto de trabajo, las pensiones y, al mismo tiempo, de la calidad de la asistencia sanitaria y de la educación, con el consiguiente aumento de las desigualdades y la degradación del espíritu público y de la cohesión social.

El primer blanco ha sido el trabajo, que el art. 1 de la Constitución italiana pone como fundamento de la República, y cuya supresión, no es casual, fue propuesta por la derecha. El viejo derecho del trabajo, con sus derechos y sus garantías conquistadas en decenios de luchas, ha sido disuelto en Italia por una serie de contrarreformas: la sustitución de la contratación colectiva nacional por la de empresa o la individual; el abandono del viejo modelo de relación laboral por tiempo indeterminado en favor de una multiplicidad de relaciones de trabajo individuales, atípicas, flexibles, ocasionales, precarias y por eso carentes de garantías; la reducción generalizada, en nombre de la competitividad, de los salarios reales, por más que estos incidan ya en menos del 10 % sobre los costes de producción; la neutralización del conflicto social y la ruptura de la unidad de los trabajadores, divididos, humillados y puestos a competir entre sí por la pluralidad de los contratos de trabajo y por la imposición, como en los establecimientos de la Fiat, de la renuncia a sus derechos bajo el chantaje de los despidos. La relación entre poderes privados y derechos fundamentales constitucionalmente establecidos ha sido invertida —ya no los primeros subordinados a los segundos, sino a la inversa— por la inauguración en la Fiat de un modelo de relación de trabajo basado en el rechazo de cualquier regla, de la Constitución a las leyes y a los contratos colectivos, y en la reivindicación de un poder empresarial incondicionado. El modelo Fiat ha sido luego sustancialmente recibido por el art. 8 de la ley 148/2011, de 14 de septiembre, que,

invirtiendo la jerarquía de las fuentes, ha dispuesto que la contratación empresarial o territorial puede derogar cualquier ley ordinaria o contrato colectivo en lo relativo a casi todos los aspectos de la organización del trabajo. Por lo demás, una inversión análoga, respecto de la Constitución, se había producido por la ley 183/2010, de 4 de noviembre, que permite, en los contratos de trabajo, la inclusión de la llamada «cláusula compromisoria», con la que, en el momento de contratar, el trabajador se compromete a renunciar al derecho fundamental de accionar en juicio para la tutela de sus derechos, previsto en el art. 24 de la Constitución italiana, y a someterse a arbitrajes privados. Por último, se ha suprimido la obligación de readmitir al trabajador despedido sin justa causa, previsto en el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores, en contra, entre otras cosas, del «derecho a la tutela frente a todo despido injustificado», previsto en el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una medida totalmente irrelevante en el plano económico y más aún en el del empleo, que solo se explica por la voluntad política de evidenciar una elección de campo en favor de los mercados financieros. En suma, el trabajo ha sido el terreno en el que, por la acción conjunta del mercado sin reglas y de las políticas públicas que le son funcionales, ha experimentado el máximo desarrollo la agresión a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. El resultado ha sido la desvalorización de los trabajadores, reducidos, como en el siglo XIX, a la condición de mercancías, y de aquí el estresante sentimiento de inseguridad, de mortificación inútil de la propia dignidad, de competencia, de angustia y miedo, introducido en sus condiciones de vida en perjuicio, sobre todo, de su misma productividad. No es casual que expresiones como «clase obrera» y «movimiento obrero» hayan caído actualmente en desuso, al resultar fuertemente comprometidas, por la precariedad de las relaciones de trabajo, la vieja solidaridad de clase y la misma subjetividad política de los trabajadores, ambas fundadas en la igualdad en los derechos y en las condiciones de trabajo y por eso en la autorrepresentación del trabajador como perteneciente a una comunidad de iguales.

Pero —con los recortes del gasto público destinados a la escuela, a la salud, a la previsión social y a otras formas de asistencia— la agresión de las políticas recesivas se ha dirigido simultáneamente contra un segundo blanco: los derechos sociales en su conjunto, cuya garantía universal y gratuita es, entre otras cosas, una condición elemental de la valorización de las capacidades individuales y con ello de la muy decantada meritocracia. Así, la masiva transferencia de riqueza de los pobres a los ricos con la que, ciertamente en Italia pero también en muchos otros países europeos, se ha desarrollado la espiral de la desigualdad, se ha producido también a través de la agresión a los derechos sociales y sus garantías.

En primer lugar al derecho a la salud, por la reducción de las inversiones en la sanidad pública y la supresión de la total gratuidad de las prestaciones sanitarias que es un corolario de este derecho; en segundo lugar, al derecho a la educación, al haberse degradado la calidad de la escuela pública, de la elemental a la universitaria, con la reducción del número de enseñantes y la precariedad y discontinuidad de sus relaciones de trabajo; en tercer lugar de los derechos a la asistencia y a la previsión social, con las numerosas reformas restrictivas de la legislación en materia de pensiones. El resultado ha sido la general decadencia de nuestros países. En efecto, pues los gastos sociales —además de ser, como se verá en el § 5.6, una condición esencial del desarrollo productivo— reducen las desigualdades económicas, y con ellas la desigualdad en las oportunidades de partida. La satisfacción de los derechos a la educación, a la salud y a la subsistencia no es, pues, un fin en sí misma, sino también un factor decisivo de construcción de la democracia: porque, en primer lugar, es una condición del efectivo y consciente ejercicio de todos los demás derechos, comenzando por los políticos; y porque, en segundo término, el crecimiento de la igualdad económica y social equivale al crecimiento de la igualdad de oportunidades y de la cohesión social. Mientras el desmantelamiento del estado social y de sus garantías demuele el presupuesto político y social de la democracia, que es la igualdad en los derechos fundamentales, de la que dependen la percepción de los demás como iguales y el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad en la que el futuro de cada uno no está determinado inexorablemente por el nacimiento y por el censo de la propia familia.

En fin, la crisis ha afectado no solo al paradigma constitucional, sino también al paradigma legislativo del estado de derecho, en perjuicio de la capacidad regulativa no solo de la constitución, sino también de la ley, además de la constitución. El debilitamiento del principio de legalidad se ha producido a través de dos procesos, opuestos en apariencia pero en realidad convergentes: de un lado la deslegificación y la desregulación de los mercados y de las relaciones de trabajo, del otro la inflación legislativa en todos los sectores del derecho, comenzando por el derecho penal. Acabo de referirme a la deslegificación de las relaciones de trabajo a través del abatimiento de sus garantías legislativas: del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores al derecho constitucional de accionar en juicio, hasta la inderogabilidad de la ley y de los contratos colectivos por obra de la contratación individual. Pero más masiva y programada ha sido aún la desregulación de los mercados, las mercancías y los capitales.

La agresión al principio de legalidad se ha producido también a través del fenómeno opuesto de la inflación de la legislación y de la degradación cualitativa del lenguaje legal en la que se ha descrito como des-

codificación[19]. Por ejemplo, en Italia, se cuentan ya por muchas decenas de miles las leyes estatales y regionales vigentes, a causa de una política que ha degradado la legislación a administración[20], perdiendo de vista la distinción entre las dos funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos con el resultado, entre otros, de sustraer las actuaciones con forma de ley al contencioso-administrativo. En particular, en materia penal, la inflación legislativa, generada por una infinidad de leyes de excepción, de emergencia y de ocasión, ha llegado al punto de que la Corte Constitucional, con su sentencia n.º 364/1998, ha tenido que archivar como irrealista el clásico principio de que la *ignorantia legis* no excusa. Y a esto debe añadirse el desorden del lenguaje legal, con sus crecientes vaguedad, oscuridad y sinuosidad. Es un fenómeno gravísimo, increíblemente desatendido por una cultura jurídica a la que, no obstante, se deben innumerables y refinados estudios sobre la interpretación de las leyes. La indeterminación semántica del lenguaje legal —no solo de la legislación estatal, sino también y puede que más aún, de las normas del derecho comunitario— ha alcanzado formas de verdadera inconsistencia con los intrincados laberintos normativos generados por artículos que ocupan páginas enteras, reenvíos descoordinados y contradictorios, neologismos a veces incomprensibles, frases inútilmente tortuosas y complicadas y fórmulas oscuras y polisémicas, fruto habitual de compromisos o, lo que es peor, de la decisión de desplazar las opciones normativas a la aplicación judicial. Es claro que una tal disfunción del lenguaje normativo compromete su capacidad regulativa y al mismo tiempo la legitimidad de la jurisdicción, transformada de hecho, por la enorme discrecionalidad abierta en la interpretación, en una fuente de creación del derecho. En síntesis compromete, a la vez que el principio de legalidad y la separación de poderes, las líneas fundamentales del estado de derecho.

4.5. *B*) *El proceso deconstituyente a escala europea. La crisis de la Unión Europea*. Un efecto específico de las políticas recesivas con las que se ha afrontado la crisis económica ha sido el debilitamiento, hasta el riesgo de colapso, de la Unión Europea, convertida como se ha dicho, en el epicentro de la crisis. Estas políticas obstinadamente impuestas por las instituciones comunitarias y solo por esto acreditadas como europeístas están provocando el empobrecimiento de los países

19. Es el título del libro de N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milán, 1979 [hay trad. esp. de L. Rojo Ajuria, *La edad de la descodificación*, Librería Bosch, Barcelona, 1992].

20. Sobre el fenómeno de las leyes-acto en creciente expansión, que en Italia superan ya las tres cuartas partes de la producción legislativa anual, véase S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milán, 2007.

más endeudados, la demolición de sus sistemas de *welfare*, el aumento del desempleo, el crecimiento de las desigualdades entre los países de la Unión y la progresiva reducción del consenso popular en torno al proceso, cada vez más decepcionante e inicuo, de integración europea.

A esta escala, el proceso deconstituyente se ha manifestado sobre todo en relación con el Tratado constitucional europeo. Como ha hecho ver Giuseppe Guarino, toda la gestión de la moneda única se ha desarrollado con violación de los tratados[21]. En 1997, poco antes de la entrada en vigor del euro, la comisión aprobó los reglamentos n.º 1466/97 y 1467/97, que sustituyeron el límite del 3 % del PIB, impuesto al endeudamiento de los Estados por el art. 104 del Tratado de Maastricht de 1992, por la estabilidad presupuestaria, es decir, por el límite del 0 %[22], que reduce radicalmente la posibilidad de políticas públicas dirigidas a garantizar los derechos sociales. Estas normas, afirma Guarino, antes que inválidas, son inexistentes, en cuanto viciadas de absoluta incompetencia. En efecto, pues un reglamento no puede modificar el Tratado de la Unión, respecto del cual es una fuente de rango inferior. Además, tal vicio de origen y la consiguiente ilegitimidad-inexistencia de las normas de los dos reglamentos sobre la estabilidad presupuestaria fueron reconocidos por el Tratado de Lisboa de 2007, cuyo art. 126 reproduce textualmente el art. 104 del Tratado de Maastricht sobre el límite del 3 % del PIB dentro del que los Estados pueden endeudarse. Por otra parte, ha observado Guarino, la misma Comisión debió de darse cuenta de esta ilegitimidad-inexistencia, pues mediante el reglamento n.º 1175/2011, de 6 de diciembre, abrogó los dos reglamentos citados, regulando nuevamente la materia en su totalidad. Así en el punto 8 de las premisas del nuevo reglamento, la Comisión reconoce los «errores cometidos en el curso de los diez primeros años de la Unión», es decir, aquellos durante los que se aplicaron los reglamentos de 1997. Pero este nuevo reglamento n.º 1175/2011 ha quedado en letra muerta. En efecto, el 2 de mayo de 2012 se aprobó por 25 de los 27 países de la Unión, el tratado llamado *Fiscal Compact*, que reintrodujo, en el art. 3.1a), el principio de estabilidad o de superávit en el presupuesto y, en el art. 4, la obligación de los Estados de pagar en los

21. G. Guarino, «Euro: venti anni di depressione»: *Nomos. Le attualità nel diritto. Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale* 2 (2012).

22. Los valores de referencia —adoptados en el art. 104 del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, reproducidos en el art. 126 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 y establecidos por el protocolo n.º 5 del Tratado de Maastricht y por el protocolo n.º 12 del Tratado de Lisboa— son, como se sabe, el 3 % para la relación entre el déficit público y el producto interno bruto y el 60 % para la relación entre la deuda pública y el producto interno bruto. El reglamento CE n.º 1466 de 7 de julio de 1997 estableció, en cambio, en el art. 2 bis de la sección 2 bis, que «los objetivos presupuestarios a medio plazo específicos por país se fijarán en un intervalo comprendido entre -1 % del PIB y la estabilidad o el activo».

próximos veinte años su débito que exceda del 60 % del PIB a razón de una vigésima parte anual: por tanto, una nueva y aún más gravosa modificación del Tratado de Lisboa, a su vez ilegítima, observa también Guarino, no solo en cuanto producida sin seguir los procedimientos previstos por el art. 48 del Tratado de la Unión para su revisión, sino también porque el propio *Fiscal Compact*, en su art. 2.2, establece que «el presente Tratado se aplicará en la medida en que sea compatible con los tratados en los que se funda la Unión Europea y con el derecho de la Unión Europea»; de modo que no «se aplica» en las disposiciones citadas, claramente incompatibles con el art. 126 del Tratado de Lisboa, obviamente todavía en vigor. En definitiva, concluye Guarino, toda esta vicisitud carece de bases jurídicas. Y, sin embargo, por un increíble celo rigorista, la estabilidad presupuestaria ha sido apresuradamente introducida en la Constitución italiana, a propuesta del gobierno, por la ley constitucional n.º 1/2012, de 20 de abril, que modificó el art. 81, sustituyéndolo por un texto bastante retorcido, aprobado además por una mayoría de dos tercios para ponerlo al reparo del referéndum constitucional[23]. A su vez, el *Fiscal Compact* ha sido ratificado en Italia por la ley n.º 114/2012, de 23 de julio. En suma, se ha producido una larga serie de violaciones del Tratado de la Unión, signo de la desenvuelta indiferencia de las au-

23. La ley constitucional 1/2012, de 20 de abril, titulada «Introducción del principio de estabilidad presupuestaria en la Carta constitucional», añade al viejo art. 81 los dos siguientes apartados: «1. El Estado asegura el equilibrio entre las entradas y los gastos del propio presupuesto, teniendo en cuenta las fases adversas y las fases favorables del ciclo económico. 2. El recurso al endeudamiento solo se permite con el fin de considerar los efectos del ciclo económico y, previa la autorización de las Cámaras adoptada por mayoría absoluta de sus respectivos componentes, cuando se produzcan situaciones excepcionales». Suprime, además, el apartado según el cual «con la ley de aprobación del presupuesto no se pueden establecer nuevos tributos y nuevos gastos». En fin, introduce un último apartado que dispone que «el contenido de la ley de presupuesto, las normas fundamentales y los criterios dirigidos a asegurar el equilibrio entre las entradas y los gastos de los balances y la sostenibilidad de la deuda del conjunto de las administraciones públicas se establecen por ley aprobada por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara, respetando los principios definidos por ley constitucional». Siguen otros cuatro artículos, en los cuales, como en el primero, no se usa nunca la expresión «estabilidad presupuestaria», sino la de «equilibrio presupuestario», cuya noción se ilustra ampliamente en el largo y complejo cap. II de la ley de actuación de 20 de diciembre de 2012. En cambio, no se ha dictado todavía la ley constitucional prevista al final del nuevo art. 81. Para un primer comentario del enésimo vínculo impuesto a la política por esta reforma, véase G. Pisauro, «La regola costituzionale del pareggio di bilancio e la politica fiscale nella Grande Recessione: fondamenti economici teorici e pratici», en L. Pennacchi (ed.), *Tra crisi e «grande trasformazione»*, cit., pp. 109-122, donde se recoge la carta de 28 de julio de 2011 al presidente y al Congreso de Estados Unidos en la que ocho economistas de fama mundial — Kenneth Arrow, Peter Diamond, Eric Maskin, Charles Schultze, William Sharpe (todos premios Nobel de economía), Robert Solow, Alan Blinder y Laura Tyson— criticaban el principio de estabilidad presupuestaria en las fases de recesión económica (el texto completo de la carta está disponible en http://www.cbpp.org/cms/index.cfm?fa=view&id=3543).

toridades europeas por los límites y vínculos jurídicos, avalada por el sustancial silenciamiento de la cuestión en el debate público. A esto hay que añadir que las políticas rigoristas institucionalizadas con estas intervenciones han producido efectos económicos desastrosos, provocando la quiebra del PIB en todos los países de la eurozona. Baste pensar, ha recordado Guarino, que entre 1950 y 1990 el crecimiento medio del PIB fue del 3,86 % en Francia, del 4,05 % en Alemania e incluso del 4,36 % en Italia, mayor pues que el de Estados Unidos, donde en el mismo periodo fue de una media del 3,45 %; mientras que entre 1999 y 2011, esto es, en los años sucesivos a los reglamentos de 1997, el mismo crecimiento medio descendió en Francia al 1,61 %, en Alemania al 1,32 % y en Italia, que pasó del primero al último puesto, al 0,68 %[24].

Pero el aspecto más grave de estas vicisitudes y de las medidas económicas adoptadas en estos últimos años ha tenido un carácter político y social. La construcción de la Unión Europea ha sido, después de siglos de guerras y nacionalismos, el acontecimiento históricamente más importante y progresivo de la segunda mitad del siglo pasado. Las políticas de rigor impuestas por aquellas medidas están minando de raíz, junto con la dimensión sustancial y social del constitucionalismo europeo, el proceso mismo de integración de la Unión. Se ha lamentado muchas veces la falta de un pueblo europeo como presupuesto de la unificación política e institucional y de la misma legitimidad de una constitución de Europa[25]. A mi entender, esta tesis es inaceptable. La unidad política de un pueblo viene dada por la igualdad en los derechos constitucionalmente establecidos de cuantos en esto se reconocen, precisamente, como iguales: por la *par conditio civium* y por su *iura paria*, como escribió Cicerón hace más de dos mil años[26]. Es lo que afirma el propio preámbulo de la Carta Eu-

24. G. Guarino, «Euro: venti anni di depressione», cit., pp. 2-3.

25. P. Grimm, «Una costituzione per l'Europa?» (1994), en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, pp. 339-367; M. Luciani, «La costruzione giuridica della cittadinanza europea», en G. M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Ets, Pisa, 1999, pp. 89-96; M. Luciani, «Diritti sociali e integrazione europea»: *Politica del diritto* (2000), pp. 367 ss.; Íd., «Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea», en G. Bonacchi (ed.), *Verso la costituzione europea. Una costituzione senza Stato*, Il Mulino, Bolonia, 2001, pp. 71-87; C. Offe, «Esiste, o può esistere una 'società europea'?», en AA.VV., *Sfera pubblica e costituzione europea*, Carocci, Roma, 2002, pp. 65-119; P. C. Schmitter, «Il futuro dell'Europa. Una singolare pluralità di alternative», *ibid.*, pp. 121-141; G. Ferrara, «La costituzione per l'Europa. Il naufragio di Bruxelles»: *La rivista del Manifesto* 46 (2004), pp. 23-25.

26. «Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?» (Cicerón, *De re publica*, en E. Romagnoli [dir.], «Collezione romana», 35 vols., Istituto Editoriale

ropea de los Derechos Fundamentales: «La Unión se funda en los valores indivisibles y universales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad». Además, antes aún, el Consejo Europeo de Colonia de 3-4 de junio de 1999 había declarado: «la tutela de los derechos fundamentales constituye un principio fundador de la Unión Europea» y un «presupuesto indispensable de su legitimidad». La Unión Europea, más que un mercado común es, pues, un conjunto de pueblos que se quieren unificados por valores comunes de civilidad, hoy pospuestos, sin embargo, a los valores presupuestarios por las inadecuadas tecnocracias comunitarias. Estas, mientras amenazan con la expulsión de Grecia, cuna de Europa, no dicen nada de las derivas autoritarias de Hungría y de la emergencia en tantos países de brotes neonazis, antisemitas y racistas. En suma, mucho más que la libre competencia, la unificación política de Europa requeriría como presupuesto la igualdad de los ciudadanos europeos y la indivisibilidad de sus derechos fundamentales, que son producto y al mismo tiempo factor de vínculos de solidaridad y del sentimiento de pertenencia a una misma comunidad.

Pues bien, este presupuesto elemental de la unidad europea ha sido roto en estos años y está en riesgo de convertirse en su contrario, a causa de las políticas antisociales impuestas por los mercados a los Estados en los países económicamente más débiles. En todos los países de la Unión están desarrollándose sentimientos nacionalistas y de aversión recíproca: entre alemanes e italianos, entre holandeses y griegos, entre finlandeses y españoles. Así, está sucediendo que la economía, que los padres constituyentes de Europa concibieron y proyectaron como un factor de unificación —primero el mercado común y después la moneda única— en ausencia de políticas capaces de gobernarla, se ha convertido en un factor de división y de conflicto. En efecto, los Estados, privados del control de su moneda, no pueden utilizar el instrumento de la devaluación para hacer frente a sus deudas públicas, sino solo las políticas de rigor que de hecho han obrado hasta ahora en perjuicio de los gastos sociales. De ello, en ausencia de funciones e instituciones de garantía comunes, se ha seguido un crecimiento de las desigualdades entre los ciudadanos de la Unión, al no existir igualdad en los derechos. Es obvio que no hay igualdad en los derechos sociales y del trabajo, garantizados en los países más ricos e inevitablemente violados o reducidos, a causa de la crisis,

Italiano, Roma, 1928, lib. I, XXXII, p. 80). [«Porque, dicen ellos, como la ley es el vínculo de la sociedad civil, y el derecho es la igualdad de la ley, ¿qué derecho puede mantener a la sociedad de los ciudadanos cuando estos son desiguales? Porque, si no conviene igualar las fortunas, si tampoco pueden ser iguales las inteligencias de todos, sí que deben ser iguales los derechos de los que son ciudadanos de una misma república. Pues ¿qué es una ciudad sino una sociedad en el derecho de los ciudadanos?» (Cicerón, *Sobre la república*, introd., trad., apéndice y notas de Á. D'Ors, Gredos, Madrid, 1984, pp. 68-69)].

en los más pobres. Pero no hay siquiera igualdad en los derechos políticos. Dentro de la Unión Europea y de su país, un ciudadano alemán cuenta bastante más que un ciudadano griego, español o italiano: porque su gobierno cuenta enormemente más que los de Grecia, España o Italia a la hora de determinar las políticas europeas; y porque, consecuentemente, su voto es bastante más decisivo que los de los ciudadanos de los países más pobres al condicionar las políticas de gobierno y con ello el futuro del propio país en Europa[27].

Ciertamente, en la base de esta crisis de la Unión Europea hay un defecto y un error originarios en su construcción institucional, es decir, la creación del mercado común y de la unión monetaria sin acompañarlas de la introducción de instituciones y funciones de gobierno comunes: un banco europeo con los poderes de que están dotados todos los bancos centrales, un presupuesto y una fiscalidad común y un común gobierno político de la economía. Más en general, en la base de la crisis existe un déficit de democracia, al ser todavía la Unión Europea un ordenamiento jurídica y políticamente amorfo, carente de los dos requisitos del constitucionalismo democrático: la representatividad política de las fuentes comunitarias, de las que directa o indirectamente proviene la mayor parte de la legislación de los países de la Unión, y la subordinación de sus decisiones a controles de validez claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales. Así, la cesión de soberanía necesaria para la construcción de la Unión está en riesgo de producirse en favor de las tecnocracias, a su vez sometidas a las razones de las finanzas. Pero la crisis es sobre todo política, debiéndose principalmente a la desaparición de las necesarias relaciones de solidaridad y del consiguiente sentido de igualdad y de pertenencia a una misma comunidad política. Solidaridad, igualdad, derechos humanos, dignidad de la persona, intereses generales y bienes comunes —en síntesis todo el diccionario constitucio-

27. Una reciente investigación del Censis ha mostrado el distinto peso que los ciudadanos de los diversos países de la Unión atribuyen a su voz y a su voto en la determinación de las políticas nacionales y de la europea. En cuanto a las primeras, el porcentaje de ciudadanos que consideran que su voz cuenta algo es del 18 % en Italia, del 15 % en Grecia y del 45 % en España, mientras que es del 70 % en Alemania y del 81 % en Holanda. No muy diversos son los porcentajes de los ciudadanos que entienden que cuentan algo en las políticas europeas: el 16 % en Italia, el 15 % en Grecia, el 27 % en España, el 47 % en Alemania y el 55 % en Holanda. En cambio, el 77 % de los italianos, el 84 % de los griegos, el 52 % de los españoles, el 19 % de los holandeses y el 26 % de los alemanes manifiestan un sentimiento de total impotencia en relación con las políticas nacionales; y por lo que se refiere a las europeas, los porcentajes son del 75 % de los italianos, del 84 % de los griegos, del 68 % de los españoles, del 43 % de los holandeses y del 44 % de los alemanes (Fuente: elaboración Censis sobre datos del Eurobarometro 2012, recogidos en G. de Rita, «La crisi della sovranità», en *Un mese sociale*, miércoles, 6 de junio de 2012, pp. 12-13).

nal— son, por lo demás, términos desconocidos por el lenguaje de las ideologías y de las tecnocracias neoliberales.

Así sucede que, en Europa, que hasta hace pocos años representaba un modelo de civilidad nunca alcanzado antes en la historia, está cambiando de naturaleza. Ya no es la Europa civil y social —la Europa de los derechos, como la percibieron durante decenios los progresistas de todo el mundo— sino una Europa, no solo económica, sino también política y moralmente debilitada, en cuanto vista como hostil por una parte creciente de sus poblaciones, en Grecia, España, Portugal, Irlanda, Italia; y porque, de nuevo, es presa de los egoísmos localistas y nacionales, de las pretensiones hegemónicas, los populismos, las xenofobias, los rencores, la desconfianza y las recíprocas suspicacias que han sustituido al originario espíritu unitario y solidario. Es el altísimo precio que estamos pagando a la miopía de la actual clase política europea y a sus políticas recesivas y además ruinosas, por no haber hecho frente con unas pocas decenas de miles de millones al primer apunte de la crisis en Grecia: la destrucción del espíritu público comunitario, el riesgo de una quiebra de la economía europea con la que todos perderían y, al mismo tiempo, la explosión de una gravísima cuestión social y de revueltas populares en media Europa, donde el sueño europeo se ha transformado en pesadilla y la Unión y el euro tienen que ser defendidos por la fuerza pública.

4.6. C) *El proceso deconstituyente a escala global.* La crisis de la capacidad regulativa del derecho está manifestándose sobre todo en el plano internacional. A esta escala la globalización se ha resuelto en un vacío de derecho público todavía más grave, es decir, en un vacío de reglas, de límites y vínculos en garantía de los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, sustraídos a la función de gobierno y control de los viejos poderes estatales. Así, a la primacía del mercado sobre la política ha correspondido, en el plano jurídico, la sustitución de las formas tradicionales de la normación heterónoma, general y abstracta, por un derecho de producción contractual, que inevitablemente refleja la ley del más fuerte[28]. En efecto, la crisis de los Estados y con ello del papel garantista de las constituciones y de las esferas públicas nacionales no ha sido compensada por la construcción de una esfera pública mínimamente a la altura de los procesos de globalización. La Carta de la ONU, la Declaración Universal de 1948 y los Pactos de 1966

28. Cf. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit.; S. Rodotà, «Diritto, diritti, globalizzazione»: *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 4 (2000), pp. 765-777; U. Allegretti, «Globalizzazione e sovranità nazionale»: *Democrazia e diritto* 3-4 (1995), pp. 47 ss.; Íd., «Costituzione e diritti cosmopolitici», en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bolonia, 1997, pp. 53 ss.; Íd., *Diritti e Stato nella mondializzazione,* Città Aperta, Troina, 2002.

y las diversas cartas regionales de derechos, que en su conjunto forman una especie de constitución embrionaria del mundo, proclaman las libertades fundamentales y los derechos sociales reconocidos a todos los habitantes del planeta. Pero faltan por completo sus normas de actuación, es decir, las garantías internacionales de los derechos proclamados y las correspondientes funciones e instituciones de garantía, en ausencia de las cuales el proceso deconstituyente está destinado a desarrollarse bajo la forma de una creciente distancia entre las promesas normativas y la realidad de sus desmentidos y violaciones. Por eso, la imagen hobbesiana y lockeana de la sociedad internacional como conjunto de Estados soberanos en la situación de guerra propia del «estado de naturaleza»[29] es hoy más pertinente que nunca, al estar la sociedad global superpoblada por una multitud de «nuevos sujetos soberanos globales»[30], comenzando por los poderes del mercado, cuyas leyes económicas bien pueden llamarse «naturales», en el sentido del estado de naturaleza en el que prevalecen los intereses de los más fuertes.

El aspecto paradójico de tal anomia internacional es que, en estos años, el crecimiento de las promesas normativas y, por otra parte, de la complejidad de los problemas y de las interdependencias generada por la globalización ha venido a coincidir no con una más racional articulación institucional de la esfera pública, sino con la sustancial reducción de esta, bajo la enseña de la multiplicación de los ordenamientos públicos, para-públicos y privados, generales y sectoriales, supra-, inter- o transnacionales según los rasgos premodernos del particularismo jurídico[31], de un lado, y de la incapacidad regulativa de este labe-

29. T. Hobbes, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, cap. XXI, § 8, p. 177: los Estados «viven en una condición de guerra perpetua, aprestados para la batalla, con sus fronteras fortificadas y los cañones apuntando a los países vecinos»; J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1690), trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. II, § 14, p. 43: «Como todos los príncipes y jefes de los gobiernos independientes del mundo entero se encuentran en un estado de naturaleza, es obvio que nunca faltaron en el mundo, ni nunca faltarán, hombres que se hallen en tal estado».

30. La expresión es de G. Azzaritti, *Può el costituzionalismo sopravvivere?*, Laterza, Roma/Bari, 2013, cap. III, § 5, que ofrece un amplio mapa de estos nuevos sujetos soberanos: de los *summit* más o menos informales de los distintos G7, G8 y G20 a los ordenamientos supranacionales como la Unión Europea y las demás organizaciones regionales, de la miríada de organismos internacionales de carácter público, técnico, económico o financiero a los sujetos económicos privados y las agencias de *rating*.

31. Sobre este conjunto fragmentado y desorganizado de organismos supranacionales heterogéneos, cf. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma/Bari, 2003, pp. 8-11, que cifra en 1.850 el número de tales organismos, desarrollados sin ningún diseño constitucional y sin efectiva capacidad de garantía. Véase también, de S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., cap. XI, pp. 283-289, que habla de la «disgregación del estado» provocada por la pérdida de su «unidad de mando», sustituida por «una estructura puntiforme y reticular» de instituciones supraestatales, obviamente incapaces de gobernar

rinto institucional y, como consecuencia, de la sustancial ausencia de límites a los grandes poderes económicos y financieros, del otro. Las principales víctimas de esta anomia son obviamente los países más pobres, que han sido los primeros en experimentar la inversión de la relación entre Estados y mercado. Gracias a la llamada «concurrencia de ordenamientos»[32], ya no es el estado quien garantiza la competencia entre empresas en estos países, sino que son las grandes empresas las que ponen a competir a los Estados, privilegiando para sus inversiones a aquellos en los que los derechos de los trabajadores están menos garantizados, mayor es la posibilidad de explotar el trabajo con bajos salarios, menor es la protección del medio ambiente y mayor la posibilidad de corromper a las fuerzas de gobierno locales.

De aquí, además de la regresión neoabsolutista de los poderes económicos, el crecimiento exponencial de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que da por descontados en los países pobres la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor. Según las estimaciones del Banco Mundial, más de un quinto de la población mundial vive hoy con poco más de un dólar diario y cerca de la mitad con poco más de dos dólares al día. Por eso, la duración media de la vida de las personas pertenecientes al tercio más pobre de la humanidad es de la mitad de la duración media de la vida de las pertenecientes a los otros dos tercios[33]. Es una desigualdad —como nos dicen las estadísticas sobre las diferencias de renta entre países ricos y países pobres y sobre las decenas de millones de muertos al año por la falta de agua, comida y fármacos esenciales— sin precedentes en la historia. La humanidad es hoy, en su conjunto, incomparablemente más rica que en el pasado. Pero es también, si se repara en masas

un sistema económico global «desterritorializado», compuesto ya por unas 250.000 empresas multinacionales (*stateless firms*) con casi 80 millones de empleados. La imagen de la «red» o del «laberinto» de «ordenamientos públicos globales» está repetidamente evocada también en S. Cassese, *Crisi dello Stato*, cit., pp. 14-20 y caps. II y V.

32. Sobre la llamada «concurrencia de ordenamientos», véanse los trabajos recogidos por A. Zoppini (ed.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma/Bari, 2004, si bien relativos sobre todo a la competición entre ordenamientos dentro de la Unión Europea: en particular, los ensayos críticos de G. Alpa, «La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico», *ibid.*, pp. 43-57, que ilustra las diversas «ficciones» ocultas tras de esa expresión, y N. Lipari, «'Concorrenza' tra ordinamenti e sistema delle fonti», *ibid.*, pp. 81-97, que muestra su interna contradictoriedad.

33. T. Pogge, *Povertà mondiale e diritti umani. Responsabilità e riforme cosmopolite* (2008), trad. de D. Botti, Laterza, Roma/Bari, 2010, p. 120. «La pobreza en el mundo», escribe Pogge como conclusión de su libro sobre las terribles dimensiones de la pobreza y sus trágicos efectos, «es mucho mucho mayor, pero también mucho más pequeña de lo que pensamos. Mata a un tercio de todos los seres humanos que vienen al mundo y su eliminación no requeriría más del 1% del producto global» (*ibid.*, p. 304). Sobre el crecimiento de las desigualdades, véase *supra* la nota 15.

ingentes y crecientes de personas, incomparablemente más pobre. Los seres humanos son, en el plano jurídico, bastante más iguales que en cualquier otra época gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero, de hecho, son, en concreto, bastante más desiguales.

El efecto inevitable de estas desigualdades es la fuga de sus países de masas crecientes de personas. El viejo derecho a emigrar, que desde hace cinco siglos forma parte del derecho internacional y aparece estipulado en el art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido, sin embargo, negado y penalizado por las leyes contra la inmigración de nuestros países. Así, la inmigración se ha convertido en el fenómeno prevalentemente ilegal y clandestino, en el que se manifiestan de la forma más escandalosa las violaciones del principio de igualdad, de los derechos humanos y de la dignidad de la persona, a pesar de que forman la sustancia de nuestras democracias constitucionales. En efecto, pues esas leyes añaden a la marginación social, de la que los emigrantes han sido siempre víctimas, la marginación jurídica, que los expone a las formas más incontroladas de explotación y de opresión. De este modo se han reproducido las diferenciaciones jurídicas de estatus, por razón de nacimiento, que fueron propias del *ancien régime*. Pero el dato más dramático es la masacre silenciosa producida por el rechazo de los clandestinos[34]. Desde 1988 al 10 de noviembre de 2012 murieron, en el intento de penetrar en la fortaleza europea, 18.673 personas, de las cuales 2.352 solo en 2011. Perdieron la vida 6.449 en el Canal de Sicilia cuando trataban de llegar desde Marruecos, Libia y Túnez a Malta o a Italia. Otras 4.859 personas murieron a lo largo de las rutas que llevan a las Islas Canarias y a la Península Ibérica, desde Marruecos, Argelia, Sáhara Occidental, Mauritania y Senegal. 1.462 se ahogaron en el mar Egeo, entre Turquía y Grecia y entre Egipto y Grecia, y otras 705 murieron en el mar Adriático y en el Jónico, entre Albania y Puglia. Además, 1.703 personas perdieron la vida, de 1996 a hoy, atravesando el desierto del Sáhara en dirección al Mediterráneo; 372 migrantes murieron asfixiados, congelados o aplastados por las mercancías entre las que viajaban escondidos en los TIR; 412 se ahogaron cuando trataban de atravesar los ríos fronterizos; otros 114 murieron de frío cuando intentaban atravesar a pie los pasos fronterizos; 293 perecieron bajo los disparos de la policía de frontera[35].

34. Acerca de estos rechazos en el mar, véase F. Mastromartino, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Giappichelli, Turín, 2012, pp. 248-251.

35. Son los datos, actualizados al 10 de noviembre de 2012, recogidos en el sitio *Fortress Europe: La fortezza* (http://fortresseurope.blogspot.it/p/la-fortezza.html). Sobre esta hecatombe, véase también G. Del Grande, *Il mare di mezzo. Al tempo dei respingimenti*, Infinito, Milán, 2010.

4.7. *La crisis de la capacidad regulativa del derecho. Cinco emergencias planetarias.* El desarrollo de la ilegalidad y de la a-legalidad y, consecuentemente, de poderes desregulados y salvajes es bastante más rápido y penetrante que los procesos de construcción de una legalidad a su altura, es decir, de las garantías primarias y secundarias en actuación de los cuatro principios del modelo MG del estado de derecho ilustrados en el § 2.1. Las catastróficas consecuencias de este desarrollo son cinco emergencias planetarias, destinadas a agravarse, a no ser que se produzca un giro radical en la economía, en la política y en el derecho. Se trata de emergencias bien conocidas, denunciadas a diario por la prensa. Pero esto hace todavía más irracionales e irresponsables la inercia de la política y la progresiva desestabilización del paradigma constitucional.

La primera emergencia es la democrática ilustrada en las páginas precedentes. Como se ha visto, la crisis de la política, unida a la de la economía, está provocando actualmente la restricción tanto de la dimensión formal o política como de la dimensión sustancial o jurídica de la democracia constitucional. Como siempre, la crisis de la política se traduce en el descrédito, o, peor aún, en el rechazo de la democracia representativa y de los partidos que son sus imprescindibles instrumentos, y en la tentación de encomendarse a la demagogia de un jefe. En efecto, la impotencia de la política, su subalternidad a la economía y su divorcio de la sociedad generan, inevitablemente, la indiferencia *qualunquista* y el rechazo de las instituciones representativas que son siempre las premisas de los giros reaccionarios. Es lo que sucedió en Italia con los orígenes del fascismo, en tiempos recientes con el berlusconismo y luego con las siempre nuevas variantes del populismo y, en muchos otros países europeos, con la reaparición de movimientos abiertamente fascistas. En casi todos los países, crece el número de los ciudadanos, sobre todo entre los más pobres, que se abstienen en las elecciones y carecen de confianza en la política, que advierten indistintamente como hostil.

La segunda emergencia, aun más dramática, es la social y humanitaria a la que me he referido en el parágrafo precedente. Consiste en cuatro grandes flagelos: el hambre, la sed, las enfermedades incurables y el analfabetismo. A causa de los crecientes desequilibrios económicos, alrededor de 870 millones de personas sufren el hambre y la sed, 771 millones, con preferencia mujeres, son analfabetas y más de dos mil millones de personas no tienen acceso a los fármacos esenciales. Las consecuencias de estos flagelos son espantosas: más de 8 millones de personas —24 mil personas al día— en gran parte niños, mueren cada año por falta de agua y de alimentación básica, y más de 10 millones mueren cada año por no disponer de los fármacos que podrían salvar sus vidas,

víctimas del mercado más que de las enfermedades[36]. En efecto, el agua potable, cada vez más escasa, es por ello objeto de apropiación privada; mientras los fármacos esenciales están patentados o, lo que es peor, no son distribuidos y ni siquiera producidos, aunque no cuesten casi nada, por defecto de demanda en los países ricos, en cuanto referidos a enfermedades infecciosas —infecciones de las vías respiratorias, sida, malaria y similares— ya vencidas y que han desaparecido en estos países.

La tercera emergencia es la ambiental. Nuestra generación ha producido daños irreversibles y crecientes en el medio ambiente natural. Hemos masacrado enteras especies animales, envenenado el mar, contaminado el aire y el agua, deforestado y desertizado millones de hectáreas de tierra. El actual desarrollo desregulado del capitalismo, insostenible en el plano ecológico todavía más que en el económico, está envolviendo a nuestro planeta como una metástasis poniendo en riesgo, a un plazo no larguísimo, su misma estabilidad. En el último medio siglo, mientras la población mundial se ha más que triplicado, el proceso de alteración y destrucción de la naturaleza —la invasión del cemento, la disolución de los casquetes de hielo en Groenlandia y en la Antártida, el calentamiento global, las contaminaciones del aire y de los mares, la reducción de la biodiversidad, las explosiones nucleares— se ha incrementado de manera exponencial. Al mismo tiempo, se están extinguiendo los recursos energéticos no renovables —el petróleo, el carbón y el gas naturales— acumulados en millones de años y disipados en pocos decenios. En suma, el desarrollo insostenible está dilapidando los bienes comunes naturales como si fuésemos las últimas generaciones que viven sobre la Tierra. De nuevo, es el eslogan de un movimiento —«este es el único planeta que tenemos»— el que denuncia en términos dramáticos semejante insensata carrera hacia la catástrofe.

La cuarta emergencia es la nuclear. En los años de la segunda posguerra los bloques contrapuestos acumularon gigantescos arsenales de armas nucleares capaces de destruir varias veces por completo el planeta. El fin de la guerra fría y del bipolarismo no han supuesto en modo

36. Son los datos sobre el hambre y la sed, sobre el analfabetismo y sobre la carencia de fármacos esenciales en el mundo recogidos en FAO, *The State of Food Insecurity in the World*, Roma, 2012, p. 8; en UNESCO, *Education for All Global Monitoring Report 2006. Literacy for Life,* París, 2005, pp. 19-20; en WHO, *The World Medicines Situation*, Ginebra, 2004, p. 61. Véanse también los datos recogidos por L. Gallino, *Finanzcapitalismo*, cit., pp. 115-127. Sobre el proyecto de la Organización Mundial de la Salud de proporcionar los 340 fármacos identificados como «esenciales» o «salvavidas», no realizado, cf. G. Tognoni, «I farmaci essenziali come indicatori di diritto»: *Giornale italiano di farmacia clinica* 12/2 (abril-junio de 1998), pp. 116-122; M. Correggia (ed.) *Accesso ai farmaci: la malattia del profitto* (dossier de Médicos sin Fronteras), Abilgraf, Roma, 2002; N. Dentico, «Medicine? Soltanto per il mondo dei privilegiati»: *Fondazione Internazionale Lelio Basso* VI/3 (julio-septiembre de 2000).

alguno el fin de este peligro, que, antes bien, se presenta de nuevo bajo formas más amenazantes. La multiplicación de los países dotados de armamentos nucleares[37], químicos y bacteriológicos; la creciente posibilidad tecnológica de producir tales armamentos; el hecho, en fin, de que bandas criminales y terroristas pudieran entrar en posesión aunque fuera de solo una parte de este inmenso arsenal de armas de exterminio, crean el riesgo de arrojar de nuevo a la humanidad al *bellum omnium* concebido por Thomas Hobbes. Con una diferencia: en el mucho más destructor estado de naturaleza tecnológico, no es la guerra de todos contra todos propia del primitivo estado de naturaleza la que hacen temer los actuales poderes salvajes, sino un *bellum* nuclear sin ningún vencedor.

La quinta emergencia, que agrava todas las demás, es la criminal. La criminalidad organizada ha existido siempre. Lo que es nuevo con respecto al pasado es su carácter transnacional, su fuerza militar y, sobre todo, su capacidad de contagio, de condicionamiento y de corrupción de los poderes legales, tanto económicos como políticos. Este entrelazamiento de los poderes criminales con los legales, en virtud del cual los primeros tienden a prevalecer sobre los segundos apoderándose de ellos, corrompiéndolos o intimidándolos, es el aspecto más amenazador del crimen organizado. La colusión se manifiesta claramente en la esfera económica: la economía criminal de las mafias, crecida enormemente en sus dimensiones hasta llegar a ser uno de los sectores más florecientes y ramificados de la economía internacional, no confina, como esfera distinta y separada, con la economía legal, sino que, al contrario, tiende a integrarse en la economía de mercado, contaminándola y controlándola a través de una tupida serie de coparticipaciones y complicidades. Pero el contagio se extiende también a los poderes públicos, frente a los que la criminalidad organizada está dotada de una pretensión de impunidad y de una capacidad de intimidación y de corrupción tanto mayores cuanto mayor es su potencia económica y militar. La amenaza para la democracia es en este caso directa y destructiva. La corrupción de los poderes públicos y su colusión con los poderes mafiosos no son solo manifestaciones de desviación social, sino también factores de degeneración institucional. En efecto, pues por su carácter oculto, contradicen todos los principios del estado de derecho y de la democracia: del prin-

37. No obstante los tratados de reducción de armamentos nucleares suscritos en 1991 y después en 2010 por Estados Unidos y Rusia, según datos de enero de 2011, existen en el planeta 20.530 cabezas nucleares, en poder de ocho Estados: Estados Unidos y Rusia (que poseen 8.500 y 11.000, respectivamente), Reino Unido, Francia, China, India, Pakistán e Israel (S. Andreis, «Le spese militari nel mondo», en AA.VV., *Economia a mano armata. Libro bianco sulle spese militari*, Sbilanciamoci, Roma, 2012, pp. 84-85). A estos países se ha sumado Corea del Norte, que recientemente ha llegado a amenazar de manera abierta a Estados Unidos con un ataque con misiles.

cipio de legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de la responsabilidad política y del control popular.

4.8. *De la crisis económica a la crisis social y política. El constitucionalismo garantista como proyecto político.* La crisis económica está, pues, desembocando en una crisis política, social, humanitaria y ecológica que mina en sus raíces todos los presupuestos de la democracia. Los principales efectos de las emergencias que acaban de ilustrarse son las violaciones de todos los derechos de miles de millones de seres humanos y un crecimiento exponencial de las desigualdades —entre las personas dentro de cada país, y entre las economías de los distintos países— y por eso la erosión de las bases sociales de la democracia y de la paz, formadas, en última instancia, por la igualdad en los derechos fundamentales.

De aquí, inevitablemente, el creciente descrédito de la política, vista en el mejor de los casos como impotente y parasitaria y, en el peor, como antisocial y servil a los intereses destructivos de los más fuertes. En efecto, la política moderna, a partir de Hobbes, se legitima como expresión y protección de los seres humanos de carne y hueso. Está legitimada socialmente, en su dimensión sustancial y de reflejo en la política, y es representativa, por su capacidad de resolver los problemas: de actuar los principios constitucionales, de garantizar los derechos y por encima de todo la vida, de redistribuir la riqueza a través de prestaciones y servicios, de limitar y disciplinar los poderes, de otro modo salvajes, de la economía. Resulta en cambio desacreditada y deslegitimada cuando invierte este papel; cuando no solo no limita ni disciplina los poderes privados de los más fuertes, sino que se subordina a ellos como un instrumento; cuando desmantela el estado social, favoreciendo a los más ricos y penalizando a los más pobres, y no reduce, sino que dilata, las desigualdades; cuando dispensa sacrificios en lugar de bienes y servicios, subvirtiendo el significado de nobles palabras como «reformas» y «reformismo»: ya no reformas sociales en favor de los más débiles, sino contrarreformas antisociales en su perjuicio. Es lo que hoy está sucediendo, ciertamente en Italia, en simultaneidad con la formación de una clase política pletórica, separada de la sociedad como casta privilegiada, irresponsable y en gran medida incompetente y corrupta.

Esta crisis de la política —de su papel, su capacidad de gobierno y, por eso, de su legitimación— es la causa primera de todas las crisis y de las derivas hasta aquí examinadas. La creciente inadecuación del derecho como instrumento de regulación de los poderes, tanto públicos como privados, y de garantía de la igualdad y de los derechos fundamentales de las personas, es una consecuencia de la crisis de la política. La actual crisis de la democracia en todas sus formas y dimensiones con-

siste en la impotencia de la política frente a los desafíos globales y en su omnipotencia en relación con los sujetos más débiles. Por eso, el verdadero, difícil problema, es el resurgimiento y la refundación de la política, convertido en grave y urgente por el hecho de que su crisis, de no detenerse, generará en el plano social —junto a las tristes pasiones de los odios, los egoísmos, la resignación, la indiferencia, los miedos y las angustias— el veneno destructivo del sentido cívico y del espíritu público, de la antipolítica, que es siempre el caldo de cultivo de todos los populismos y de todas las regresiones autoritarias. En esta perspectiva, según se verá en el próximo capítulo, el constitucionalismo garantista, gracias a la normatividad fuerte asociada a la mayor parte de los principios constitucionales, se revela no solo como un modelo teórico, sino como un proyecto político de construcción de la democracia.

V

EL FUTURO DEL CONSTITUCIONALISMO

5.1. *El constitucionalismo como paradigma teórico-formal y sus posibles expansiones. Constitucionalismo garantista y* rule of law *en el largo plazo y en los espacios globales.* El dilema que hoy impone a la reflexión acerca del futuro de la democracia y del estado de derecho la crisis sobre la que se ha discurrido es radical: la decadencia de una y otro, o bien el desarrollo del paradigma constitucional más allá de las fronteras de los Estados nacionales y de los poderes estatales. Esta crisis, a la vez económica, política y social está amenazando no solo a la democracia y al estado de derecho, sino también a la paz y a la misma habitabilidad del planeta. Dicho brevemente, está revelando la incompatibilidad del capitalismo sin reglas con las condiciones más elementales de la convivencia civil. Por eso, las emergencias globales provocadas por ella reclaman un giro histórico, es decir, un tercer cambio de paradigma del derecho, de la política y de la economía, y una tercera etapa en el desarrollo de la modernidad. Después del paradigma legislativo afirmado con el nacimiento de los Estados nacionales, y luego de su evolución en el paradigma constitucional de las actuales democracias nacionales, la alternativa a un futuro de catástrofes ambientales, políticas, económicas y sociales es el desarrollo de un constitucionalismo supranacional, cuando menos europeo y en perspectiva global, capaz de rehabilitar el papel de gobierno de la política y el de garantía del derecho.

Esta perspectiva resulta posible por el carácter formal del paradigma constitucional aquí ilustrado en los § 1.3 y 2.9. Este paradigma, repito, ha sido concebido y se ha desarrollado solo en relación con los poderes estatales, cuyas políticas únicamente pueden dar respuestas locales a los que son problemas globales. No ha afectado ni a los poderes supraestatales, al haber estado identificado, durante mucho tiempo y hoy todavía en gran parte, el derecho positivo tan solo con el dere-

cho estatal, ni a los poderes económicos privados, a su vez ideológicamente concebidos, por la tradición liberal, como derechos de libertad y no como poderes. Sin embargo, su carácter puramente formal permite extraerlo de su origen estatalista y de su tradición estatocéntrica. Entendido de este modo, no es solo una conquista del pasado. Aquel paradigma es también el más importante legado del siglo XX, que ofrece a la política el horizonte y la técnica para proyectar el futuro. En efecto, su modelo teórico es un modelo formal, cuya sintaxis, al comportar la imposición de límites y vínculos garantistas, puede valer para cualquier sistema de poderes, sean públicos o privados, estatales o supraestatales.

Las dificultades que se oponen a la perspectiva de un constitucionalismo global no son, pues, de carácter teórico, sino todas y solo de carácter político, ligadas a la defensa de intereses y poderes consolidados en el vacío de derecho y de garantías a su altura. Incluso, en el plano teórico, un constitucionalismo garantista a escala global se conjuga, mejor aún que los constitucionalismos estatales, con el universalismo de los derechos fundamentales, cuyo rasgo distintivo es su naturaleza de derechos individuales, a la vez, derechos de todos. Existe, al respecto, un lugar común que debe ser cuestionado. Las constituciones presupondrían la existencia de un *demos*, esto es, de una cierta unidad, homogeneidad cultural o identidad colectiva, o cuando menos la presencia de ligámenes prepolíticos entre los sujetos para los que están destinadas a valer. La verdad es justamente lo contrario. La unidad de un pueblo, como se dijo en el § 4.5, no es el presupuesto, sino el efecto de la igualdad en los derechos, que actúan como factores de integración política y social generando la percepción de los demás como iguales y el sentido común de pertenencia a una misma comunidad política. Por eso, las cartas constitucionales de derechos no reciben su legitimidad del consenso de las mayorías, sino de la garantía de todos; y son tanto más legítimas y necesarias cuanto mayores son las diferencias de identidad que a través de los derechos de libertad están en condiciones de tutelar y las desigualdades materiales cuya remoción exigen los derechos sociales. Su función no es representar la común voluntad de un pueblo, que no existe, sino, por el contrario, garantizar, con los derechos de cada uno y de todos, la igualdad y la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto.

Por consiguiente, debe desplazarse también otro lugar común: la tesis de la falacia de la *domestic analogy* que viciaría como carente de realismo cualquier proyecto de un orden internacional modelado sobre el paradigma constitucional, solo porque «las características absolutamente únicas» de las comunidades de los Estados no calcan, como ha escrito Hedley Bull, las de las sociedades nacionales y de los correspondientes

ordenamientos estatales[1]. Si acaso, se encuentra viciada por tal falacia la idea de que, fuera del Estado nacional, no existiría ninguna otra institución política susceptible de ser sometida a vínculos legales y constitucionales, solo porque no existe una perfecta analogía entre las características de los ordenamientos supraestatales y las de los ordenamientos estatales, carentes sobre todo de cualquier valor garantista, como la soberanía, el territorio y el pueblo. Precisamente, el carácter formal tanto del paradigma legislativo como del paradigma constitucional permite, en cambio, introducir en el «molde de la legalidad», según la expresión de Piero Calamandrei, ya recordada, cualquier conjunto de límites y vínculos de contenido a cualquier sistema de poderes.

Lo introducido en el molde del derecho internacional son las múltiples declaraciones, convenciones y cartas de derechos humanos que componen la que cabe llamar una embrionaria constitución del mundo. Lo que faltan son sus leyes de actuación, es decir, las garantías, tanto primarias como secundarias, de los múltiples derechos establecidos. Pero, si tomamos esos derechos en serio, la introducción de tales garantías viene impuesta por ellos a la política, no solo como su cometido histórico más importante y su principal fuente de legitimación externa, sino también como una obligación jurídica y como la condición de su legitimación interna. Quiero decir que el paradigma constitucional generado por la estipulación supranacional de derechos de libertad y derechos sociales, diseña el deber ser jurídico del derecho supranacional mismo, exigiendo a los estados y a la comunidad internacional la no violación de los primeros y la satisfacción de los segundos. Tal es la lógica interna del modelo garantista del constitucionalismo: la implicación deóntica, a cargo de la esfera pública, de las prohibiciones y las obligaciones por parte de las expectativas negativas y positivas en que consisten todos los derechos estipulados en las cartas constitucionales, sean estatales o supraestatales. Con respecto a la crisis de la soberanía de los Estados, a los procesos de sometimien-

1. H. Bull, *La società anarchica. L'ordine nella politica mondiale* (1977), Vita e Pensiero, Milán, 2005, p. 60; *ibid.*, p. 65: «La analogía doméstica no es nada más que una analogía; el hecho de que los Estados formen una sociedad sin gobierno refleja algunas características únicas de su condición». La crítica de la *domestic analogy* —cuya formulación más ilustre se remonta al proyecto kantiano de *La paz perpetua*, replanteado en el pasado siglo por los escritos sobre las vías de la paz de Hans Kelsen y de Norberto Bobbio— ha sido retomada en Italia por D. Zolo, *Cosmopolis. Perspectiva y riesgo de un gobierno mundial* (trad. de R. Grasa y F. Serra, Paidós, Barcelona, 2000): «Como lúcidamente sostuvo Hedley Bull, la referencia a la analogía del sistema jurídico estatal impide una adecuada comprensión de los aspectos específicos que la doble alternativa derecho/anomia y orden/anarquía presenta en el marco de las relaciones internacionales» (p. 149); Íd., *Globalización: un mapa de los problemas*, trad. de M. Montes, Mensajero, Bilbao, 2006. He criticado más ampliamente esta crisis escéptica en «Costituzione e globalizzazione», en M. Bovero (ed.), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Laterza, Roma/Bari, 2011, pp. 118-133.

to de la política a la economía y a las finanzas, a la reducción de la capacidad regulativa del derecho y a las restricciones de las garantías de los derechos sociales, la única alternativa racional y al mismo tiempo jurídicamente obligada en el ocaso de la democracia constitucional es, en definitiva, su ampliación en la dirección de todos los poderes, estatales y no estatales, y en garantía de todos los derechos positivamente estipulados.

Hay que añadir que el desarrollo de una legalidad global puede producirse no solo a través de la ampliación del paradigma legislativo y del constitucional más allá de los límites de los Estados nacionales, sino también a través de la progresiva expansión del *rule of law*, que ciertamente no está anclado en el modelo estado-céntrico y, según se dijo en el § 1.3, está dotado de una intrínseca dimensión sustancial como conjunto de límites al despotismo del poder político[2]. Las dos vías no solo no se excluyen sino que pueden integrarse de una manera eficaz. Es cierto, sin embargo, que frente a los desafíos globales representados por las grandes catástrofes planetarias, solo el paradigma garantista de un constitucionalismo rígido extendido a los múltiples poderes políticos, económicos y financieros que actualmente devastan la escena mundial sería capaz de ofrecer respuestas a su altura. Por muchas y diversas razones: en primer lugar, porque el viejo modelo del *rule of law* extendido «más allá del estado», en tanto que no es un paradigma formal apto para ser nutrido de cualquier contenido, solo incorpora los tradicionales límites de las libertades fundamentales y de la separación de los poderes, y no por cierto vínculos normativos para la tutela de los derechos sociales y los bienes fundamentales, cuya garantía constitucional hoy se impone para hacer frente a las múltiples catástrofes —económicas, sociales, ecológicas, militares y humanitarias— a que expone la actual anomia internacional; en segundo lugar, porque solo el paradigma garantista de constitucionalismo rígido está dotado de fuerza normativa frente a la jungla de los viejos y nuevos poderes, a los que estaría en grado de imponer, como límites y vínculos, las garantías implicadas por su misma sintaxis lógica interna; en tercer lugar, y consecuentemente, porque solo tal paradigma permite, con su rígida normatividad, abordar conceptualmente el dere-

2. Esta es la perspectiva dibujada por el libro de G. Palombella, *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bolonia, 2012, según la cual la construcción de un derecho global es mejor que sea confiada al *rule of law* porque «no es asimilable a las lógicas del estado de derecho», es decir, del Estado nacional. Añade Palombella que «también por esto es capaz de proyectarse sobre el teatro global extendiendo el hilo de su historia casi milenaria» y de «mantener las diferencias» entre los «regímenes» y las «diversas legalidades» —contractuales, estatales, sectoriales, supranacionales, internacionales— que hoy conviven en la actual *governance* global, protegiéndolas en «su autonomía» y al mismo tiempo arbitrando sus relaciones mediante un «principio de ponderación» (pp. 11-13).

cho ilegítimo, es decir, leer como debidas las tutelas de los derechos establecidas por las múltiples cartas supranacionales y censurar como violaciones de estas las antinomias y, sobre todo, las lagunas de garantía responsables de su inefectividad; en cuarto lugar, porque tal paradigma encomienda a la política, mucho más y mucho antes que a las dinámicas espontáneas del *rule of law* y al activismo de las jurisdicciones, la tarea, necesaria y urgente, de la actuación de los principios y los derechos constitucionalmente estipulados, a través de la construcción del complejo sistema de funciones e instituciones de garantía que él implica lógicamente e impone jurídicamente. En efecto, es evidente que la regulación de los mercados financieros, la creación de las funciones y de las instituciones de garantía de los derechos sociales y de los bienes comunes, la distribución de los fármacos vitales, la prohibición de las armas y de la emisión de gases contaminantes más allá de ciertos límites —en general, todas las garantías de los derechos y los bienes vitales— no pueden ser abandonadas al desarrollo espontáneo de un derecho global de formación negocial o judicial. Requieren reglas de actuación, no importa si en forma de leyes o de convenciones internacionales. Es una cuestión de sintaxis jurídica: por razones estructurales el *rule of law*, mientras concuerda plenamente con el constitucionalismo principialista, no es apto por sí solo para asegurar las funciones de garantía que el modelo normativo del constitucionalismo garantista hace, en cambio, no solo debidas sino posibles. Esto sin perjuicio del papel esencial, de expansión y generalización de los valores constitucionales, desarrollado por la jurisprudencia y por el actual diálogo entre las jurisdicciones de los diversos ordenamientos. Pero este papel será tanto más incisivo cuanto más anclado esté en las estructuras garantistas del paradigma constitucional.

En cualquier caso, frente a las dimensiones de la crisis, o se avanza o se retrocede. O se realiza una ulterior expansión del constitucionalismo garantista en la dirección de los nuevos poderes extraestatales que se han sustraído a la normatividad de los derechos, o bien se corre el riesgo del colapso, no solo de las democracias nacionales, sino también de las condiciones elementales de la supervivencia y de la paz. En efecto, el paradigma estatal del constitucionalismo es del todo inadecuado para hacer frente a las cinco emergencias planetarias ilustradas en el § 4.7. Problemas globales requieren respuestas globales que los Estados no están en condiciones de dar. Por dos razones. En primer lugar, porque, como se ha visto en el capítulo anterior, los poderes que cuentan, tanto políticos como económicos, se han trasladado fuera de sus fronteras y de sus controles. En segundo lugar, por dos graves aporías que inciden negativamente sobre las condiciones del consenso popular y los tiempos y los espacios de la política en las actuales democracias representativas. La política, en democracia, conoce solo el corto plazo de las

cadencias electorales, o, peor aún, de los sondeos de opinión, y los espacios restringidos de las circunscripciones electorales. No conoce ni el largo plazo, ni los espacios planetarios de los desafíos globales. Pero son precisamente estos los que hoy dibujan los horizontes de cualquier política racional, antes aun que democrática.

Es por lo que política, derecho y economía ya no podrán ser como antes. Si se quiere que recuperen la razón —su razón de ser y su papel de razón—, es necesario poner fin a la inversión de sus relaciones que, como se ha visto, está en el origen de la crisis: no más la omnipotencia del capital financiero y de la economía respecto de la política y de la política en relación con la sociedad, sino la subordinación de los primeros a la segunda y de la segunda a la tercera, a través de los límites y los vínculos legales y constitucionales que deben imponerse tanto a los poderes económicos como a los poderes políticos en garantía de los derechos fundamentales de todos. Y esto solo será posible a través de una doble ampliación del paradigma constitucional del estado de derecho y de la democracia: su expansión en sentido extensional a todos los poderes y su reforzamiento en sentido intensional en garantía de todos los derechos. Solo esta doble ampliación podrá producir una reducción de las desigualdades, que, según se ha visto, se cuentan entre las principales causas, además de entre los más graves efectos de la crisis: de un lado la reducción de las excesivas riquezas y la regulación de los poderes especulativos de los que ellas son el fruto y el instrumento; de otro la reducción de la pobreza a través de las garantías del trabajo y de los derechos sociales.

La expansión en sentido extensional del paradigma constitucional, al que está dedicado el próximo parágrafo, consiste en su ampliación a la altura de todos los poderes, públicos y privados, desarrollados fuera de la esfera de los poderes estatales. Dicho brevemente, requiere una constitucionalización tanto del derecho internacional como del derecho privado y comercial. A su vez, el reforzamiento del mismo paradigma en sentido intensional requiere, de un lado, la refundación de la dimensión formal de la democracia representativa, a través de la rehabilitación de la política y la reestructuración de la esfera pública sobre la base, conforme se dirá en el § 5.3, de un complejo sistema de separación entre los poderes en garantía de los derechos políticos y civiles, que vaya más allá de la clásica tripartición de Montesquieu; del otro, el desarrollo de la dimensión sustancial de la democracia constitucional, a través de las garantías primarias y secundarias de todos los derechos fundamentales sobre la base, como se dirá en los § 5.4-5.9, del modelo garantista (MG) según ha sido definido, en el § 2.1, mediante los principios de legalidad, plenitud, jurisdiccionalidad y accionabilidad.

5.2. *La expansión en sentido extensional del paradigma constitucional en relación con los poderes económicos y con los poderes supranacionales. Por una Asamblea Constituyente europea.* Por consiguiente, la expansión en sentido extensional del paradigma constitucional está sugerida por el constitucionalismo garantista en relación con todos los poderes. No solo los poderes públicos estatales, sino también los poderes privados y los poderes supranacionales, que han permanecido extraños al viejo modelo del estado de derecho, fuera del que se han desarrollado y después están destinados a crecer.

La expansión se requiere, en primer lugar, en relación con los derechos de autonomía privada en la esfera del mercado, concebidos, según se dijo en el § 1.7, por la ideología liberal como libertades, a pesar de que consisten en poderes, sustraídos, cada vez más, al principio de legalidad, al haber sido abatidos durante estos años gran parte de sus viejos límites jurídicos. Desplazamientos de actividades productivas fuera de las fronteras nacionales, con la consiguiente pérdida de millares de puestos de trabajo y la explotación masiva del trabajo en otros países, privación de derechos a los trabajadores expuestos al chantaje de los despidos, producciones industriales contaminantes y nocivas para la salud, concentraciones empresariales hasta en materia de información, desarrollo incontrolado de las finanzas especulativas, son el resultado de un proceso general de desregulación que ha transformado estos derechos-poder en poderes absolutos, contradiciendo el paradigma del estado de derecho que no admite la existencia de poderes *legibus soluti*. Por eso, de tomarse en serio el paradigma constitucional, es un *constitucionalismo de derecho privado*, el que hoy debe ser normativamente impuesto a la política y a la economía como la única alternativa al desarrollo salvaje y destructivo de los grandes poderes económicos y financieros. Con ese fin, deberá cesar la actual supremacía de tales poderes sobre la política, debiendo restaurarse la sujeción de estos al derecho, tal como, por lo demás, establece la Constitución italiana en los ya recordados arts. 41-47, relativos a límites jurídicos a la iniciativa económica privada y en los arts. 35-40 sobre los derechos de los trabajadores.

Más difícil es el desarrollo de un *constitucionalismo supranacional*. La expansión del paradigma constitucional a los poderes de carácter extra- o supraestatal es hoy, ciertamente, la más necesaria y urgente, a causa del carácter global de la economía y del capital financiero y del carácter supranacional de los poderes políticos de los que dependen las decisiones más importantes. Pero es también, a corto plazo, la más improbable. Esta comporta un itinerario inverso al seguido por los Estados nacionales: ya no el constitucionalismo como perfeccionamiento del paradigma del estado legislativo de derecho, sino, por el contrario,

la producción de las leyes de actuación de las promesas constitucionales expresadas por los derechos fundamentales positivamente establecidos en las diversas cartas internacionales de las que ya dispone el derecho supranacional. Más en general, requiere la extensión a los poderes supranacionales del tradicional principio de legalidad y del principio de plenitud. En efecto, el vacío de derecho público supraestatal del que he hablado en el § 4.6 es sobre todo un vacío de garantías que debe ser colmado con una adecuada producción normativa. Por eso, su superación exigiría a la razón jurídica y política, después de las dos transformaciones producidas con las dos revoluciones institucionales de la modernidad —la fundación *ius-positivista* del estado como esfera pública heterónoma y separada de las esferas privadas, y luego la fundación *ius-constitucionalista* de la democracia a través de la garantía de sus diversas dimensiones mediante los límites y los vínculos impuestos a los poderes políticos—, una tercera transformación del paradigma del derecho y de las instituciones políticas: la fundación *ius-cosmopolita* de una esfera pública y de un constitucionalismo supranacional, esto es, de límites y vínculos en garantía de los derechos, impuestos a los poderes supraestatales frente a las múltiples crisis —económicas, políticas, ecológicas y sociales— provocadas por su actual carácter depredador y salvaje[3]. Es, pues, evidente que la sumisión de tales poderes al principio de legalidad equivaldría además a una rehabilitación del papel de gobierno de la política, de la que la ley es siempre un producto.

Precisamente, la crisis económica en curso y las catástrofes provocadas por ella o con las que amenaza, a causa de la necesidad y la urgencia de medidas públicas supraestatales idóneas para hacerla frente luego del fracaso de las políticas neoliberales, podrían representar una ocasión para hacer dar un paso hacia adelante al proceso de integración, tanto europeo como internacional. Nunca como hoy, frente a la gravedad de la crisis, se ha revelado la ausencia dramática de un gobierno político supranacional de la economía, capaz de imponer reglas, límites y controles al capital financiero internacional aptos para impedir sus ataques especulativos. Por eso, lo que hace falta es un desarrollo del paradigma constitucional a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino extra- o supraestatales, a los que se han desplazado los poderes y

3. A propósito de este ulterior cambio de paradigma, Gustavo Gozzi habla de «constitucionalización del derecho internacional» y, correlativamente, de «internacionalización de derecho constitucional» (*Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, Il Mulino, Bolonia, 2010, cap. XIII, § 3, pp. 356-357). Pero véanse las amargas reflexiones desarrolladas por Gaetano Azzariti sobre las inciertas perspectivas del constitucionalismo, ante los actuales espacios globales a los que se han desplazado los poderes y del actual dominio ilimitado de la *lex mercatoria* (*Il costituzionalismo moderno puó sopravivere*?, Laterza, Roma/Bari, 2013).

las decisiones: dicho brevemente, la constitucionalización del derecho internacional, tanto público como privado.

Los remedios de diversa procedencia formulados para hacer frente al vacío de derecho público supranacional, algunos en el plano europeo, otros en el internacional, son muchos y heterogéneos, tan necesarios y urgentes cuanto, desgraciadamente, impracticables a corto plazo: una fiscalidad europea y quizá internacional, comenzando por un adecuado gravamen de las transacciones financieras —como la conocida *Tasa Tobin*, que debería entrar ya en vigor en muchos países europeos, Italia incluido— dirigida no solo a recabar recursos públicos sino también a reducir, si no a impedir, los márgenes de ganancia de las operaciones de pura especulación; una rigurosa disciplina de los derivados financieros, para impedir su actual proliferación incontrolada; la prohibición de adquisición y venta de títulos al descubierto; una armonización de los sistemas fiscales de los Estados a escala internacional, dirigida a impedir las fugas de capitales a los paraísos fiscales, a los que hoy se han evadido cerca de veintiún mil millardos de dólares, equivalentes a un cuarto del PIB mundial; la supresión de las actuales agencias privadas de *rating*, coludidas a veces con los intereses del capital financiero especulativo, y la colocación de sus funciones de evaluación de las finanzas de los Estados y de las empresas bajo la competencia de autoridades internacionales públicas e independientes; la restauración de la vieja distinción y de la rígida separación entre bancos comerciales y bancos de negocios; en fin, una reforma en sentido efectivamente representativo no solo de la ONU, sino también de las actuales instituciones económicas —el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio— hoy controladas por los países más ricos, para restituirlas a sus originales funciones estatutarias: la garantía de la estabilidad financiera, la ayuda al desarrollo de los países pobres, la promoción del empleo y la reducción de los desequilibrios y las desigualdades, es decir, exactamente lo contrario de sus políticas actuales, que consisten en la imposición de medidas gravemente antisociales a los países más débiles, en interés de las economías de los países más fuertes.

La constitucionalización de una esfera pública supraestatal requiere hoy —mucho más que el desarrollo de funciones de gobierno en la perspectiva de un improbable y ni siquiera augurable super-estado conforme al modelo del estado representativo nacional— el reforzamiento y la introducción de funciones e instituciones de garantía de los derechos fundamentales estipulados en las diversas cartas internacionales. Precisaré en el próximo parágrafo el sentido y el fundamento de esta distinción entre funciones e instituciones políticas *de gobierno* y funciones e instituciones *de garantía* primaria y secundaria. Aquí basta decir que tal distinción es particularmente fecunda para los fines de la expansión

del paradigma constitucional en sentido extensional. En efecto, mientras las funciones de gobierno, al ser legitimadas por la representación política, está bien que sigan siendo todo lo posible competencia de los Estados nacionales, las funciones de garantía, legitimadas por la sujeción a la ley y por la universalidad de los derechos fundamentales que garantizan, no solo pueden, sino que en muchos casos deben ser instituidas a escala internacional. La ausencia o la ineficacia de estas instituciones y funciones de garantía de los derechos, aun cuando estipulados en múltiples cartas y declaraciones, es la laguna más llamativa del derecho internacional, equivalente a una violación estructural de los derechos proclamados. Algunas de estas instituciones, como las económicas que acaban de recordarse, y por otra parte la FAO, la Organización Mundial de la Salud y el Tribunal Penal Internacional, existen desde hace tiempo, y sería preciso reforzarlas y dotarlas de medios y de los poderes necesarios para el ejercicio de sus funciones de garantía. Otras, en cambio, —en materia medioambiental, de seguridad, criminalidad organizada y otras emergencias globales— deberían ser instituidas. Es obvio que su financiación requeriría una fiscalidad mundial: además de la *Tasa Tobin* sobre las transacciones financieras, el gravamen del uso y el resarcimiento de los daños provocados por el despilfarro y la destrucción de muchos bienes comunes —de las órbitas satelitarias a las bandas del éter, de los recursos hidráulicos a los espacios atmosféricos— hoy utilizados por los países más ricos como *res nullius*.

No menos urgente pero más realista, además de jurídicamente impuesto por sus cartas y tratados internacionales, es el proyecto de constitucionalización de la Unión Europea. Precisamente, el reconocimiento de la quiebra y de la irracionalidad de las políticas neoliberales, traducidas de hecho en una abdicación de la política y en el abandono del mercado a una suerte de estado de naturaleza, hace hoy necesario que se produzca una inversión del sentido mismo de una opción filoeuropea: no más la imposición de contrarreformas antisociales bajo la enseña del rigor y de los recortes del gasto público, que además de tener efectos recesivos provocan la ruptura de la cohesión de la Unión, sino políticas de desarrollo, de garantía de los derechos sociales y del trabajo y de promoción de la igualdad, a fin de conseguir la emancipación de la política de su actual subordinación al capital financiero. Ese reconocimiento podría favorecer la refundación constitucional de una Europa federal y social que tome finalmente en serio el proyecto jurídico y político diseñado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobado en Niza en diciembre de 2000 y por los primeros artículos del Tratado instituyente de la Comunidad: «promover», como dice el art. 2, «un desarrollo armónico, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, [...] un elevado nivel de protección del medio

ambiente y el mejoramiento de este, un elevado nivel de empleo y de protección social, el mejoramiento del tenor y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros»; y, además, añade el art. 3, contribuir a «alcanzar un elevado nivel de protección de la salud» y de «una educación y una formación de calidad», así como la eliminación de las «desigualdades» y de las diferencias «entre hombres y mujeres».

Tomar en serio estas «tareas» constitucionales quiere decir adoptar medidas exactamente opuestas a las actuales políticas europeas: dotar a la Unión de un presupuesto común, de una fiscalidad común, de un banco central de tipo federal y de un gobierno común de la economía en condiciones de realizar lo que una vez se llamó «el modelo social europeo»; promover intervenciones comunitarias de gasto informadas, como dice el art. 5 del Tratado en el «principio de subsidiariedad», cuando «los objetivos de la acción prevista no puedan ser suficientemente realizados por los Estados miembros»; proceder a la unificación europea del derecho del trabajo, comenzando por la «tutela frente a todo despido injustificado» dispuesta por el art. 30 de la Carta de los Derechos de la Unión, para impedir la deslocalización de las actividades productivas a los países más desprovistos de garantías de los derechos de los trabajadores; desarrollar una política europea dirigida al pleno empleo, a la reducción de las desigualdades, a la acogida y a la integración de los trabajadores inmigrados; garantizar la defensa del medio ambiente y de los bienes comunes, también mediante la institución de un dominio público europeo. En definitiva, otra Europa, social y democrática, no solo es posible, sino que está normativamente prescrita por sus cartas constitucionales, que diseñan «el paso de la Europa de los mercados» a la «Europa de los derechos» como condición de su «plena legitimación democrática»[4]. En particular, para salir de la crisis, es posible adoptar medidas capaces de neutralizar los ataques de los mercados, comenzando por la estipulación de una garantía común para las deudas públicas de los países del euro[5].

4. S. Rodotà, *El derecho a tener derechos*, trad. de J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2014, p. 39.

5. Véanse las propuestas de política económica alternativa para salir de la crisis formuladas por J. E. Stiglitz, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Einaudi, Turín, 2010, caps. VII-X. Cf. también A. Watt, A. Botsch y R. Carlini (eds.), *Dopo la crisi. Proposte per un'economia sostenibile*, Edizioni dell'Asino, Roma, 2010; L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Turín, 2011, parte IV; M. Pianta, *Nove su dieci. Perché stiamo (quasi) tutti peggio di 10 anni fa*, Laterza, Roma/Bari, 2012; S. Biasco, *Ripensando il capitalismo. La crisi economica e il futuro della sinistra*, Luiss University Press, Roma, 2012, caps. 4 y 5; L. Pennacchi (ed.), *Tra crisi e «grande trasformazione». Libro bianco per il piano del lavoro 2013*, Ediesse, Roma, 2013; G. Marcon y M. Pianta, *Sbilanciamo l'economia. Una via d'uscita dalla crisi*, Laterza, Roma/Bari, 2013.

Pero hoy, una refundación constitucional de Europa exigiría la superación de la lógica internacionalista de los tratados constitucionales y la convocatoria de una Asamblea Constituyente Europea, elegida con listas europeas y encargada de la estipulación de una verdadera Constitución de la Unión de tipo federal, además de liberal y social. Solo una tal Asamblea Constituyente, igualmente representativa de toda la población europea, podría hoy refundar una segura legitimación democrática y constitucional de la Unión, rediseñando sus grandes líneas institucionales según el modelo de los Estados federales: mediante la atribución de funciones legislativas al actual Parlamento europeo elegido sobre listas electorales europeas, con la institución de un gobierno federal vinculado a él por una relación de confianza o en todo caso elegido también él sobre bases europeas; con la creación de instituciones europeas independientes de garantía primaria de los derechos y los bienes fundamentales, ligadas a las correspondientes instituciones de garantía de ámbito estatal o regional por la relación de subsidiariedad prevista en el ya recordado art. 5 del Tratado de la Comunidad.

Por otra parte, los principios garantistas del modelo MG, comenzando por el de legalidad, requieren —en garantía de la igualdad en los derechos y de la certeza del derecho— la unificación legislativa, cuanto menos de los códigos, y la creación de las correspondientes instituciones europeas de garantía, tanto primarias como secundarias. Es absurdo que un mercado común no tenga un código civil común; que frente a las actividades ilegales y en ocasiones criminales de carácter transnacional no existan un único código penal de tipo federal[6] ni códigos procesales comunes; que en un mercado único de las mercancías y de los capitales

6. En esta dirección se orienta desde hace tiempo el proyecto promovido por una parte de la cultura jurídica europea. Recuérdese la elaboración, debida a una comisión de juristas coordinada por Christian von Bar, de los *Principles of European Contract Law,* editado por G. Alpa, «I principi del diritto contrattuale europeo»: *Rivista critica del diritto privato* XVIII/3 (septiembre de 2000). Por iniciativa de la Comisión Europea, un grupo de penalistas coordinado por Mireille Delmas-Marty ha elaborado un proyecto denominado *Corpus Juris per la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, que, entre otras cosas, prevé la institución de un ministerio público europeo independiente y vinculado al principio de legalidad: véase el texto en G. Grasso (ed.), *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Giuffrè, Milán, 1998. El 28 de febrero de 2002, por decisión del Consejo de la Unión, se instituyó una unidad de cooperación judicial, sobre todo en materia de criminalidad organizada, denominada *Eurojust* y compuesta por un integrante de cada país miembro. En fin, el art. 86 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, «para combatir los delitos que lesionan los intereses financieros de la Unión», prevé la creación de «una Fiscalía europea a partir de *Eurojust*», la cual, dice el segundo apartado de ese artículo, «promoverá la acción penal por tales delitos ante los órganos judiciales competentes de los Estados miembros»; por decisión del Consejo Europeo, añade el apartado cuarto, las «atribuciones» de esa Fiscalía podrán extenderse «a la lucha contra la criminalidad grave que presente una dimensión transnacional».

no exista un único derecho del trabajo y un sindicalismo transnacional, capaz de asegurar iguales garantías cuando menos a todos los trabajadores europeos y, de este modo, impedir la división y la competencia entre trabajadores, claramente destructiva de sus derechos. Solo la progresiva unificación jurídica —siquiera a escala europea, pero en perspectiva a escala global— podrá garantizar igualmente los derechos de todos, impedir el desarrollo de un perverso mercado fundado en la rebaja de los derechos y, de este modo, operar como un factor insustituible de integración social y política.

5.3. *El reforzamiento en sentido intensional de la dimensión formal de la democracia constitucional. Cuatro separaciones entre poderes.* Mientras la expansión en sentido extensional del paradigma constitucional reclama, de la innovación política y de la invención jurídica, el cambio de paradigma que se ha ilustrado en la dirección de un constitucionalismo de derecho privado y a la vez de un constitucionalismo de derecho supranacional, el reforzamiento en sentido intensional del mismo paradigma viene ya desde ahora jurídicamente impuesto por su sintaxis normativa interna. En este parágrafo hablaré primero de las diversas separaciones de los poderes requeridas por la dimensión formal y representativa de la democracia política, y después, en los § 5.4-5.9, de las garantías exigidas por los cuatro postulados de nuestro modelo MG del estado de derecho: correspondientes los dos primeros a las garantías primarias y los otros dos a las garantías secundarias de las cuatro clases de derechos —políticos, civiles, de libertad y sociales— sobre cuya base, como se dijo en el § 1.7, se articula la dimensión sustancial de la democracia constitucional.

La cuestión de fondo que se plantea a propósito de la dimensión formal, tanto política como civil, de la democracia es la redefinición de la geografía de los diversos poderes —políticos y económicos, públicos y sociales, de gobierno y de garantía— hoy acumulados sin reglas y sin claros confines a causa de las innumerables concentraciones y de los diversos condicionamientos impropios que, como se ha visto en el capítulo anterior, están llevando al colapso el paradigma del constitucionalismo del estado de derecho. Frente a estos procesos de acumulación y confusión de poderes, el único remedio es el clásico de su separación, que de un lado es su principal factor de delimitación y, del otro, una condición necesaria de la garantía de todos los derechos. En efecto, garantía de los derechos y separación de los poderes, es decir, los dos elementos identificados por el famoso art. 16 de la *Déclaration* de 1789 como constitutivos de toda constitución, están lógicamente conectados entre sí, de modo que no podría darse una en ausencia de la otra. En su modelo original la separación se refiere solo a los poderes públicos.

Hoy, la complejidad de los sistemas sociales —de un lado la multiplicidad de los poderes de los que el paradigma constitucional exige la sujeción a límites y a controles, del otro la multiplicidad de los derechos y los bienes constitucionalizados y de las correspondientes garantías primarias y secundarias— impone una pluralidad de separaciones y equilibrios entre los poderes, bastante más allá de la clásica separación entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial teorizada por Montesquieu hace más de dos siglos y medio.

Distinguiré, por tanto, dos pares de separaciones entre poderes, hoy exigidas por el modelo constitucional garantista como condiciones elementales de efectividad de todos los derechos fundamentales. El primer par se refiere a la separación entre poderes públicos y poderes no públicos y extrainstitucionales: de un lado, entre poderes políticos y poderes económicos, del otro, entre poderes políticos y poderes sociales. Las dos son separaciones necesarias, bajo diversos perfiles, para la garantía y al mismo tiempo para los límites impuestos, de un lado, a los derechos civiles que, según se ha hecho ver, no consisten en simples libertades sino en derechos-poder hoy más potentes que nunca y, del otro, a los derechos políticos, que requieren, también ellos, ser garantizados frente a los actuales procesos de crisis de la representación. El segundo par de separaciones está, en cambio, dentro de la esfera pública, y solo hace referencia a los poderes públicos. Mostraré como dentro de esta esfera no basta la clásica separación entre funciones políticas legislativas y de gobierno y funciones judiciales de garantía secundaria, requiriéndose también la separación entre funciones de gobierno y las que he llamado funciones administrativas de garantía primaria, necesaria para la tutela y la satisfacción de los nuevos derechos en los que se articula la dimensión sustancial, tanto liberal como social, de la democracia. En efecto, en las actuales democracias constitucionales, a las clásicas libertades se han añadido derechos sociales y bienes fundamentales asimismo extraños al viejo estado liberal, que requieren también ser garantizados por instituciones idóneas, tanto frente a los poderes políticos como frente a los poderes económicos.

La primera de nuestras cuatro separaciones está en relación con lo que en el § 4.3 he llamado el constitucionalismo profundo del Estado moderno: es la separación entre *poderes políticos y poderes económicos*, dirigida a restablecer la independencia y la primacía de los primeros sobre los segundos. Se ha visto como uno de los factores de la crisis de la política —de su credibilidad y de su papel de gobierno— es hoy su subalternidad a la economía y más aún al capital financiero, determinada por los condicionamientos de los grandes grupos económicos, por la concentración de poderes, por los consiguientes conflictos de intereses y por las múltiples formas de corrupción y apropiación privada de la esfera pública. Según se ha hecho ver, esta confusión entre intereses

públicos e intereses económicos compromete tanto la dimensión política como la dimensión civil de la democracia, resolviéndose en una lesión de los derechos políticos y de los derechos civiles que están en la base de aquellas dos dimensiones. Por eso, la garantía de tales derechos requiere la rígida separación de los poderes en los que aquellos, directa o indirectamente, consisten y, en consecuencia, la separación de la esfera pública y la esfera económica y la primacía de la primera sobre la segunda: una como esfera heterónoma porque está en función de los intereses generales, la otra encomendada, en cambio, a la autodeterminación privada, al estar en función de los intereses de los particulares. Para tal fin se requiere, además de la prohibición de los *lobbies* y de severas sanciones por la corrupción, la introducción de rígidas incompatibilidades entre poderes políticos y poderes económicos: no solo las garantías primarias de la inelegibilidad para cargos públicos de quienes son titulares de relevantes intereses y poderes privados[7], por lo demás, ya presentes en muchos países e incluso en Italia, sino también las garantías secundarias consistentes en la atribución del control de tales límites e incompatibilidades, además de la competencia sobre todas las cuestiones y los contenciosos electorales, a órganos terceros e imparciales[8]. Es claro que estas reformas servirían para refundar y garantizar no solo la dimensión política, sino también la dimensión civil de la democracia; no solo la efectividad de los derechos políticos, sino también, con la libre competencia, la de los derechos civiles de autonomía privada o negocial.

Por otra parte, tal separación exigiría una rigurosa limitación, regulación y transparencia de ese factor no secundario del condicionamiento de los poderes políticos por parte de los poderes económicos constituido por las financiaciones privadas de la política. La financiación de los partidos es hoy un fenómeno que está contaminando la política

7. Recuérdese el art. 10 de la ley electoral italiana 361/1957, de 30 de marzo, que dispone la inelegibilidad de «quienes por sí mismos o en la calidad de representantes legales de sociedades o de empresas privadas resulten vinculados con el Estado [...] por concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica», como las que se exigen a las empresas televisivas. Lo que falta en Italia frente a tales conflictos de intereses son las garantías secundarias o jurisdiccionales, al estar los controles sobre la elegibilidad atribuidos, como *interna corporis*, a las mismas asambleas electivas, de este modo llamadas a juzgar en causa propia y, por eso, ellas mismas implicadas en un ulterior conflicto de intereses.

8. Sobre las instituciones electorales de garantía independientes —como son, por ejemplo, en México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial y el Instituto Federal Electoral, creados en 1996— véanse J. Orozco Henríquez, «El Contencioso electoral», en D. Nohlen, S. Picado y D. Zovatto (eds.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, IFE, Ciudad de México, 1998, pp. 708-807 y R. Becerra, P. Salazar y H. Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México, 2000.

en muchas democracias: piénsese solo en las financiaciones multimillonarias de las campañas electorales en Estados Unidos, que generan el riesgo de reproducir una singular discriminación y limitación censitaria del electorado pasivo; o, lo que es peor, en el perverso connubio entre poder económico, poder mediático y poder político producido en Italia con los gobiernos berlusconianos. Por tanto, justamente al contrario de lo que suele proponerse por la demagogia *qualunquista,* debería excluirse cualquier forma de financiación privada de los partidos más allá de una cierto medida, equivalente a la relativamente modesta que puede suponerse, motivada por la adhesión ideal de los inscritos y simpatizantes. Más allá de esta medida, que tendría que fijarse por ley —si no se quiere que con las elecciones resulten elegidos, a la vez que los partidos y los candidatos, también quienes los financian— debería prohibirse como ilícito cualquier financiación privada, para impedir los impropios y ocultos vínculos de mandato que de ellos podrían derivarse. En efecto, las ingentes financiaciones conllevan el riesgo de estar siempre motivados por la expectativa de favores indebidos en el ejercicio de los poderes públicos, en perjuicio del interés público y más aún de la representatividad de los electos, más allá de la competencia entre operadores económicos y de la paridad de los partidos y de los candidatos en las competiciones electorales. En resumen, corren el riesgo de ser funcionales a la corrupción. Esta finalidad es del todo patente en los casos nada infrecuentes de financiaciones generosas de un mismo sujeto a varias formaciones o fuerzas políticas diversas e incluso opuestas. En general, deberían prohibirse en todo caso las financiaciones por parte de personas jurídicas, como las empresas y las sociedades comerciales, al ser evidente que una persona jurídica no puede tener motivos ideales, sino tan solo intereses económicos, para financiar a un partido. Por consiguiente, la financiación de los partidos, como instrumentos esenciales de la organización de la representación y del funcionamiento de la democracia política, tiene que ser público, fuera de la contribución de los inscritos o simpatizantes acaso bajo la forma sustancialmente anónima de la asignación a los partidos de una cuota del impuesto sobre la renta según el modelo italiano consistente en destinar el ocho por mil a las confesiones religiosas. Y es por demás evidente que los balances de los partidos deben ser sometidos a todos los controles a los que están sujetos los gastos del dinero público.

La segunda separación entre poderes intra- y extrainstitucionales, requerida por el paradigma constitucional como condición de la representación política, es la de instituciones representativas y partidos, es decir, entre los *poderes públicos* ejercidos por las primeras y los *poderes sociales* expresados por los segundos. Uno de los aspectos de la crisis actual de la democracia es la creciente distancia entre las diversas formas de ciudada-

nía activa, de movilización civil de base y de disponibilidad de los movimientos sociales al compromiso político y la burocratización de los partidos, transformados en oligarquías burocráticas sólidamente integradas en las instituciones públicas y cada vez más carentes de representatividad política; una distancia que resulta aún más intolerable por el crecimiento de la madurez civil de gran parte de los ciudadanos, de sus conocimientos y de su amor propio, en simultaneidad con el decrecimiento del nivel intelectual y moral de la clase política[9]. Ahora bien, este diafragma entre partidos y sociedad hoy solo puede ser superado si los primeros recuperan su papel de órganos o instrumentos de la segunda, como sujetos representados, más que representantes, y, por consiguiente, como instituciones de garantía del «derecho» de los ciudadanos a «asociarse libremente», como dice el art. 49 de la Constitución italiana, para «concurrir con método democrático a determinar la política nacional». Así pues, los partidos deberían ser separados del estado —no solo de los aparatos administrativos sino también de las instituciones políticas electivas— y dedicarse a la formulación de los programas, a la elección de los candidatos y a la responsabilización de los electos, y no a la gestión directa de la cosa pública. Por cuatro razones: en primer lugar, con objeto de favorecer su arraigo social y sobre todo su papel de mediación representativa entre instituciones públicas electivas y electorado activo: en segundo lugar, para evitar los conflictos de intereses que se manifiestan en las autocandidaturas de los dirigentes y en las distintas formas de cooptación de los candidatos sobre la base de su fidelidad a quienes, de hecho, los ha designado; en tercer lugar, para impedir la confusión de poderes entre controladores y controlados y hacer posible la responsabilidad de los segundos respecto de los primeros; en cuarto lugar, para determinar un más rápido y fisiológico recambio de los grupos dirigentes y de la clase política, hoy tendencialmente inamovible.

Por tanto, sería necesario introducir formas de incompatibilidad entre cargos de partido y cargos electivos institucionales, de modo que los dirigentes de partido tuvieran la carga de dimitir en el momento de asumir las funciones públicas. De este modo se pondría fin a la actual ocupación de las instituciones por los partidos, que solo deberían hallarse investidos de funciones de dirección política y no directamente de poder público. Solo una radical reforma de este tenor podría hoy poner remedio a la profunda crisis de representatividad y credibilidad de los partidos, esenciales, por lo demás, para el funcionamiento de la democracia representativa. Solo la desaparición de los conflictos de intereses,

9. Acerca de estos procesos y del cambio producido por ellos en nuestros sistemas políticos, véase el bello libro de G. Coturri, *La forza riformatrice della cittadinanza attiva,* Carocci, Roma, 2013.

que se manifiestan en la autoelección o en la cooptación de hecho de todo el personal representativo por parte de los jefes de los partidos, podría restaurar la relación de representación entre instituciones electivas y electorado, arraigar los partidos en la sociedad, reducir su actual descrédito y restituirles su prestigio y capacidad de atracción y agregación social, así como de control y responsabilización de los electos[10]. En cualquier caso, y sobre todo si esta separación llegara a producirse, se requeriría la drástica reducción de los actuales privilegios y de las altísimas retribuciones de los electos, que crean un interés económico personal en la elección y, por consiguiente, una impropia subordinación a los dirigentes del partido que forman o sostienen las candidaturas. A fin de que los representantes no tengan un interés personal de tipo económico en la elección, y al mismo tiempo compartan y comprendan las condiciones de vida de los representados, sus retribuciones no deberían superar las retribuciones medias de los trabajadores por cuenta ajena. No debe olvidarse la distinción de Max Weber entre quien «vive 'para' la política» y quien «vive 'de la' política»[11] y la necesidad de que, aun debiendo garantizarse que pueda vivir *de la* política quien da sentido a la propia vida viviendo *para* la política, es asimismo debida la garantía de que no sea este el principal objetivo de la profesión política. En fin, otras medidas que deberían introducirse en garantía de la representación son: la imposición por ley a las fuerzas políticas de estatutos que garanticen la democracia interna, como condiciones para su acceso a las elecciones o cuando menos la financiación pública, excluyendo toda forma de discriminación del disenso y más aún de mandato imperativo en relación con los electos; la total incompatibilidad entre las funciones políticas públicas y cualquier otro tipo de actividad profesional o comercial y con cualquier otro oficio público o privado, como el asesoramiento o la participación en consejos de administración de bancos o grandes empresas; la previsión de la no reelegibilidad de los cargos electivos, pongamos, por más de dos mandatos consecutivos; la selección de los candidatos a las elecciones mediante competiciones primarias legalmente reguladas, ensayada con éxito en Italia por los partidos de izquierda; la adopción de sistemas electorales de carácter proporcional, como alternativa a sistemas forzosamente bipolares que provocan el riesgo de simplificar y verticalizar la representación; la introducción ya recordada de instituciones independientes de garantía secundaria, competentes para decidir todas las cuestiones electorales, desde el control sobre la financiación de los partidos al

10. Sobre esta propuesta, remito a PI II, § 14.8, pp. 190-193 y a L. Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, [2]2011, § 4.2, pp. 92-94.

11. M. Weber, «La política como vocación», en *El político y el científico*, trad. de F. Rubio Llorente, introd. de R. Aron, Alianza, Madrid, 1967, pp. 95 ss.

de la regularidad de los procesos electorales, sobre las incompatibilidades y sobre las causas de inelegibilidad.

El segundo par de separaciones entre poderes en garantía de los derechos impuesto por el constitucionalismo garantista, es el propio de la esfera pública, siempre organizada según el clásico modelo de la tripartición formulada por Montesquieu. El modelo garantista del constitucionalismo sugiere una reconsideración y un replanteamiento de esa tripartición. En efecto, pues, frente al desarrollo de las funciones públicas requerido por la estipulación constitucional de los derechos fundamentales y en particular de los derechos sociales, ese modelo debería ser actualizado, llevándolo mucho más allá de la separación original del poder judicial del legislativo y del ejecutivo. Como he sostenido en diversas ocasiones, la distinción y la separación deberían producirse entre *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía*: las primeras investidas de las funciones políticas de opción y de innovación normativa en orden a la «esfera de lo decidible» y por eso legitimadas por la representación popular; las segundas dedicadas a la garantía de los derechos fundamentales, es decir, a la «esfera de lo no decidible», y por ello legitimadas por la aplicación de la ley, tanto ordinaria como constitucional. Dentro de las instituciones y las funciones de gobierno están comprendidos tanto el poder legislativo como el ejecutivo, este último ya no confiado al soberano, como en el *ancien régime,* sino legitimado, en democracia, por la representación política al igual que el poder legislativo, al que además, en los sistemas parlamentarios, está vinculado por la relación de confianza que, por eso, no es de separación, sino de coparticipación en el poder político. En cambio, entre las instituciones y las funciones de garantía se cuentan no solo las jurisdiccionales, sino también las funciones administrativas dedicadas de manera directa a la garantía de los derechos, como las instituciones educativas, las sanitarias, de previsión y similares. En consecuencia, la separación de los poderes públicos debería articularse en dos separaciones intrainstitucionales: en primer lugar, la tradicional entre *funciones políticas de gobierno*, tanto ejecutivas como legislativas, y *funciones jurisdiccionales de garantía secundaria*; en segundo lugar, a través de la descomposición del conjunto de instituciones heterogéneas acumuladas en manos de la administración pública, entre *funciones administrativas de gobierno*, auxiliares y por eso dependientes de las funciones políticas, y *funciones administrativas de garantía primaria* de los derechos, que deberían separarse de las primeras, para ser no menos independientes que las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria[12].

12. Sobre la distinción entre *funciones* e *instituciones de gobierno* y *funciones* e *instituciones de garantía* y de estas últimas en *funciones* e *instituciones de garantía primaria*

Este replanteamiento de la separación entre los poderes públicos es a mi juicio esencial para una refundación de la democracia constitucional. La estructura de la esfera pública del estado, siempre modelada sobre la vieja tripartición de Montesquieu, ha encauzado todo el desarrollo del estado social y de sus prestaciones en el interior de los aparatos burocrático del poder ejecutivo. La razón de este encuadramiento es evidente: las funciones de garantía primaria de los derechos sociales —a la salud, la educación, la previsión social, la subsistencia— desconocidas en la experiencia del siglo XVIII, por la imposibilidad de organizarlas dentro del poder legislativo o del poder judicial, fueron todas colocadas en aquel gran e indistinto contenedor que es la administración pública, bajo la dependencia del poder ejecutivo o de gobierno. De aquí las prácticas del *spoils system*, de la parcelación partidista y de los condicionamientos políticos de las instituciones de garantía primaria —la sanidad pública, la escuela, los institutos de previsión y asistencia social— cuya legitimación política, por el contrario, reside no ciertamente en el consenso de las contingentes mayorías, sino en la aplicación de la ley en garantía de los derechos de todos.

Es en virtud de esta diversa fuente de legitimación, no mayoritaria sino garantista, como la separación y la independencia de estas instituciones y funciones de garantía, que he llamado «primarias» porque directa e inmediatamente están dedicadas a la satisfacción de los correlativos derechos sociales, deberían ser aseguradas tanto como la tradicional separación e independencia de las instituciones y las funciones jurisdiccionales, que he llamado, en cambio, «secundarias» porque intervienen en caso de violación de las garantías primarias. En efecto, las funciones administrativas de garantía primaria comparten con las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria idénticas fuentes de legitimación: en primer lugar, la aplicación sustancial de las normas legales —las constitucionales y sus leyes de actuación— en las que se ha manifestado la voluntad política del legislador; en segundo lugar, y consecuentemente, el carácter tendencialmente cognoscitivo de los presupuestos jurídicos y fácticos de su ejercicio; en tercer lugar, su rol de garantía, que debe operar, virtualmente, también frente a las contingentes mayorías políticas porque se da para la tutela de los intereses de los singulares sujetos titulares de los derechos, al mismo tiempo individuales y universales, que ellos garantizan. Solo de este modo, a través de la igual e imparcial actuación de los derechos fundamentales de todos por obra de instituciones independientes de garantía primaria, será posible la transformación

y *funciones* e *instituciones de garantía secundaria*, remito a PI I, § 10.16-10.18, pp. 630-644 y § 12.5-12.8, pp. 816-836; PI II, § 14.10-14.12, pp. 196-213, y a *Poderes salvajes*, cit., § 4.2, pp. 95-96.

del actual estado social burocrático, con todas sus ineficiencias y perversiones clientelares, en un estado social y constitucional de derecho.

Es, pues, evidente que todas estas separaciones —entre poderes económicos y poderes políticos, entre el poder social de los partidos y el poder político de las instituciones de gobierno, entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía, tanto primaria como secundaria— servirían para contrastar la omnipotencia política de las mayorías frente a la sociedad, funcional a su impotencia frente a la omnipotencia económica de los mercados, que hoy amenaza el mantenimiento de nuestras democracias. No hay que olvidar la advertencia de Montesquieu sobre la vocación de todo aquel que tenga un poder «de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites», y sobre la necesidad de que, «para que no se pueda abusar del poder [...] el poder frene al poder»[13]. Más precisamente, que los poderes y las funciones de garantía frenen a los poderes de gobierno, en actuación de los límites y los vínculos impuestos a estos por los derechos constitucionalmente estipulados; que los poderes de gobierno frenen y disciplinen a los poderes económicos y financieros, para contener su natural rapacidad e impedir que los primeros resulten subordinados a los segundos, y no a la inversa; que, en fin, los poderes sociales y culturales frenen y sean por esto a su vez separados de los poderes políticos de gobierno, para evitar que los primeros sean controlados por los segundos y no al revés. En efecto, dado que los poderes tienden naturalmente a confundirse, de sus conflictos, en ausencia de límites y reglas, solo puede seguirse el prevalimiento de uno sobre el otro y con ello su confusión y concentración. Por eso es necesario que se limiten recíprocamente, para evitar que se acumulen y concentren. Y esto solo será posible sobre la base de la vieja receta de la separación de Montesquieu, si bien aplicada a todos los poderes, viejos y nuevos, como esencial metagarantía de la efectividad de todos los derechos y de los límites y vínculos en que consisten sus garantías.

5.4. *El reforzamiento en sentido intensional de la dimensión sustancial de la democracia constitucional y los cuatro postulados del modelo MG: A) El principio de estricta legalidad.* El reforzamiento en sentido intensional de la dimensión sustancial de la democracia es todo uno con el paradigma constitucional del estado de derecho tal como ha sido redefinido, en el § 2.1, con los cuatro postulados del modelo garantista MG. Así, el modelo garantista exige que estos cuatro postulados o principios sean actuados y garantizados al máximo.

13. C. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, Segunda parte, lib. XI, cap. IV, p. 150.

El primero de estos postulados es el principio de legalidad, conforme al cual todos los poderes, tanto públicos como privados, deben estar sometidos a la ley. Ya se ha hablado en el § 5.2 de la expansión de este principio exigida por el paradigma constitucional frente a los poderes económicos privados y los supranacionales y del camino inverso que tal expansión comporta con respecto al seguido por el constitucionalismo estatal: no el perfeccionamiento constitucional del paradigma legislativo, sino el perfeccionamiento y la actuación legislativa de ese embrión de constitución del mundo ya ofrecido por las cartas internacionales de derechos. Pero, según se ha visto en el § 4.4, el principio de legalidad está actualmente en crisis también en el plano estatal a causa de múltiples factores, el más visible de los cuales es el carácter aluvional, confuso, impreciso, enrevesado y a veces contradictorio y hasta incomprensible de la legislación, que, incluso en materia penal, donde es máxima la exigencia de certeza, anula su capacidad reguladora y con ello el papel de límite y vínculo al ejercicio de los poderes públicos.

Para hacer frente a esta deriva, que es al mismo tiempo un producto y un ulterior factor de crisis de las capacidades de gobierno de la política, se requiere una radical refundación de la legalidad ordinaria, dirigida a restablecer esa «dignidad de la legislación» hoy lesionada, no por los límites y vínculos constitucionales, sino por la desregulación y las involuciones provocadas, precisamente, por la pretensión de una ausencia de límites para el poder legislativo, según el viejo modelo del gobierno de los hombres y no de las leyes. Semejante refundación solo puede producirse a través de la sujeción de la legislación misma a una metanorma, el principio de estricta legalidad, que vincule al legislador a la máxima claridad y simplicidad y a un riguroso principio de economía. Este es de por sí un principio formal, que, como se dice en el § 2.1, condiciona la validez de la ley a la conformidad de sus formas y a la coherencia de sus contenidos con las normas constitucionales, formales y sustanciales, sobre su producción. Ahora bien, la degradación del lenguaje legal ha llegado hoy hasta el punto de hacer necesaria la introducción, entre las normas constitucionales sustanciales, de una específica metanorma sobre la taxatividad y precisión semántica del lenguaje legal frente a las disfunciones ilustradas al final del § 4.4, entre las normas constitucionales sustanciales. En todo caso, más allá de su deseable previsión constitucional, tal metanorma no es más que un principio racional de gramática jurídica, de cuyo respeto depende la misma capacidad reguladora de la legislación. En efecto, la legalidad es tanto más vinculante cuanto más vinculada esté ella misma. Esta es la aparente paradoja garantista del principio de legalidad. La ley puede vincular a los jueces a la aplicación de sus contenidos normativos, tanto como estos contenidos estén a su vez vinculados a la máxima exactitud y precisión. La legislación y por

eso la política pueden asegurar la separación de poderes y la sujeción de los jueces a la ley, y realizar, así, la prerrogativa constitucional y democrática de la reserva absoluta de ley, tanto como la ley misma esté subordinada a su vez al derecho, o sea, a las garantías idóneas para limitar y vincular la jurisdicción mediante los vínculos de la precisión y la taxatividad impuestos a la legislación.

La cuestión es de particular importancia en el derecho penal, donde la inflación legislativa, al menos en Italia, está llevando al colapso la garantía del principio de legalidad. Un eficaz correctivo frente a esta deriva sería el reforzamiento de tal principio a través de la transformación de la simple reserva de ley en una *reserva de código*; entendiendo con esta expresión el principio, a introducir entre las normas constitucionales, según el cual ninguna norma puede ser producida en materia de delitos, de penas y procesos penales si no es a través de una modificación o una integración del texto del código penal o procesal, que tendría que aprobarse mediante un procedimiento agravado[14]. No se trataría simplemente de una reforma de los códigos. Sería una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una metagarantía frente al abuso de la legislación especial, idónea para poner fin al caos existente, para hacer más fácilmente cognoscibles las normas penales y para proteger a los códigos —concebidos por la cultura ilustrada como sistemas normativos relativamente simples y claros para la tutela de las libertades de los ciudadanos frente al arbitrio de los jueces— del arbitrio y la volubilidad del legislador. El código penal y el procesal pasarían a ser textos normativos exhaustivos y al mismo tiempo exclusivos de la entera materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador tendría, cada vez, que hacerse cargo. De este modo crecería la capacidad reguladora del derecho, tanto con respecto a los ciudadanos como en relación con los jueces. La drástica despenalización que de aquí se seguiría —comenzando por el derecho penal *de papel* y burocrático formado por el cúmulo de los delitos hoy castigados como contravenciones o con simples penas pecuniarias— sería ampliamente compensada por el incremento de la certeza, la efectividad y la tasa de garantismo del conjunto. No solo. El principio de estricta legalidad, en virtud del cual la validez de la ley está condicionada a la coherencia con normas supraordenadas a ella, permite sustanciar la misma taxatividad y precisión del lenguaje penal anclándolo a las demás garantías, relativas a los elementos empíricos constitutivos del delito: la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad del autor.

14. He propuesto la introducción de este principio en «La pena in una società democratica»: *Questione giustizia* 3-4 (1996), pp. 537-538; en «Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice»: *Democrazia e diritto* 2 (2001), pp. 67 ss.; y en PI II, § 15.16, pp. 375-379.

Desde un punto de vista más en general, hoy sería oportuno desarrollar una ciencia de la legislación, tal como la proyectaron Gaetano Filangieri y Jeremy Bentham, capaz de proporcionar una técnica legislativa que impida las leyes-acto y, en especial, de reducir todo lo posible la vaguedad, las incoherencias, la oscuridad, la prolijidad, los laberintos normativos y la deriva inflacionista que está en la base de la actual crisis de la ley. En efecto, solo la refundación de la legalidad como estricta legalidad y taxatividad podría garantizar el carácter tendencialmente cognoscitivo de la aplicación de la ley y así restaurar una correcta relación entre jurisdicción y legislación sobre la base de una rígida *actio finium regundorum*. Y el dato de que también esta sea una vieja receta ilustrada no la priva de valor. El hecho de que el principio de la claridad y la precisión de las leyes fuese válido hace dos siglos, cuando la codificación hizo posible el paso del arbitrio de los jueces del viejo derecho jurisprudencial al estado legislativo de derecho, no lo hace menos válido hoy que la legalidad, que precisamente las constituciones tendrían que disciplinar, se ha degenerado hasta el punto de hacer regresar a nuestros ordenamientos jurídicos a la incertidumbre del derecho jurisprudencial premoderno.

5.5. BA) El principio de plenitud y las garantías primarias de los derechos de libertad. Los bienes ilícitos. Pero la expansión del paradigma constitucional requiere sobre todo, por imperativo del *principio de plenitud deóntica*, la introducción o el reforzamiento de las garantías primarias de todas las cuatro clases de derechos —políticos, civiles, de libertad y sociales— en las que se articula la actual democracia constitucional. Ya he hablado, en el § 5.3, de las garantías de los derechos políticos y de los derechos civiles de autonomía y de las correspondientes dimensiones formales de la democracia a través de la separación entre poderes institucionales y extrainstitucionales. En este parágrafo hablaré de la introducción y del reforzamiento de las garantías de los derechos de libertad; luego, en el § 5.6, de las garantías de los derechos sociales; en fin, en el § 5.7, de las garantías de aquellos bienes vitales que son objeto de los derechos fundamentales y a los que, por eso, llamaré «bienes fundamentales».

Como es obvio, el terreno privilegiado de las garantías de los derechos de libertad sigue siendo, es obvio, el del derecho y el proceso penal. No hablaré del programa de refundación del sistema penal en su totalidad, según el modelo normativo que he llamado «derecho penal mínimo»[15]. Me limitaré a señalar dos reformas necesarias y urgentes. La primera consiste en la introducción de rígidas garantías del *habeas corpus* y de la dignidad

15. Cf. «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), pp. 493-525; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, [10]2009; PI II, § 15.10-15.16, pp. 346-375.

de la persona frente a esa práctica abyecta que es la tortura: de su práctica en secreto en el curso de los interrogatorios de la policía a la exhibida y preordenada como medio de intimidación y mortificación, cual es el caso de los presos en las cárceles americanas de Guantánamo y de Abu Ghraib y, en Italia, el de los manifestantes ilícitamente arrestados con ocasión del G8 en Génova, en julio de 2001. Frente a esta vergüenza, las garantías son esencialmente dos, una primaria y otra secundaria: en primer lugar, la prohibición de que una persona detenida sea interrogada por agentes de policía y no por magistrados y sin la constante presencia de un defensor[16]; en segundo lugar, la introducción del delito de tortura, cuya ausencia en el ordenamiento italiano es una intolerable laguna, aunque solo sea porque la tortura es el único delito cuyo castigo está expresamente impuesto por la Constitución, en su art. 13, 4.º, además de por la Convención Internacional contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984.

La segunda reforma se refiere al sistema de las penas. En las cárceles italianas, a causa de la superpoblación (65.701 internos, a fecha 31 de diciembre de 2012, en instituciones penitenciarias cuya capacidad máxima es de 47.040 personas), las condiciones de vida de los presos contradicen de forma llamativa el principio constitucional de que «las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad». El creciente número de suicidios en la cárcel ofrece un testimonio atroz al respecto[17]. Una política dirigida a poner en práctica la prohibición cons-

16. En Italia el interrogatorio policial sin la presencia del defensor fue suprimido por la ley 932/1969, de 15 de diciembre, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de 5 de julio de 1968; reintroducido luego por el art. 5 del Decreto-ley 59/1978, de 21 de marzo y codificado por el art. 350, 5.º del Código procesal penal de 1989, que lo admite «en el lugar y en la inmediatez del hecho».

17. En 2011 los suicidios fueron 66, sobre una población carcelaria de 67.224, por tanto 1‰. Pero el dato más impresionante es que la tasa de suicidios ha aumentado un 300% de los años sesenta hasta hoy. En el decenio 2000-2009 los suicidios producidos en las cárceles italianas fueron 568, mientras que en el decenio 1960-1969 habían sido solo 100 con una población carcelaria que era cerca de la mitad de la actual. Sobre la superpoblación de las cárceles en Italia, véase F. Cascini, «Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive»: *Questione giustizia* 1 (2010), pp. 50-59, y E. Sommario, «Il sovraffollamento delle carceri italiane e gli organi internazionali per il rispetto dei diritti umani»: *Questione giustizia* 5 (2012), pp. 33-42, dando cuenta de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009, que condenó a Italia, en el caso Sulejmanovic, por haber violado, con la superpoblación excesiva, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes establecida en el art. 3 de la Convención Europea. Pero la superpoblación y el consiguiente empeoramiento de las condiciones de vida de los presos no son fenómenos solo italianos. También en Europa la población carcelaria se ha duplicado casi en todas partes. Por no hablar del *boom* de Estados Unidos, donde la población carcelaria ha aumentado en siete veces en los últimos treinta años, pasando de poco más de 350.000 a finales de los años setenta (con una tasa estable entre 1925 y 1975, de alrededor de 110 personas por cada 100.000 habitantes) a los más de 2.300.000 de 2006 —la tasa de encarcelamiento más alta del mundo (un cuarto de la población carcelaria mundial sobre un número de habitantes que es menos del 5% de la

titucional de tratos inhumanos y al mismo tiempo a reducir la pena a «la mínima posible», según la enseñanza de Beccaria[18], debería, pues, adoptar algunas medidas bien simples: abolir la vergüenza de la cadena perpetua, todavía presente en Italia; reducir la duración de las penas privativas de libertad a niveles europeos, es decir, a 20 o 15 años al máximo[19]; limitar la pena de cárcel a los delitos graves; prever para los restantes delitos penas más leves, transformando en penas previstas legalmente, y a imponer directamente por el juez, las actuales medidas alternativas —como la vigilancia especial, la semilibertad, la *probation* y el arresto domiciliario— que hoy se imponen, de hecho discrecionalmente, en la fase de ejecución; limitar drásticamente el poder de ordenar la prisión provisional; abrogar, en fin, las leyes más inicuas e irracionales, como las normas en materia de droga, a las que se debe una parte relevante del actual encarcelamiento penal y que tienen el único, criminógeno efecto de entregar al monopolio criminal el mercado de las sustancias estupefacientes.

Hay además una medida, singular en apariencia, que haría posible una reducción de la superpoblación de nuestras cárceles: la previsión de una suerte de *numerus clausus*, conforme al cual periódicamente —supongamos que de año en año— los presos que deben todavía cumplir penas o restos de pena privativa de libertad de menor duración deberían ser destinados, en el número que exceda de la capacidad de nuestras instituciones carcelarias, a medidas alternativas a la pena, como la libertad vigilada o los arrestos domiciliarios. Sería una medida doblemente racional: una suerte de indulto automático que pondría fin al tratamiento inhumano de todos los presos y serviría, además, para condonar las privaciones de libertad breves o brevísimas que, según resulta de todas las investigaciones criminológicas, no tienen ningún sentido punitivo ni función preventiva. Pero, sobre todo, sería la única medida capaz de hacer compatibles el tratamiento carcelario con el principio de la dignidad de las personas y con la prohibición de tratamientos punitivos contrarios al sentido de humanidad establecidos por los arts. 3 y 27 de la Constitución[20].

población mundial)— y donde el número de personas en prisión o sometidas a otras formas de custodia ha llegado a 7.200.000: un americano de cada 32; 751 personas presas por cada 100.000 habitantes (con respecto a las 627 de Rusia, 151 del Reino Unito, 88 de Alemania y 63 de Japón). Las tasas de encarcelamiento en Estados Unidos varían de estado a estado: en torno a 300 en Minnesota, casi 1.000 en Texas y 1.138 en Luisiana (http://www.iht.com/articles/2008/04/23/america/23prison.php).

18. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, 2011, XLVII, p. 281.

19. Veinte años es el límite máximo de la reclusión en Francia (arts. 18 y 19 del Código Penal), en Bélgica (art. 16), en Suiza (art. 35), en Austria (art. 18), en Noruega (art. 17), en Grecia (arts. 52 y 54) y en Luxemburgo (art. 16); quince años en Alemania (arts. 14 y 17), en Hungría (art. 32) y en Polonia (art. 39); doce y diez años en Finlandia (cap. 2, § 1) y en Suecia (cap. 26, § 1).

20. Precisamente, sobre la base de estos dos principios —la dignidad de la persona y la prohibición de castigos inhumanos— en Alemania y en Estados Unidos se ha ordenado

Por otro lado, las clásicas garantías primarias de las libertades fundamentales están revelándose ampliamente inidóneas para poner tales derechos al reparo de las viejas y nuevas insidias y agresiones provenientes no solo de los poderes públicos, sino también de los poderes privados. Señalaré en particular dos órdenes de límites —uno frente a las invasiones de las jerarquías religiosas, el otro frente al mercado de la información— que un constitucionalismo liberal de derecho privado debería imponer a tales poderes. En primer lugar se requiere la garantía de la autodeterminación de la persona, además de la laicidad del derecho y del estado, frente a la pretensión de los poderes eclesiásticos de que sus preceptos y valores morales, asumidos por ellos como objetivos y verdaderos, se impongan a todos como normas legales y dotados de sanciones, limitaciones o constricciones jurídicas: en materia de autodeterminación de la maternidad, procreación asistida, tutela de los derechos de las parejas de hecho, dignidad de la persona frente a encarnizamientos terapéuticos y similares. Como se dijo en el § 3.3 y como lo acreditan todos los fundamentalismos religiosos viejos y nuevos, las religiones al poder, al ser lo mismo que la verdad al poder, son siempre una amenaza para la tolerancia y, por eso, también para el paradigma liberal de la democracia constitucional. En segundo lugar, las clásicas libertades de prensa y de manifestación del pensamiento exigen hoy la defensa del pluralismo

a los jueces la liberación de presos cuyo tratamiento se ha considerado los contradecía. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de febrero de 2011, invocando un pronunciamiento análogo del Tribunal Federal de Justicia de 11 de marzo de 2010, declaró incompatibles las condiciones inhumanas de la prisión de un ciudadano con el principio de dignidad de la persona —considerando que no es susceptible de ponderación con ningún otro en cuanto establecido como inderogable por los arts. 1 y 79, 3 de la Ley Fundamental alemana— y por eso ordenó la interrupción de la ejecución penal en este caso. Más radical todavía fue la sentencia del Tribunal Federal de California, de 8 de abril de 2009, que, por entender que las condiciones inhumanas de los presos, determinadas por el excesivo hacinamiento, eran incompatibles con la prohibición de penas crueles y no estrictamente necesarias, establecido por la octava enmienda de la Constitución, ordenó la liberación de más de 40.000 presos. No solo. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, por sentencia de 23 de mayo de 2011, confirmó la excarcelación de 46.000 presos dispuesta por el Tribunal de California, a causa de las condiciones de vida inhumanas causadas por la superpoblación. Véase el comentario y la traducción de estas dos últimas sentencias por G. Salvi, «Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico (leggendo Three Judges Court, California, 8 aprile 2009)»: *Questione giustizia* 5 (2009), pp. 122-150; Íd., «'La questione non permette questo torto': la Corte suprema degli Stati Uniti e il sovraffollamento carcerario»: *Questione giustizia* 6 (2011), pp. 205-229. Cf. también G. Grande, «La Corte suprema degli Stati Uniti e l'ordine alla California di ridurre il numero dei prigionieri»: *Antigone* 2-3 (2011), pp. 13-25. Sobre la propuesta del *numerus clausus*, véase además G. Palombarini y C. Renoldi, «Una consapevole provocazione: pena detentiva e numero chiuso»: *Questione giustizia* 5 (2006), pp. 929-944; F. Della Casa, «Il meccanismo del *numerus clausus* tra parziali legittimazioni e drastiche bocciature»: *Questione giustizia* 5 (2006), pp. 26-44; S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Ediesse, Roma, 2012, pp. 120-124.

de la información a través de la prohibición de poseer más de una cabecera periodística o televisiva y, sobre todo, —al ser la libertad de información un derecho fundamental constitucionalmente establecido, y no una variable dependiente del mercado y de la libre competencia—, garantías idóneas para asegurar la necesaria separación e independencia de los periodistas y de sus redacciones también de la propiedad de las cabeceras[21]. Esta es una de las implicaciones de mayor relieve de la distinción entre libertades fundamentales, derechos civiles de autonomía empresarial y derecho de propiedad que antes he situado en la base de un constitucionalismo garantista ampliado al derecho privado.

Hay, en fin, otra fundamental garantía de las libertades negativas de inmunidad, y más precisamente del derecho a la vida, cuya introducción como límite a los derechos civiles y a las leyes del mercado impone la gramática del constitucionalismo garantista: la calificación de las armas como *bienes ilícitos*[22] y la prohibición de su producción, comercio y posesión, en garantía de la inmunidad frente a lesiones y muertes. Esta es una cuestión de fondo, que va bastante más allá de las garantías mismas de los derechos vitales de libertad. Como enseñó Thomas Hobbes, el paso del estado de naturaleza al estado civil se funda en el desarme de los asociados y en el monopolio estatal de la fuerza. La producción, el comercio y la posesión de armas son por eso el signo de una incompleta civilización de la sociedad. Las armas sirven solo para matar: para alimentar la criminalidad y las guerras. Así, no se explica, si no es por los pesados condicionamientos ejercidos por los *lobbies* de los fabricantes de armamentos sobre la política, por qué aquellas no han sido prohibidas como bienes ilícitos —*ne cives ad arma veniant*— cuando menos como las drogas. Su carácter criminógeno se ha revelado por la comparación entre el número de homicidios en los países en los que las armas son de libre acceso en el mercado y el de aquellos en los que su posesión está rígidamente disciplinada. En 2010 se produjeron en el mundo 468.000 homicidios, de los cuales el 31% en los países de las Américas, en muchos de los cuales existe el libre comercio de las armas, con una media de 15-16 personas muertas por cada 100.000 habitantes, más del doble de la media global, que es de 6,9 personas, y doce veces más que en Italia, donde la misma tasa es de 1,2, y más en general en Europa, gracias a la mucho mayor rigidez del control de las armas[23].

21. Para una ilustración más amplia y argumentada, remito a PI II, § 15.7 y 15.22, pp. 329-335 y 403-411, y a L. Ferrajoli, *Poderes salvajes*, cit., § 2.4, 3.4 y 4.4, pp. 61-64, 79-82 y 100-107.

22. Sobre el concepto de 'bienes ilícitos' cf. PI I, D11.33, § 11.11, p. 741 y PI II, § 16.9, pp. 506-512.

23. En términos absolutos, los homicidios fueron 17.034 en Estados Unidos en 2006, 24.000 en México en 2019, más de 50.000 al año en Brasil en los últimos diez años, más

Por otra parte, también en el plano internacional, la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU requeriría el paso progresivo del estado salvaje de naturaleza al estado civil, a través de la afirmación del monopolio jurídico de la fuerza en manos de la ONU, y por eso la prohibición de las armas de guerra, y en particular de las nucleares, y la disolución de los ejércitos nacionales. Esta actuación del ideal kantiano de la paz pondría fin a la cuarta y a la quinta de las emergencias globales relacionadas en el § 4.7, tanto más graves y urgentes a causa de la posibilidad, de la que allí se dijo, de que enteros arsenales de armas de destrucción masiva caigan en manos de bandas criminales o terroristas. No hace falta insistir en que el principal obstáculo a una perspectiva semejante, esto es, a la prohibición de las armas como garantía primaria del derecho a la vida y de la paz, está de nuevo representado por los intereses de los fabricantes y de los comerciantes de armas. En efecto, el volumen del gasto militar en su exclusivo beneficio alcanzó en 2011 la cifra de 1.740 miles de millones de dólares, equivalentes al 2,6 del PIB mundial: una cifra que pesa en especial sobre la actual crisis económica y que es de hecho soportada por cuantos han visto reducidos por ella las garantías de sus derechos sociales[24].

5.6. BB) El principio de plenitud y las garantías primarias de los derechos sociales. El derecho a una renta básica. Por un welfare *de los derechos*. La ausencia o la debilidad de las garantías de los derechos sociales —a la salud, la educación y la subsistencia— son sobre todo los más graves y dramáticos problemas generados por la violación del principio de plenitud. En efecto, es en la falta de adecuadas leyes de actuación de tales derechos, aun cuando constitucionalmente establecidos, donde reside hoy el principal déficit de legitimidad constitucional de nuestros ordenamientos. La ausencia de garantías de los derechos sociales es prácticamente total en el derecho internacional, y esta carencia es responsa-

de 16.000 en Venezuela en 2009, frente a 611 en Italia en 2008; con una tasa de 17 por cada 100.000 habitantes en Estados Unidos, de 22 en México, de 65 en Venezuela y de poco más de uno en Italia (www.rischiocalcolato.it/2012/03dove-ci-sono-piu-omocidi-nel-mondo.htlm).

24. S. Andreis, «Le spese militari nel mondo», en AA.VV., *Economia a mano armata. Libro bianco sulle spese militari*, Sbilanciamoci, Roma, 2012, p. 81. El 43 % de este gasto, equivalente a 698 millardos de dólares, lo mantiene Estados Unidos. Siguen China (119 millardos de dólares), Reino Unido y Francia (59,3 millardos), Rusia (58,7 millardos), Japón (54,5 millardos), Arabia Saudí y Alemania (45,2 millardos), India (41,3 millardos) e Italia (37 millardos) (*ibid.*, p. 83). Sobre los gastos militares en Italia, progresivamente incrementados de 1948 hasta hoy, véase G. Marcon, «Crisi economica, la spesa pubblica e quella militare», en AA.VV., *Economia a mano armata*, cit., pp. 6-13; L. Nascia y M. Pianta, «La spesa militare in Italia, 1948-2008», *ibid*., pp. 14-39 y M. Paolicelli, «Le spese militari italiane nel 2012», *ibid.*, pp. 40-48. Véase también V. Comito, *Le armi come impresa. Il business militare e il caso Finmeccanica*, Edizioni dell'Asino, Roma, 2009.

ble de las catástrofes humanitarias recordadas en el capítulo precedente. Pero, también en muchos ordenamientos estatales, faltan o son en todo caso inadecuadas las garantías primarias de muchos derechos sociales y las técnicas jurídicas idóneas para constreñir a los poderes públicos a introducirlas. Muchas veces, faltan hasta las técnicas garantistas capaces de impedir el desmantelamiento de las garantías sociales existentes, provocado en Italia y en muchos otros países occidentales por la crisis económica.

El argumento habitualmente empleado en apoyo de la falta o de la inefectividad de tales garantías es el de su coste económico. Este es un lugar común que hay que deshacer y desterrar. Los sistemas políticos no son sociedades comerciales con fines de lucro. Las finalidades de las que obtienen su legitimación democrática son la garantía de los principios de igualdad y dignidad de las personas y de los derechos fundamentales establecidos en las constituciones. No solo. Si es verdad que las garantías de los derechos sociales cuestan, también lo es que cuesta bastante más el estado de indigencia provocado por su falta. En efecto, existe un nexo entre el desarrollo económico y las garantías de los derechos a la salud, la educación y la subsistencia, de los que dependen no solo el bienestar y la calidad de vida sino también las capacidades productivas de las personas. Por eso, los gastos sociales necesarios para la garantía de tales derechos no son fines en sí mismos, sino inversiones económicas primarias, dado que de ellas depende el desarrollo de la productividad, tanto individual como colectiva. La prueba está en la mayor riqueza de los países en los que, como en Europa, se construyó el estado social y se aseguraron, al menos hasta ayer, las garantías de los derechos sociales y del trabajo, en relación, por un lado, con los países pobres y carentes de esas tutelas y, por otro, con respecto a su propio pasado. Pero es también prueba la misma recesión que aflige a nuestros países, provocada por los recortes del gasto público, la reducción del empleo y el crecimiento de las desigualdades que han seguido a las medidas puestas en práctica para hacer frente a la crisis económica, con el resultado de las quiebras de las que he hablado antes. En Italia el *boom* económico se produjo de forma simultánea a la construcción de las garantías de los derechos de los trabajadores, con la introducción del servicio sanitario nacional y el desarrollo de la educación superior y universitaria. La crisis recesiva se inició cuando se recortaron las financiaciones a la escuela, se redujo la sanidad pública y fue demolido el derecho del trabajo. Precariedad y falta de trabajo, empobrecimiento masivo, pánico social, frustraciones, disipación de competencias y talentos, revueltas antipolíticas, propagación de la ilegalidad y crecimiento de la criminalidad, es decir, otros tantos factores, más que nada, de recesión y reducción de la riqueza.

De otro lado, en las sociedades actuales sobrevivir es cada vez menos un hecho natural, confiado a la libre iniciativa y a la voluntad de

trabajar, y cada vez más un hecho social, dependiente de la integración del individuo en el tejido de las relaciones económicas y sociales[25]. A diferencia de las sociedades primitivas, en las que la supervivencia estaba asegurada por una relación directa con la naturaleza, en la sociedad capitalista, y más que nunca en la economía globalizada, se ha roto irreversiblemente la relación entre supervivencia y empleo teorizada por Locke en los comienzos de la Edad Moderna[26]. Hoy, como muestran los flujos migratorios y el crecimiento del desempleo juvenil, ese nexo entre trabajo, propiedad y supervivencia que constituye el primer postulado ideológico del capitalismo se ha roto de manera irreversible: ya no basta la voluntad de trabajar para obtener un empleo. De aquí la estipulación de los derechos sociales positivos a prestaciones vitales, en las modernas constituciones, como cláusulas fundamentales del pacto de convivencia, junto al derecho negativo a la vida frente a lesiones causadas por otros. De aquí, en particular, la necesidad impelente, madurada en estos años con el crecimiento de la precariedad del trabajo y del desempleo, de la introducción de una renta mínima social *ex lege*, añadida a la garantía de los derechos sociales a la salud y a la educación, como garantía de lo que justamente se ha llamado «derecho a la existencia»[27].

25. «El hombre civilizado», escribió ya Tocqueville, «está infinitamente más expuesto a las vicisitudes del destino que el hombre de hoy» (*Mémoires sur le paupérisme* [1838], en *Œuvres complètes*, Gallimard, París, 1989, t. XVI, *Mélanges*).

26. Recuérdese la extensa argumentación desarrollada por J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, cap. 5, en apoyo del nexo entre supervivencia, trabajo y propiedad: «la razón natural», escribe, «nos dice que, una vez que nacen, los hombres tienen derecho a su autoconservación y, en consecuencia, a comer, a beber» (*ibid.*, § 25, p. 55). Este derecho se satisface con la propiedad, que a su vez es fruto del trabajo: «aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona». También el propio trabajo, de modo que «cualquier cosa que él saca del estado en el que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade algo a ella que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya» (*ibid.*, § 27, pp. 56-57). De ello se sigue que «toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso será propiedad suya. Es como si, como resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales [...] Y esta apropiación de alguna parcela de tierra, lograda mediante el trabajo empleado en mejorarla, no implicó perjuicio alguno contra los demás hombres. Pues todavía quedaban muchas y buenas tierras, en cantidad mayor de la que los que aún no poseían tierras podían usar» (*ibid.*, § 32-33, pp. 60-61). En efecto, «la naturaleza ha dejado bien sentado cuáles han de ser los límites de la propiedad, pues estos dependerán del trabajo que realice un hombre. Ningún trabajo humano fue capaz de apropiárselo todo; y tampoco podía disfrutar hombre alguno más que la parte pequeña. Según esto, era, por tanto, imposible que ningún hombre se entrometiera en los derechos de otro», al ser siempre posible emigrar a «alguno de los lugares desocupados del interior de América [...] pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes» (*ibid.*, § 36, pp. 62-63).

27. Así G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Gruppo Abele, Turín, 2011, pp. 35 ss. S. Rodotà, *El derecho a tener derechos*, cit., cap. IX,

Naturalmente, el derecho al trabajo, tal como lo prevé el art. 4 de la Constitución italiana, impone que se persiga el pleno o, cuando menos, el máximo empleo. Y con ese fin deben restablecerse todas las garantías de los derechos de los trabajadores, comenzando por el derecho a la estabilidad de la relación de trabajo, asegurada, de un lado, por el carácter indefinido de esta y, del otro, por la prohibición de despidos sin justa causa: dos principios que equivalen a dos metagarantías —verdaderos y propios derechos a tener derechos— que las actuales políticas de desregulación del mercado de trabajo han disuelto de hecho, junto con todo el derecho del trabajo edificado por un siglo de luchas obreras y sindicales. Hay que tomar conciencia de que el desempleo está creciendo en todo el mundo; que es ya un fenómeno de masas, no contingente sino estructural; que el pleno empleo es un objetivo inalcanzable y en todo caso no alcanzado; y que por eso la garantía de una renta básica constituye una condición esencial de la democracia y del pacto de convivencia civil.

Existen muchos modelos de esta garantía, diversos en cuanto a los presupuestos, a la medida y a la extensión. Sin embargo, en el plano conceptual, cabe distinguir sobre todo dos tipos: la renta mínima garantizada solo a los necesitados, previa determinación de la falta de una renta suficiente y/o de otras condiciones, y la que, en cambio, se concede a todos, como objeto de un derecho fundamental y por tanto universal. El primer modelo es el más ampliamente experimentado en Europa y más veces recomendado por la Unión Europea a los Estados miembros[28]. Es

pp. 219-234. Cf. también PI II, § 15.19, pp. 390-394. Recuérdese, además de la amplia literatura sobre la renta social de ciudadanía, R. Dahrendorf, *Per un nuovo liberalismo* (1987), trad. de M. Sampaolo, Laterza, Roma/Bari, 1990, pp. 135-147 y 156; G. Standing, «Un reddito di cittadinanza per gli europei»: *Politica e economia* 11 (1988); P. van Parijs (ed.), *Arguing for Basic Income. Ethical Foundations for a Radical Reform*, Verso, Londres, 1992; Íd., «Il basic income e i due dilemmi del welfare state»: *Filosofia e questioni pubbliche* 2 (2000); AA. VV., *La democrazia del reddito universale*, Manifestolibri, Roma, 1997; C. Del Bo, *Un reddito per tutti. Un'introduzione al basic income*, Ibis, Como/Pavía, 2004; AA. VV., *Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, Manifestolibri, Roma, 2009; M. R. Marella, *Il reddito di base nel quadro costituzionale europeo*, en www.bin-italia.org/article.php?id=1587; F. Mastromartino, «Basic Income. Argomenti per una società più equa»: *Progetto Lavoro* 16 (2012), pp. 25 ss.

28. Para una relación de las diversas formas de renta garantizada introducidas en los distintos países europeos —en particular en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Irlanda, Holanda y Reino Unido— véase últimamente Bin Italia (ed.), *Reddito minimo garantito. Un progetto necessario e possibile*, Gruppo Abele, Turín, 2012, cap. II, pp. 55-76. La medida de la renta varía de país a país: máxima en Dinamarca y Luxemburgo (1.325 y 1.146 euros), mínima en Polonia y Bulgaria (102 y 24 euros) (*ibid.*, p. 58). Italia es el único país, junto a Grecia, que a escala nacional no conoce este instituto, hecho objeto de múltiples propuestas (y recientemente de una de ley de iniciativa popular que lo ha previsto en la medida de 600 euros mensuales), pero hasta ahora solo introducido por algunas leyes regionales (*ibid.*, cap. III, pp. 103-136; cap. IV, pp. 160-180 y cap. V,

también el previsto por el art. 38 de la Constitución italiana, que atribuye a los trabajadores «el derecho a que se prevean y aseguren medios adecuados a sus exigencias vitales», no solo «en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez» sino también en el caso de «desempleo involuntario», un supuesto en el que tal derecho permanece inactuado.

El segundo modelo es el bastante más radical de la renta básica incondicionada, garantizada *ex lege*, a partir de la mayoría de edad, de forma universal, generalizada y recuperable de los sujetos con medios a través de un gravamen fiscal basado, como se dirá más adelante, en una progresividad superior a la actual. Es evidente su enorme alcance innovador, que convertiría la renta básica en una garantía capaz de cambiar la naturaleza del estado social y de hacer crecer la calidad no solo de la democracia, sino también de la vida y del trabajo. En dos aspectos: porque tal modelo es el que mejor se acomoda al universalismo de los derechos fundamentales; porque excluye toda connotación caritativa y por tanto el estigma social y la consiguiente lesión de la dignidad de la persona asociados, como en el primer modelo, a una indemnización ligada a la falta de trabajo y a la pobreza; porque se concilia mejor con las actuales formas de trabajo flexible, sustrayendo a los trabajadores al chantaje de la falta de trabajo y liberando a los sujetos más débiles, como los jóvenes y las mujeres, de los vínculos domésticos; porque serviría para reducir los costes económicos, las insuficiencias, las posibles

pp. 186 ss.). Aunque la renta mínima garantizada tiene un sólido fundamento jurídico, en los arts. 38 y 39, 1 de la Constitución italiana, en numerosas normas del ordenamiento de la Unión Europea: en el art. 34, 3.º de la Carta de Niza, que prevé «el derecho a la asistencia social y a la asistencia en materia de vivienda dirigidas a garantizar una existencia digna a todos los que no dispongan de recursos suficientes»; en el Tratado sobre la financiación de la Unión, cuyo art. 153 impone «la lucha contra la exclusión social» (letra *f*) y la «integración de las personas excluidas del mercado de trabajo» (letra *h*); en el art. 10, 2.° de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, que establece que «las personas excluidas del mercado de trabajo, porque no hayan podido acceder a él o porque no han podido reinsertarse y que carezcan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adecuados a su situación personal». Recuérdense además la Recomendación del Consejo de Europa n.º 441 de 1992 sobre el «derecho fundamental de la persona a recursos y a prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana»; la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de octubre de 2008 sobre la inclusión social y la lucha contra la pobreza, que invitaba a los Estados miembros a introducir «mecanismos de renta garantizada» idóneos para asegurar a todos «una renta suficiente que permita llevar una vida digna»; la Resolución de 20 de octubre de 2010, también del Parlamento Europeo, sobre el papel de la renta mínima en la lucha contra la pobreza y en la promoción en Europa de una sociedad incluyente. En fin, el derecho a una renta básica halla un fundamento de derecho internacional en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece «que todo individuo tiene derecho a un tenor de vida suficiente para garantizar la salud y el bienestar propio y de su familia» y que está tomado casi a la letra del art. 11 de los Pactos sobre los derechos económicos de 1966.

iniquidades, las discriminaciones y los favoritismos, pero también las invasiones de la vida privada y las inevitables limitaciones de la libertad consecuentes a la gravosa mediación burocrática requerida por la determinación de los diversos presupuestos a los que la renta base está condicionada en el primer modelo.

Pero la renta base, tanto más si en la modalidad universal, serviría para cambiar la calidad y la naturaleza del trabajo. En efecto, la misma no se da, según un prejuicio difundido en los partidos de izquierda y en los sindicatos, como alternativa a la garantía del trabajo puesto como fundamento de la República por el art. 1 de la Constitución italiana, sino que, por el contrario, serviría para explicitar el valor democrático y liberal de aquel fundamento. El derecho a una renta básica tiene, en efecto, una doble naturaleza. Es sobre todo, como es obvio, un derecho social a una prestación vital por parte de la esfera pública. Pero es también un derecho civil de autodeterminación y un derecho de libertad, por tanto dotado de una doble capacidad liberatoria: como factor de liberación *del* trabajo y, al mismo tiempo, de liberación *frente al* trabajo. En primer lugar, es una condición elemental de la autonomía contractual de los trabajadores y por eso de la libertad *del* trabajo: una persona desempleada y sin medios de subsistencia está constreñida a aceptar cualquier condición de trabajo y acaso a someterse a los mecanismos clientelares y hasta mafiosos que gobiernan el mercado de trabajo; y un trabajador precario, ciertamente, no puede luchar por sus derechos si su relación de trabajo puede no ser renovada en el momento de su extinción. Bajo este aspecto el derecho a una renta mínima es un verdadero derecho a tener derechos, que serviría para conferir fuerza negocial al trabajador, sustrayéndolo al carácter coercitivo y chantajista de la oferta de trabajo, de cualquier trabajo como condición de subsistencia. En segundo lugar, el derecho a una renta básica es también un derecho de libertad *frente al* trabajo coactivo o servil. Confiere valor y dignidad al trabajo que debe dar fundamento a la República: que no es por cierto el trabajo como mercancía devaluable a placer por el capital y expuesta a la máxima explotación, sino el trabajo como fruto de una libre opción, factor de emancipación de la persona, expresión de sus capacidades, instrumento de afirmación y realización personal y social. Es en esta valorización del trabajo como autodeterminación donde reside el carácter intrínsecamente liberal, además de social, del derecho a una renta básica. Tal derecho, al garantizar la subsistencia, es también un metaderecho, que opera como condición de efectividad de todos los demás derechos de los trabajadores y por ello como presupuesto de toda sociedad democrática. En definitiva, es una medida no solo en garantía de la subsistencia del que no tiene trabajo, sino también de la dignidad del que trabaja o busca trabajo y al que confiere la fuerza necesaria para defender los propios derechos, hasta el punto de ser el más

seguro factor de defensa del trabajo. Prueba de ello es el hecho de que en los países en los que la renta mínima básica está garantizada, los salarios son más altos y las garantías de los derechos de los trabajadores más inatacables; mientras que en los países que, como Italia, carecen de tal garantía los salarios reales han descendido y todo el edificio garantista del derecho del trabajo ha sido progresivamente demolido.

Pero es el sistema del *welfare* el que podría ser refundado en su totalidad sobre el modelo de la garantía de la renta básica universal, es decir, atribuido a todos y recuperado con la exacción fiscal de quien dispone de otras rentas. Se trata de un modelo basado en la correlación del carácter universal (*omnium*) de los derechos sociales y el carácter absoluto de las garantías (*erga omnes*)[29]. Según esto, las funciones de garantía de los derechos sociales, desde el derecho a la educación hasta los derechos a la salud y a la previsión social, resultarían no solo asignadas, como se ha dicho en el § 5.3, a instituciones de garantía independientes, sino también, sobre la base del carácter universal de los derechos garantizados, aplicadas en forma de obligaciones frente a todos, y, por consiguiente, *ex lege*. El resultado sería una enorme simplificación del actual estado social, nacido y desarrollado a través de la expansión de ese gran contenedor que es la administración pública: la transformación del actual *welfare* burocrático, opaco, clientelar, asistencial y paternalista, basado en amplios espacios de discrecionalidad política y administrativa, fuente de abusos, despilfarros y corrupciones, en un *welfare* de derecho o de derechos, basado en la forma universal de los derechos y por tanto en el carácter gratuito, simplificado, transparente y *ope legis* de las correspondientes prestaciones y en la reducción al mínimo de los costes y los abusos producidos por la intermediación burocrática y las comprobaciones y controles. Es posible que un *welfare* semejante, como habitualmente se objeta, incentivase en algún caso la indiferencia individual, la inercia y el parasitismo. Pero este es un coste que no difiere del que tienen todas las garantías. Y en todo caso es cierto que en la mayor parte de los casos se produciría una reducción de las desigualdades y las arbitrariedades y un mayor sentido cívico, ligado al mayor sentimiento de pertenencia a la comunidad política.

En esta perspectiva —la de un *welfare de los derechos sociales* basado en sus garantías tanto primarias como secundarias— hay innovaciones de gran relevancia que provienen de lo que muy bien podemos

29. Sobre la correlación biunívoca entre derechos universales, es decir, *omnium*, como son todos los derechos fundamentales, y garantías universales o mejor absolutas, es decir *erga omnes*, véanse —en PI I, § 10.14, 10.16, y 11.9, pp. 618-624, 630-637 y 729-733— los teoremas T10.178-T10.181 y T10.189-T10.191, T10.222-T10.223, T10.234-T10.235 y T11.101-T11.111.

llamar el «constitucionalismo de tercera generación», desarrollado en algunos países de América Latina y en particular en Brasil. Me limitaré a recordar la obligación de los gobiernos de respetar precisos «vínculos presupuestarios», introducida por la Constitución brasileña, entendiéndose con esta expresión justamente lo opuesto de nuestro vínculo de la estabilidad presupuestaria: es decir, la obligación de destinar cuotas mínimas del gasto público a la satisfacción de los derechos sociales y, en particular, del derecho a la salud y del derecho a la educación[30]. Gracias a esta innovación, la *garantía débil* de la genérica obligación del legislador de introducir, sin un vínculo cuantitativo, leyes de actuación de los derechos sociales, se ha transformado en la *garantía fuerte* de la obligación de destinar a la satisfacción de tales derechos al menos determinadas cuotas de los presupuestos públicos; con el resultado de que tanto la laguna de esas leyes como su inadecuación, de por sí incensurables en sede judicial, se han transformado en antinomias, denunciables y reparables en tal sede, por iniciativa del ministerio público como violaciones de la constitución.

Es, pues, evidente que cualquier refundación de la dimensión sustancial del paradigma constitucional requiere hoy la introducción de una fiscalidad realmente progresiva, apta tanto para financiar las garantías de los derechos sociales, como para reducir las enormes riquezas

30. El art. 212 de la Constitución brasileña establece en materia de educación que «la Unión aplicará anualmente nunca menos del 18 %, y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios nunca menos del 25 % de lo recaudado mediante los impuestos [...] al mantenimiento y al desarrollo de la enseñanza». El art. 198, § 2 y 3 en materia de salud establece en cambio que «la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios utilizarán anualmente, para las acciones y los servicios sanitarios públicos, recursos mínimos derivados de la aplicación de porcentajes calculados, en el caso de la Unión de la forma definida en el sentido de la ley complementaria prevista en el § 3», es decir, de una ley «que será revisada al menos cada cinco años» y que «establecerá», además de dichos porcentajes, «los criterios de prorrateo de los recursos de la Unión vinculados a la salud y destinados a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios». En ausencia de tal ley, el art. 77, § 4 de las disposiciones transitorias, previendo la eventual laguna, establece que «se aplicará a la Unión, al Distrito Federal y a los Ayuntamientos lo dispuesto» en los parágrafos precedentes, es decir, el destino de los recursos mínimos utilizados en el ejercicio financiero del año anterior «incrementado como mínimo en el 5 %» por lo que se refiere a la Unión, «en el 12 % por lo que se refiere a los Estados y al Distrito Federal» y «en el 15 % por lo que se refiere a los Municipios». Por lo demás, últimamente, la laguna ha sido evitada por la ley complementaria n.º 141/2012, de 13 de enero, que en materia de sanidad ha confirmado los porcentajes del 12 % para los Estados y del 15 % para los Municipios y la Unión, estableciendo que estos deberán aumentar con el crecimiento del PIB. En fin, el art. 34, VII, *e*) establece que «la Unión no intervendrá en las políticas de gasto de los Estados o del Distrito Federal» sino para «asegurar la observancia» del principio de la «aplicación del mínimo requerido de los ingresos resultantes de impuestos estatales [...] para la conservación y el desarrollo de la enseñanza y para las prestaciones y los servicios públicos sanitarios». Sobre los vínculos presupuestarios remito también a PI II, § 13.19, p. 95 y § 15.18, pp. 384-390.

que son a menudo el fruto de acumulaciones parasitarias cuando no ilegales y, sobre todo, habitualmente, fuentes de poderes privados impropios capaces de condicionar la esfera pública. El principio de la progresividad de los impuestos está establecido en casi todas las constituciones, incluida la italiana, que lo prevé en su art. 53. Pero hay que preguntarse si la previsión de cuotas máximas del impuesto sobre la renta —en Italia, por ejemplo, del 43 %— comunes a las rentas superiores a 75.000 euros al año y a rentas cientos de veces superiores a estas es una justa y efectiva «progresividad». Es claro que una efectiva progresividad debería equivaler a la estipulación de techos máximos de renta por encima de los cuales, aunque solo sea para impedir los abusos de poder que provocan, sería necesario intervenir con una exacción fiscal bastante más radical; tanto más cuando los impuestos sobre el patrimonio no inmobiliario pueden hoy eludirse por la libre circulación de los capitales y sus fugas a los paraísos fiscales. Por lo demás, cuotas fiscales aptas para disuadir acumulaciones ilimitadas de riqueza se establecieron en Estados Unidos, es decir, en el país que, más que ningún otro, tiene una tradición de limitación de las intervenciones del estado en la esfera de la economía: en abril de 1942, Franklin Delano Roosevelt fijó una renta máxima de 25.000 dólares al año en tiempo de guerra (equivalentes a 350.000 dólares de 2010); en 1944 el Congreso de Estados Unidos fijó una cuota fiscal del 94 % para las rentas superiores a 200.000 dólares al año; en los dos decenios sucesivos esa tasa se mantuvo en torno al 90 %, para luego descender al 70 % durante la presidencia de Lindon Johnson y después, con Ronald Reagan, al 50 % en 1981 y al 28 % en 1988[31].

5.7. *BC) El principio de plenitud y las garantías de los bienes fundamentales. Bienes comunes, bienes personalísimos, bienes sociales.* Hay otra expansión del modelo garantista del constitucionalismo, hoy requerida cada vez con mayor urgencia por el principio de plenitud. En este último siglo, la relación del hombre con las cosas ha cambiado y está destinada a cambiar cada vez más profundamente. El desarrollo tecnológico ha hecho posible, para bien y para mal, lo que antes era imposible: de un lado la producción de *bienes artificiales* y del otro la destrucción de *bienes naturales*, unos y otros vitales para las personas. Y así ha pro-

31. S. Pizzigati, «Rinascita di un'esigenza. Stabilire un tetto per i redditi», en *Le monde diplomatique. Il Manifesto* 2 (febrero de 2012), pp. 1 y 16-17. Recuérdese, además, la reciente introducción en Francia de un impuesto del 75 % sobre las rentas superiores a un millón de euros, censurada por el Consejo Constitucional. En Estados Unidos de hoy la progresividad de los impuestos está suprimida de hecho: basta pensar que en 2010, 25 de las mayores sociedades estadounidenses, gracias también a la utilización de los paraísos fiscales, pagaron a sus administradores delegados más de lo abonado en concepto de impuestos (*Usa: I numeri della disuguaglianza*, http://www.lib21.org).

vocado, con la afirmación de nuevos derechos fundamentales, la necesidad de una ampliación del paradigma constitucional a través de la garantía de las cosas que son objeto de tales derechos.

La relación del hombre con las cosas ha cambiado, en primer lugar, para bien, en el sentido de que se ha hecho posible lo que en el pasado era imposible: curar y sobrevivir, gracias a la producción y a la distribución de bienes artificiales, como los fármacos y en general los progresos de la medicina, que permiten curar enfermedades incurables en el pasado, o los alimentos necesarios para nutrirse que hoy pueden producirse a escala industrial gracias a los progresos de la agricultura. Es sobre todo este carácter artificial y social, y ya no solo natural, de la supervivencia, lo que ha determinado la ampliación del pacto constitucional de convivencia a los derechos sociales, que imponen el acceso de todos a una primera clase de bienes vitales, los fármacos salvavidas y los alimentos básicos, la ausencia de cuya distribución es hoy responsable de la segunda catástrofe examinada en el § 4.7: la muerte cada año —por hambre, falta de agua y de fármacos elementales— de millones de seres humanos. Hay otra clase de bienes artificiales cuya creación ha hecho posible lo que antes era imposible: las formas nuevas y globales de información y comunicación generadas por el uso de Internet y por el conocimiento en red. Estas nuevas tecnologías han dado vida a un espacio global, al que el acceso, virtualmente posible para todos, ha ampliado los tradicionales derechos fundamentales a la educación, la información, el conocimiento y al mismo tiempo a la manifestación del pensamiento, imponiendo nuevas garantías positivas y negativas: de un lado el acceso a la red como servicio público global, del otro la inmunidad frente a limitaciones y discriminaciones procedentes tanto de las autoridades públicas como del mercado.

Pero la relación del hombre con la naturaleza ha cambiado también para mal. El desarrollo tecnológico y desregulado del capitalismo y el saqueo del planeta por parte de las grandes empresas de los países más ricos están provocando la tercera catástrofe detallada en el § 4.7: trastornos climáticos, contaminaciones, inundaciones, derrumbamientos, sequía y desertificaciones. Así, se ha hecho posible, también en este caso, lo que antes era imposible: la destrucción, el despilfarro y la apropiación privada de una segunda clase de bienes vitales, ya no artificiales sino naturales, como el agua, el aire, la integridad de medio ambiente y los equilibrios climáticos, y antes aún la tierra como planeta habitable que es el primero, fundamental bien común de todos[32]. Estos bienes fueron concebidos como *res communes omnium* desde el derecho romano, que los calificó de *extra commercium* y *extra patrimonium*: «Quaedam enim naturali iure

32. Recuérdese el libro-manifiesto de V. Shiva, *Il bene comune della terra* (2005), trad. de R. Scafi, Feltrinelli, Milán, 2006.

communia sunt omnium», escribió Marciano, «et quidam naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris»[33]. Pero una historia social de los bienes nos mostraría cómo estos bienes naturales han cesado de ser comunes en el momento en que, habiendo llegado a resultar escasos a causa de las devastaciones producidas por el desarrollo anárquico del capitalismo, han adquirido un valor de cambio, no obstante lo cual no están garantizados a todos por el derecho. Hay un célebre y luminoso pasaje de Adam Smith que merece ser recordado. Después de haber distinguido los dos significados de la palabra «valor» —el «valor de uso», consistente en «la utilidad de algún objeto en particular», y el «valor de cambio», consistente en el «poder de compra de otros bienes que confiere la propiedad de dicho objeto»— Smith afirma: «Las cosas que tienen un gran valor de uso con frecuencia poseen poco o ningún valor de cambio. No hay nada más útil que el agua, pero con ella casi no se puede comprar nada; casi nada se obtendrá a cambio de agua. Un diamante, por el contrario, apenas tiene valor de uso, pero a cambio de él se puede conseguir generalmente una gran cantidad de otros bienes»[34]. Ha sucedido, sin embargo, que «las cosas» catalogadas por Marciano, como el agua, el aire, el mar y los litorales, dotadas de enorme valor de uso pero no originariamente de valor de cambio, se han convertido en «bienes», es decir, en cosas dotadas de valor económico de cambio, precisamente porque las agresiones de un capitalismo sin reglas han determinado su escasez, su vulnerabilidad y la imposibilidad de su reproducción. En suma, la paradoja es que la simple valorización económica de esas cosas y su consiguiente valor de cambio provocados por el desarrollo capitalista, en ausencia de una intervención del derecho y en contradicción con los derechos fundamentales a la vida estipulados en todas las cartas constitucionales e internacionales, han determinado no ya su transformación en bienes (objeto de derechos) fundamentales, sino el fenómeno exactamente opuesto: su privatización como bienes (objeto de derechos) patrimoniales. De este modo, el capitalismo anárquico ha provocado un doble proceso depredatorio: primero la dilapidación o la destrucción de los bienes comunes y la transformación de su origi-

33. D 1, 8, 2, pr-1: «Por derecho natural, algunas cosas son comunes a todos [...] Y por derecho natural son bienes comunes a todos estas cosas: el aire, el agua que corre, el mar y sus playas». El pasaje está incluido en las *Institutiones* de Justiniano (*Inst*. 2, 1, pr-1). Sobre los bienes comunes en el derecho romano, véase últimamente P. Maddalena, «I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni»: *Federalismi.it*, 11 de julio de 2012.

34. A. Smith, *La riqueza de las naciones*, Alianza, Madrid, [3]2011, lib. I, cap. IV, p. 62. Ya Platón había escrito en el *Eutidemo*: «Así es, Eutidemo, lo raro es lo que vale, y el agua, a pesar de ser 'lo mejor', como decía Píndaro, es lo más barato» (Platón, *Eutidemo*, en *Diálogos II*, trad., introd. y notas de J. Calonge Ruiz, E. Acosta Méndez, F. J. Oliveri y J. L. Calvo, Gredos, Madrid, 2008, 304B, p. 267).

naria disponibilidad natural en su escasez, que es lo sucedido típicamente con el agua potable; después, la transformación de estos mismos bienes, precisamente a causa de su inveterada escasez, en su apropiabilidad privada según la lógica del mercado.

Solo una revolución jurídica y política puede imponer hoy la garantía de todos estos bienes vitales, sean artificiales o naturales, como bienes de todos frente a su mercantilización o devastación por obra de un capitalismo desregulado y depredador. Pero a tal fin no basta el modelo garantista de los derechos. La sintaxis de los derechos fundamentales, atribuidos a los particulares en garantía de sus expectativas y necesidades individuales, no es suficiente, por sí sola, para asegurar una garantía adecuada cuando esta depende de la distribución, del acceso o de la tutela de los bienes vitales que constituyen el objeto de tales derechos, y por eso requiere, a tal fin, que esos bienes sean directamente garantizados por la esfera pública. Por múltiples razones. En primer lugar, los derechos fundamentales corresponden al sujeto individual, y es impensable que, en tales casos, este se halle en condiciones de obtener la garantía. En efecto, pues su objeto está constituido por bienes —la atmósfera, los equilibrios ecológicos, el agua, la alimentación básica, los fármacos salvavidas— cuya garantía requiere la directa protección o prestación por parte de la esfera pública, como bienes que corresponden a todos en cuanto personas, y por eso son gratuitamente accesibles a todos. En segundo lugar, porque en lo que se refiere a los bienes artificiales, como son típicamente los fármacos salvavidas, su prestación supone necesariamente su producción y distribución por obra de las adecuadas instituciones de garantía. En tercer lugar porque, por lo que hace a los bienes naturales, aun siendo su protección del interés vital de todos, no son conscientes de este las personas individuales, que por lo común ni siquiera perciben sus violaciones: cuando resulta envenenado el aire de una ciudad, o una playa cubierta de cemento, o talado un bosque, los habitantes del lugar no piensan haber sido privados de una propiedad común, sino que se consideran usuarios o posibles beneficiarios de futuras parcelaciones; todavía menos vital, y para muchos del todo irrelevante y hasta incomprensible, es el interés por la protección del clima y del medio ambiente, que concierne si acaso a las generaciones futuras y que solo puede ser tutelado dejándolas en herencia un planeta habitable. En cuarto lugar, la inevitable transformación de estos bienes vitales en bienes patrimoniales o mercancías, proveniente de la falta para ellos de una garantía directa como bienes accesibles a todos, estaría en contradicción con la misma ley del mercado basada en la libertad de la demanda; ya que tales bienes siguen sin tener, propiamente, un valor de cambio por la razón, opuesta a la indicada por Adam Smith: no porque no son raros, sino accesibles a todos, sino porque, al contrario, al haberse convertido en raros y ya no accesibles a todos, y sin embar-

go vitales, cada uno estaría dispuesto a pagar por ellos cualquier precio. Por eso —porque no se es libre de no comprarlos— estos bienes no pueden ser transformados en mercancías, como hoy permiten o incluso imponen las leyes sobre su privatización, en contradicción con el principio mismo de la libre relación de oferta y demanda en el mercado.

En definitiva, el lenguaje de los derechos individuales es inadecuado, por sí solo, para sugerir las técnicas de tutela de los bienes vitales naturales y las formas de acceso a los bienes vitales artificiales, poniendo los primeros a cubierto de lesiones y haciendo a unos y otros accesibles a todos. Lo es sobre todo para las poblaciones de los países más pobres: las que más sufren las devastaciones de los bienes vitales naturales causadas por los países más ricos y la falta de los artificiales, y que no tienen un juez al que pedir justicia, ya porque tal juez no existe o bien porque no cuentan con medios para recurrir a él. De aquí la necesidad de integrar el paradigma garantista de los derechos fundamentales con una dimensión nueva y cada vez más urgente e inderogable de la democracia y del constitucionalismo: la directa garantía de aquellos bienes vitales que constituyen el objeto de los correspondientes derechos fundamentales.

Hay, por tanto, una cuestión teórica previa que debe afrontarse: la estipulación de una definición y de una clasificación plausible de todos estos bienes. En los usos corrientes y en gran parte de la literatura jurídica y politológica está en uso desde hace algún tiempo la expresión «bienes comunes» para designar un conjunto de valores benéficos heterogéneos. Se va de la configuración de tales bienes como declinación en el plural de la noción holística de «(bien) común» a la inclusión entre ellos de las entidades más diversas: no solo las clásicas *res omnium*, como el aire, el medio ambiente, los equilibrios ecológicos, el agua, los fondos marinos, los monumentos e Internet, sino también la educación, la salud, la cultura, el lenguaje, la información, el saber y hasta el trabajo y el derecho[35]. Tengo la impresión de que tales usos retóricos, que aluden

35. Me limitaré a recordar a M. Hardt y A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milán, 2010, pp. 7-8: «Con el término 'común' entendemos, en primer lugar, la riqueza común del mundo material —el aire, el agua, los frutos de la tierra y todos los dones de la naturaleza— [...] Por común se debe entender, con mayor precisión, todo lo que se obtiene de la producción social, que es necesario para la interacción social y para el mantenimiento de la producción, como el conocimiento, los lenguajes, los códigos, la información, los afectos, etc.»; U. Mattei, *Bienes comunes. Un manifiesto*, trad. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2013, pp. 66-68: «Un bien común, a diferencia tanto de la propiedad privada como de la pública [...] no puede concebirse como un mero objeto, como una porción tangible del mundo externo. No puede ser aprehendido con la lógica mecanicista y reduccionista tópica de la Ilustración, que separa netamente el sujeto del objeto». Por eso «los bienes comunes [...] no admiten una conceptualización teórica desconectada de la praxis […] En otros términos, los bienes comunes son tales no en función de presuntas caracterizaciones ontológicas, objetivas o mecánicas, sino de contextos en los cuales adquieren relevancia específica.

con la misma palabra a nociones dotadas de referentes empíricos de diverso género —de las cosas a los derechos, de los servicios públicos a los principios de justicia, de los intereses colectivos a los valores— contradicen la gramática del derecho, creando el riesgo de anular la capacidad explicativa del concepto y de privarlo de todo concreto valor garantista.

Naturalmente, los conceptos teóricos son construcciones convencionales, elaboradas en función de su alcance empírico y de sus utilizaciones operativas. Sus definiciones son estipulativas, ni verdaderas ni falsas. Sin embargo, una definición bien formada no puede confundir en un único *definiendum* dominios empíricos diversos, como son las cosas, los derechos, los servicios, las actividades propias como el trabajo y las actividades ajenas como las prestaciones en garantía de los derechos sociales y hasta valores como el saber y la cultura. El resultado sería la eliminación del significado extensional del concepto, es decir, de su idoneidad para denotar con alguna precisión el propio objeto gracias a la univocidad de sus connotaciones intensionales y, al mismo tiempo de su utilizabilidad para las finalidades garantistas asignadas a él. El lenguaje jurídico es el lenguaje en el que pensamos los problemas y sus soluciones. Y estas soluciones consisten en garantías, es decir, en técnicas normativas diversas según que lo que se trate de garantizar sean cosas, derechos de inmunidad, derechos de acceso o bien actividades propias o ajenas. Ahora bien, a tales fines, la noción hoy corriente de «bienes comunes» crea el riesgo de convertirse, de un lado, en una categoría excesivamente abierta, en la que se hace entrar también los valores más diversos, que propiamente no son concebibles como bienes, esto es, como una clase de las «cosas», y requieren técnicas jurídicas distintas de aquellas de las que puede hacerse uso para la tutela de los bienes; del otro, una categoría demasiado restringida, en la que no entran bienes que, aun siendo vitales, no cabe concebirlos como «comunes», es decir, como *res communes omnium*, como por ejemplo las partes del cuerpo humano y, por otro lado, los fármacos salvavidas y la comida necesaria para la alimentación básica.

Será, pues, útil proceder a una redefinición y a una clasificación tipológica de todos estos bienes vitales, viejos y nuevos, tan precisas como sea posible y, sobre todo, ancladas a las técnicas de garantía idóneas para tutelarlos. Según el art. 810 del Código Civil italiano, «son bienes

[...] Los bienes comunes exigen, en suma, una percepción holística que permita advertir sus inextricables vínculos con la comunidad de referencias y con otras comunidades contiguas o superpuestas. En ningún caso pueden ser objetivizados. […] En el ámbito de los bienes comunes, el sujeto es parte del objeto y viceversa». En este sentido, para Mattei, son por ejemplo bienes comunes, «en el contexto de una praxis de lucha», el trabajo (*ibid.*, p. 66), el derecho (*ibid.*, pp. 71-72) y la investigación universitaria (*ibid.*, p. 73). Una crítica radical de esta concepción confusa y holística de los bienes comunes puede verse en el reciente libro de E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma/Bari, 2013.

las cosas que pueden ser objeto de derechos». Sin embargo, el léxico jurídico tradicional adolece de una doble carencia. Por un lado, los únicos *bienes* que designa son los patrimoniales, disponibles y alienables, que pertenecen a alguno con exclusión de los demás: no es casual que la definición de bien formulada por el art. 810 citado abra el Libro III del Código Civil sobre la propiedad privada, o sea, sobre el más clásico e importante de los derechos patrimoniales y los demás derechos reales. Por otra parte, las únicas figuras *fundamentales* conocidas por nuestra tradición jurídica son los derechos individuales caracterizados, precisamente, como «fundamentales»: los derechos universales a la vida, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad y los derechos sociales con los que, como se ha visto, se designan todas las necesidades y los intereses vitales estipulados como merecedores de tutela. Además, no todos los bienes vitales pueden configurarse como «comunes», es decir, accesibles a todos *pro indiviso*. Por ejemplo, no lo son los órganos del cuerpo humano, que, por el contrario, pertenecen únicamente a la persona, pero que requieren también ser sustraídos al mercado y ser tutelados como fundamentales. Pero no lo son tampoco ni siquiera los bienes vitales como los fármacos salvavidas o los alimentos básicos. Por consiguiente, para designar el conjunto de todos estos bienes vitales, será conveniente disponer de una categoría más amplia: la de *bienes fundamentales* como subclase de la clase de los bienes, junto a y en oposición a la subclase de los *bienes patrimoniales*; los primeros definibles como los bienes indisponibles y accesibles a todos en cuanto objeto de *derechos fundamentales*; los segundos como los bienes disponibles por parte de quien los posee en cuanto objeto de *derechos patrimoniales*[36].

Dispondremos así de una categoría, la de bienes fundamentales, en la que pueden incluirse todos aquellos bienes para los que se requiere una igual garantía para la tutela de todos, en cuanto vitales, y que por eso deben sustraerse a las lógicas del mercado y a la disponibilidad de la política: en primer lugar, los *bienes comunes*, o sea, las viejas *res communes omnium*, cuyo uso y el acceso a las cuales es vital para todas las personas y que forman por eso el objeto de derechos fundamentales de *libertad de* uso o disfrute; en segundo lugar, los que podemos llamar *bienes personalísimos*, como las partes del cuerpo humano, que forman

36. He introducido la categoría de 'bienes fundamentales' —configurándolos como 'cosas', distinguiéndolos en 'personalísimos' (como las partes indisponibles del cuerpo humano), 'comunes' (como las clásicas *res communes omnium*) y 'sociales' (como los fármacos salvavidas y los alimentos básicos) y contraponiéndolos a los 'bienes patrimoniales'— en PI I, § 11.10, pp. 733-739, y PI II, § 14.21, pp. 255-258, 564-565 y 576-577. Remito también a «Per una Carta dei beni fondamentali», en T. Mazzarese y P. Parolari (eds.), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide. Con un'appendice di carte regionali*, Giappichelli, Turín, 2010, pp. 65-98.

el objeto de derechos fundamentales de inmunidad, es decir, de *libertad frente a* lesiones o violaciones, incluso aquellas, prohibidas, provenientes de actos de disposición; en tercer lugar, los que cabe llamar *bienes sociales*, en cuanto objeto de derechos fundamentales sociales a la salud y la subsistencia, como los fármacos salvavidas y los alimentos de base. Tendremos así tres subsistemas de bienes fundamentales que, aun cuando diversos, tienen en común el dato de ser objeto de derechos fundamentales, ya sean derechos negativos o de no lesión y derechos positivos a prestaciones: los bienes comunes, los bienes personalísimos y los bienes sociales. De este modo, añadiré, la categoría de los *bienes fundamentales* se concibe como una categoría paralela y correspondiente a la de los derechos fundamentales, que se opone a los bienes patrimoniales del mismo modo que los derechos fundamentales se oponen a los derechos patrimoniales.

Esta categoría tiene una doble ventaja. En primer lugar, su definición sirve para explicitar la relación de implicación entre los bienes fundamentales, sean sociales, comunes o personalísimos, y los derechos fundamentales, sean positivos o negativos, a través de la identificación de los primeros como el objeto de los segundos[37]. En segundo lugar, gracias a una adecuada redefinición de la noción de «esfera pública» como la propia de los intereses universales o de todos, incluidos por tanto esos derechos de todos que son los derechos fundamentales y sus garantías[38], resulta injustificada la contraposición a tal noción, además de a la de «esfera privada», de una tercera y autónoma categoría: la evocada por muchos del «común», o sea, de la «propiedad común» como tercer tipo de relación con los bienes. «La propiedad es pública o privada», afirma el art. 42 de la Constitución italiana, entendiendo claramente que es pública cualquier propiedad no modelada sobre el esquema individualista del derecho real de propiedad como derecho patrimonial, disponible y alienable. Y es evidente que en la esfera pública ampliada en el sentido antes redefinido entran también, en cuanto objeto de los derechos fundamentales, los bienes comunes, de los que,

37. Sobre este nexo entre bienes comunes y derechos fundamentales, y precisamente sobre la configuración del «acceso a los mismos como derecho fundamental de la persona», insiste repetida y justamente S. Rodotá, *El derecho a tener derechos*, cit., cap. IV, pp. 112 ss.

38. En PI I, § 11.15, pp. 802-809, he definido 'esfera pública' como «el conjunto de las situaciones de las que todos somos titulares, o que están establecidas en garantía de los intereses de todos» y que además «no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía» (D11.36). De aquí se sigue no solo la oposición entre 'esfera pública' y 'esfera privada' (T11.135), definida esta como el conjunto de las situaciones conferidas a individuos en el interés de individuos por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía (T11.136), sino también la pertenencia a la esfera pública del conjunto de los derechos fundamentales (T11.138) y por consiguiente de los bienes fundamentales que son el objeto de algunos de tales derechos.

por lo demás, no se ve qué gestión podría caber que no esté a cargo de la esfera pública.

Así pues, será oportuno situar junto a la categoría de los derechos fundamentales, la de los *bienes fundamentales,* no menos esencial y hasta hoy indebidamente descuidada por la doctrina jurídica. «Fundamentales» porque, a diferencia de los bienes patrimoniales y análogamente a los derechos fundamentales, tales bienes —desde el aire a los fondos marinos, del agua a los alimentos, de los fármacos salvavidas a los órganos del cuerpo humano— deben ser garantizados a todos como inviolables. Desde este punto de vista sería deseable que a las diversas cartas y convenciones internacionales y constitucionales de los derechos fundamentales se añadieran *Cartas constitucionales* y *Cartas internacionales de los bienes fundamentales*, idóneas para garantizar a todos los bienes vitales antes relacionados. Por lo demás, la utilidad de distinguir las tres clases de bienes fundamentales antes definidas está ligada a la diversidad de sus técnicas de garantía. Los bienes comunes naturales, como todos los ecológicos, son bienes que deben ser protegidos mediante prohibiciones de lesión o de apropiación privada, en garantía de su conservación y del derecho de todos a acceder a su disfrute. La misma posibilidad de acceso a todos debe ser garantizada en el caso de los bienes comunes artificiales, como Internet y la red, como universal derecho de libertad de informarse, comunicar y manifestar el propio pensamiento. En cambio, los bienes sociales, como los fármacos salvavidas, son bienes artificiales, que deben ser garantizados por obligaciones de prestación, a través de su distribución a todos y, si fuera necesario, su directa producción por parte de la esfera pública, en garantía de los correspondientes derechos sociales. Otros bienes, como el agua y los alimentos básicos, son naturales y comunes porque se encuentran en la naturaleza y debe preservarse su reproducción; pero su prestación y distribución, necesariamente encomendadas a la esfera pública, son artificiales y sociales. En fin, los bienes personalísimos son bienes naturales garantizados por prohibiciones de lesión y de alienación, pero exactamente al contrario de lo que sucede con los bienes comunes debe asegurarse su inmunidad en cuanto bienes no accesibles a nadie que no sea la persona a la que pertenecen. En todos los casos, reconocer y garantizar todos estos bienes vitales como fundamentales quiere decir hacerlos inviolables e indisponibles, sustraerlos a la disponibilidad de la política y del mercado y hacerlos accesibles a todos. Y esto solo puede lograrse mediante su estipulación como bienes constitucionales, es decir, previstos como fundamentales por constituciones rígidas: garantizados por la inmunidad, esto es, por la prohibición de mercantilización y de lesión, cuando se trate de bienes comunes o de bienes personalísimos, y por la obligación de su prestación gratuita tratándose de bienes sociales. En cambio, asis-

timos no a la ampliación de la esfera pública, sino a su estrechamiento y desmantelamiento. Piénsese en la venta de bienes demaniales y en las privatizaciones de los servicios esenciales y de las funciones públicas, encomendadas a particulares e inevitablemente comercializadas.

El caso del agua, objeto de ese corolario del derecho a la vida que es el derecho a la subsistencia, es ejemplar. El agua potable no es, de hecho, un bien solo natural, ni tanto menos un bien común naturalmente accesible a todos. Más de un millardo de personas carecen de la posibilidad de acceder a él y por eso cada año mueren millones de personas. En efecto, el agua se ha convertido en un bien escaso por varios motivos: las agresiones al patrimonio forestal, que provocan cada año la deforestación de millones de hectáreas; la contaminación de los acuíferos, los ríos y las capas freáticas, provocada por actividades industriales desreguladas; en fin, las privatizaciones masivas de los recursos hidráulicos que paradójicamente han sido reducidos a bienes patrimoniales, precisamente en el momento en que, por su escasez, tendrían que ser garantizados como bienes fundamentales. Esta garantía solo puede consistir en la transformación del agua potable en un bien público sujeto a un triple estatuto: la obligación de su distribución gratuita a todos en la medida necesaria para asegurar los mínimos vitales (calculada en al menos 40 o 50 litros por persona y día); la prohibición de su distribución y de los derroches más allá de un límite máximo; el gravamen progresivo de los consumos que, inferiores al límite máximo, excedan del límite mínimo[39].

En cuanto a los bienes comunes de carácter más propiamente ambiental, la garantía más apropiada es la adoptada en los ordenamientos estatales mediante su cualificación como *bienes demaniales*, como tales sustraídos al mercado. Sin embargo se hacen necesarias dos expansiones de esta garantía. En primer lugar, la institución de varios tipos de demanio: no solo los demanios municipales, provinciales, regionales y estatales, sino también, a causa de las agresiones provenientes de la in-

39. Los tres estatutos han sido propuestos por el *Manifesto italiano per il contratto mondiale dell'acqua*, promovido por R. Petrella, *Il Manifesto dell'acqua. Il diritto alla vita per tutti*, Gruppo Abele, Turín, 2001, pp. 137-138. Sobre el problema del agua, véanse también G. Nebbia, *Il problema dell'acqua*, Cacucci, Bari, 1999; M. De Villiers, *Water: The Fate of Our Precious Resource*, Houghton Mifflin, Nueva York, 2000; V. Shiva, *Le guerre dell'acqua* (2002), Feltrinelli, Milán, 2003; AA.VV., *L'eau, patrimoine commun de l'humanité*, Centre Tricontinental, L'Harmattan, París, 2002; el número «Acqua» de la revista *Parolechiave* 27 (2002); R. Petrella, *Il bene comune. Elogio della solidarietà*, con prólogo de Luciano Gallino, Diabasis, Reggio Emilia, 2003; D. Zolo, «Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese»: *Diritto pubblico* 1 (2005), pp. 125-142; A. Lucarelli y S. Marotta, *Governo dell'acqua e diritti fondamentali. Una battaglia contro la privatizzazione*, Palazzo Margliano, Nápoles, 2006; E. Molinari, «L'acqua, bene comune dell'umanità. Il movimento mondiale: successi e problemi»: *Quale Stato* 2/3 (2006), pp. 197-210.

dustria y del mercado global, demanios supraestatales, de nivel europeo y, en el caso de algunos bienes, también global. En segundo lugar, se requiere una más rígida protección normativa de los bienes demaniales, ya no solo legislativa, como la brindada en Italia por el Código Civil, que puede modificar la ley ordinaria, sino constitucional, a través de su constitucionalización en los diversos niveles del ordenamiento: como *bienes demaniales constitucionales* dentro de los Estados o de la Unión Europea, pero también —en materia de atmósfera, aguas potables, capas freáticas, grandes ríos y lagos, grandes bosques, biodiversidad, etc.— como *bienes demaniales planetarios*. En suma, tales bienes deberían ser protegidos por normas de rango rígidamente constitucional, y de ser preciso internacional, para ponerlos a salvo de las violaciones que puedan provenir del legislador ordinario y, así, de las contingentes mayorías. Por lo demás, algunos de estos bienes comunes gozan ya en los tratados internacionales —como el Tratado sobre los espacios aéreos de 1967 y la Convención sobre el mar de 1982— de la consideración de «patrimonio común de la humanidad»[40]. Y ya hoy, sobre la base de los principios elementales del derecho civil, sería posible, por ejemplo, la garantía secundaria de tales bienes, cuyo daño y su misma utilización —piénsese en los daños ambientales producidos por las emisiones contaminantes y en la utilización de las líneas aéreas, de las órbitas satelitarias y de las bandas del éter— podrían muy bien justificarse acciones de reclamación de daños o de enriquecimiento ilícito por parte de las poblaciones más pobres que sufren los efectos más devastadores, contra los países ricos y sus empresas que son los principales beneficiarios

40. El *Tratado sobre los espacios extraatmosféricos* de 27 de enero de 1967 califica tales espacios como «propios de toda la humanidad», imponiendo su «utilización para bien y en el interés de todos los países, cualquiera que sea el estadio de su desarrollo económico o científico» (art. 1) y prohibiendo su «apropiación nacional a través de proclamaciones de soberanía o actos de utilización u ocupación o por otros medios» (art. 2). La *Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar* de 10 de diciembre de 1982, a su vez, afirma que el Área (de alta mar) y sus recursos —sean sólidos, líquidos o gaseosos, *in situ*», o «en los fondos marinos o en su subsuelo» (art. 133)— «son patrimonio común de la humanidad» (art. 136), y veta «su apropiación» por cualquier «estado o persona física o jurídica» (art. 136, 1°) y establece que «todos los derechos sobre los recursos del Área están conferidos a toda la humanidad», que «estos recursos son inalienables» (art. 136, 1), que los Estados contratantes responden solidariamente por los daños provocados «por empresas estatales o por personas físicas o jurídicas de su nacionalidad» (art. 139), que «las actividades en el Área serán dirigidas al beneficio de toda la humanidad» y que debe «asegurarse la distribución equitativa» de las «ventajas económicas obtenidas» de una forma «no discriminatoria», «teniendo particularmente en cuenta los intereses y las necesidades de los Estados en vías de desarrollo» (arts. 140 y 160, 1t. *f*) e *i*). Sobre la noción de «patrimonio común de la humanidad», cf. J. M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002; AA. VV., *L'eau, patrimoine commun de l'humanité*, cit.

y responsables de tales usos y abusos[41]. Se trataría de compensaciones y resarcimientos gigantescos, cuyos importes podrían muy bien destinarse al pago de las deudas públicas y la financiación de las garantías de los derechos sociales establecidos por las diversas cartas internacionales, a escala tanto estatal como internacional.

De otra parte, la garantía de los bienes comunes de carácter ecológico requiere su tutela no solo frente al mercado, sino también frente a las lesiones que puedan provenir de los desastres nucleares. Como ha mostrado recientemente la tragedia de la central de Fukushima en Japón —y antes las de Three Miles Island de 1979 y de Chernobil en 1986— la seguridad absoluta frente a lo nuclear es inalcanzable o cuando menos sumamente improbable. Actualmente existen en el mundo 442 reactores nucleares activos, que en su conjunto proporcionan el 16 % de la electricidad mundial[42] y son una fuente constante de peligros y de contaminaciones. La probabilidad de que puedan producirse nuevos accidentes catastróficos en una de los centenares de centrales nucleares esparcidas por el mundo es casi una certeza. Añádase el riesgo de atentados terroristas: 442 centrales nucleares representan un objetivo demasiado vulnerable. Por otra parte, la existencia misma de las centrales es una amenaza para la salud: se ha calculado que en su vecindad hay más del doble de leucemias infantiles. En fin, al peligro de catástrofes y de lluvias radiactivas se une el problema irresuelto de las escorias nucleares. En resumen, el sistema es al mismo tiempo dañoso, frágil y peligroso. Por eso, la única medida racional es una convención internacional que prohíba la construcción de nuevas centrales y ponga en marcha una gradual desactivación de las existentes junto a la producción de energías alternativas y renovables, de las eólicas a las solares, además fuente de nuevo empleo e incluso económicamente ventajosa frente a los mayores costes de construcción y de mantenimiento de las centrales: costes que incluyen los habitualmente no calculados, pero necesarios para la protección de las generaciones futuras

41. Se calcula que las emisiones contaminantes per cápita son de 20 toneladas de anhídrido carbónico en Estados Unidos, de 7 toneladas en Europa y de 3,5 toneladas en China, por año (F. Mini, «Owning the weather: la guerra ambientale globale è già cominciata»: *Limes* 2 [2012], p. 13).

42. Las 442 centrales existentes están concentradas en 29 países y construidas por un pequeño número de potentes empresas: 104 están en Estados Unidos (dos de las cuales —Diablo Canyon y San Onofre Obispo— en California sobre la falla de San Andrés, que podría romperse de improviso), 58 en Francia, 54 en Japón, 32 en Rusia, 21 en Corea del Sur, 20 en India, 19 en Gran Bretaña, 18 en Canadá, 17 en Alemania, 15 en Ucrania, 13 en China, 10 en Suecia, 9 en España, 7 en Bélgica, 6 en la República Checa y en Taiwán, 5 en Suiza, 4 en Finlandia, Hungría y Eslovaquia, 2 en Argentina, Brasil, México, Bulgaria, Rumanía, Pakistán, Sudáfrica, 1 en Armenia, Holanda y Eslovenia. Muchas de estas centrales —una de cada cinco— y 62 en construcción se encuentran, como la de Fukushima, en áreas sísmicas (http://www.dailyenmoveme.com/it/nucleare/le-centrali-nucleari-nel-mondo).

de daños irreparables, que se requieren para desmantelar y hacer seguras las instalaciones después de su desactivación.

Añadiré que una política racional de tutela de los bienes comunes demanda hoy una lucha contra el tiempo. En efecto, hay una terrible novedad con respecto a todas las catástrofes del pasado. De las demás catástrofes, incluso de las más terribles —piénsese en la Segunda Guerra Mundial y en el horror del holocausto—, la razón jurídica y política ha extraído siempre lecciones, formulando, frente al riesgo de su repetición, nuevos pactos constitucionales y nuevos «nunca más» a los poderes políticos soberanos. A diferencia de todas las demás catástrofes del pasado, la catástrofe ecológica es en gran medida irreparable, y quizá no sería posible llegar a tiempo de extraer las debidas lecciones, sin un nuevo y tempestivo «nunca más», esta vez a la omnipotencia y a la desregulación de los mercados. En efecto, por vez primera en la historia existe el peligro de que la conciencia de la necesidad de cambiar de vía y de estipular un nuevo pacto se adquiera cuando ya sea demasiado tarde. Es el aspecto más dramático de las actuales emergencias globales. Estas son ignoradas por la opinión pública mundial, y por eso también por los gobiernos nacionales, y así no entran sino de forma marginal en su agenda política, anclada por completo en el corto plazo y en los restringidos espacios de las competiciones electorales y de las fronteras estatales. De este modo, la política está perdiendo la memoria del pasado, es decir, de los «nunca más» a las guerras y a los fascismos, y la perspectiva del futuro y de las catástrofes que lo amenazan. Solo con esta amnesia y con esta miopía se explican la postergación de los grandes problemas del hambre y de la miseria en el mundo, la subestimación de los peligros para el ecosistema y la ilusión de que la economía global pueda autorregularse sin necesidad de una esfera pública internacional y un rígido constitucionalismo global.

5.8. C) *El principio de jurisdiccionalidad y las garantías secundarias de los derechos y los bienes fundamentales. Papel y límites de la jurisdicción.* Cada paso dado en la limitación y en la regulación de los poderes sobre la base del principio de legalidad y cada expansión de las garantías primarias o legislativas de los derechos sobre la base del principio de plenitud requieren, en actuación del *principio de jurisdiccionalidad*, una expansión del papel y de los espacios de las garantías secundarias o jurisdiccionales. En estos años, esta expansión se ha producido en múltiples direcciones y está destinada a desarrollarse todavía más. En efecto, existe una correlación biunívoca entre estado de derecho y jurisdicción: porque el estado de derecho consiste en la sujeción del poder al derecho, el espacio de la jurisdicción tiende a expandirse con el desarrollo del sistema de los límites y los vínculos legales impuestos a los poderes, tanto públicos como privados.

En el estado legislativo de la primera mitad del siglo XIX estos límites y vínculos eran mínimos: porque era mínimo el papel del estado, garante del orden público interno, a través del derecho y la jurisdicción penal, y de la certeza de los tráficos a través del derecho y la jurisdicción civil; y porque, por largo tiempo, el estado y la administración pública fueron concebidos como sujetos soberanos, no sujetos al control jurisdiccional de legalidad. La civil y la penal eran las únicas jurisdicciones —una dedicada a la determinación y la reparación de las violaciones de derecho civil, la otra a la comprobación y el castigo de las violaciones de derecho penal— ambas destinadas únicamente a los ciudadanos. Solo en la segunda mitad del mismo siglo se afirmó, con la instancia liberal de una tutela jurisdiccional de los derechos frente al poder ejecutivo, un contencioso-administrativo entre ciudadanos e instituciones públicas. Y solo con el tránsito del viejo estado legislativo al estado constitucional de derecho se produjo la completa transformación de la jurisdicción en una función ya no solo de control social, sino también de garantía de los derechos y de control de las ilegalidades de todos los poderes públicos, incluidas las del poder legislativo. Puesto que la jurisdicción interviene en presencia de las violaciones del derecho, y está destinada a expandirse cuanto más se extiende el área de las posibles violaciones del derecho mismo, con las obligaciones y las prohibiciones impuestas al ejercicio de los poderes. Es lo que ha sucedido y está destinado a suceder todavía más con la ampliación del paradigma del estado de derecho producido con la estipulación de derechos y bienes fundamentales en cartas constitucionales, tanto nacionales como supraestatales, con la consiguiente articulación multinivel de los sistemas jurídicos, con la expansión de la esfera de la acción pública y, al mismo tiempo, con el aumento de las demandas de justicia no satisfechas por las funciones políticas de gobierno.

La primera articulación multinivel de los ordenamientos jurídicos, después de la separación entre producción y aplicación de la ley generada por la afirmación del principio de legalidad, ha sido la determinada por el paradigma constitucional como sistema de límites y vínculos impuestos a la legislación, en garantía de los derechos fundamentales estipulados en las actuales constituciones rígidas. De ello se ha seguido la expansión de la jurisdicción producida con la introducción del control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las leyes inválidas por contradecir la constitución. Es sobre todo el papel de garantía de los derechos fundamentales el que ha determinado esta primera expansión, al añadir un ulterior fundamento —la garantía de los derechos junto al tradicional de la imparcial determinación del derecho violado— a la legitimación política del poder judicial como función independiente de cualquier otro poder. En efecto, los derechos fundamentales están virtualmente contra las mayorías, y, por eso, sus violaciones requieren

una función de garantía secundaria también ella virtualmente contra las contingentes mayorías políticas.

La segunda articulación multinivel de los sistemas jurídicos, a la que ha seguido una ulterior expansión de la jurisdicción, ha sido la determinada por el desarrollo de una legalidad supraestatal, supraordenada a la legalidad de los Estados nacionales. A ella le ha correspondido la creación de las jurisdicciones supraestatales —de los Tribunales Europeos de Estrasburgo y de Luxemburgo al Tribunal Internacional de Justicia y al Tribunal Penal Internacional— y de nuevas competencias de las mismas jurisdicciones estatales. Ciertamente, existen llamativas lagunas de garantías, tanto primarias como secundarias, en relación con las diversas cartas supranacionales de derechos: el ordenamiento internacional carece casi por completo de instituciones de garantía secundaria a la altura, no solo de los derechos sociales, sino en general de todos los derechos humanos solemnemente proclamados en las diversas declaraciones y convenciones; la misma jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad es inoperante frente a los países más fuertes, que no se han adherido a su tratado instituyente y ampliamente inefectiva también frente a los que sí lo han suscrito. Sin embargo, el itinerario del control jurisdiccional supraestatal sobre las ilegalidades de los Estados ha sido ya trazado y en parte iniciado también a escala global, de forma simultánea con el desarrollo creciente de las fuentes de derecho supraestatales, comenzando por los derechos humanos internacionalmente establecidos que hacen cada vez más intolerable la impunidad de los crímenes contra la humanidad, tras el viejo escudo de la soberanía.

Hay un tercero y todavía más relevante factor de ampliación de los espacios de la jurisdicción: el creciente papel de la magistratura como institución tercera encargada de la resolución de los conflictos y de la satisfacción de derechos y demandas de justicia a las que las instituciones políticas de gobierno no dan respuesta. Como bien ha observado Stefano Rodotà, en múltiples sectores de la vida social —en materia de medio ambiente, tutela de los consumidores, tecnologías electrónicas, cuestiones de bioética, derechos de los emigrantes— frente a la falta o la debilidad de las respuestas políticas, legislativas o de gobierno, la jurisdicción se ha convertido en el espacio legitimador elegido por los ciudadanos para hacer sentir su voz, haciendo visibles y perceptibles sus derechos y sobre todo para hacerlos valer. Así, la garantía jurisdiccional de los derechos y la consiguiente solución de los conflictos han dado vida a nuevos canales de inclusión y de participación democrática y de «acceso al Estado»[43]; y la

43. S. Rodotà, *Repertorio di fine di secolo*, Laterza, Roma/Bari, pp. 169-186. Sobre esta expansión de los espacios de la jurisdicción véase también P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 41-43 y 107-126.

jurisdicción se ha convertido en la sede privilegiada del reconocimiento y de la actuación desde abajo de los derechos de la persona, en alternativa a la falta de respuestas políticas desde arriba debido a la ineficiencia de la administración pública, o, lo que es peor, a las lagunas de garantías causadas por el incumplimiento de las funciones de gobierno.

Un cuarto y más evidente factor de expansión tiene que ver con la jurisdicción penal. Consiste en el desarrollo, al que me he referido en el § 4.7, de las diversas formas de criminalidad del poder: los delitos de los poderes ilegales de las organizaciones criminales y, por otra parte, los de los poderes legales, tanto políticos como económicos, frecuentemente en colusión con los primeros; las corrupciones y malversaciones, las devastaciones medioambientales y las grandes bancarrotas; los crímenes contra la humanidad y las múltiples formas de violación de los derechos humanos. Si es verdad que las actuales funciones de la esfera pública, de la garantía de los derechos a las intervenciones de política económica y social, son incomparablemente más numerosas y complejas que las requeridas en el viejo estado liberal, es también cierto que sus espacios de poder y de arbitrio son incomparablemente más amplios y con ello también sus posibles ilegalidades y colusiones con los poderes ilegales. De aquí la expansión del papel de la jurisdicción penal y de la acusación pública y una fuente ulterior de legitimidad de su independencia, por ser evidente que las ilegalidades de los poderes solo pueden ser perseguidas por una jurisdicción independiente de estos y por eso capaz de garantizar también frente a ellos, cuando menos, la efectividad secundaria del derecho penal sustancial.

En fin, hay un quinto orden de expansiones del papel de la jurisdicción, dictado por la lógica del constitucionalismo garantista, que debería ser puesto en práctica —y que lo ha sido en parte en algunos ordenamientos— en múltiples direcciones. En primer lugar, el control jurisdiccional de legitimidad constitucional, como recomendó Kelsen[44], tendría que extenderse también a los actos del gobierno y a los de carácter no legislativo del parlamento. En efecto, pues no se comprende por qué, por ejemplo en Italia, no debería someterse al control de constitucionalidad la participación en la guerra, solemnemente prohibida por el art. 11 de la Constitución. En segundo lugar, el mismo control debería ampliarse de algún modo a las lagunas, es decir, a las violaciones de la Constitución, no por acción sino por omisión[45]. Como he recordado,

44. Cf. H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1998, II, § 10-15, pp. 132-139.

45. Sobre este asunto, véase M. Carbonell (ed.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México D.F., 2003.

es lo previsto en la Constitución portuguesa y en la brasileña. Es evidente que este control halla un límite insuperable en la separación de poderes, que permite la anulación de los actos inválidos y por eso de las antinomias, mas no en cambio de las lagunas, que la jurisdicción solo puede señalar al poder legislativo pero no colmar con la producción de las normas que falten: un límite, por lo demás, que en Brasil se ha sorteado por los ya recordados vínculos presupuestarios, cuya imposición sirve para transformar las posibles lagunas de garantías en antinomias censurables en sede judicial. Por último, la expansión del principio de accionabilidad, de la que hablaré en el próximo parágrafo, ha generado una ampliación de los espacios de la jurisdicción.

Es claro que todas estas expansiones de la jurisdicción, que van bastante más allá de las clásicas funciones de la justicia civil y penal destinada prevalentemente a los comunes ciudadanos, comparten un mismo rasgo. Se han producido gracias a la expansión del modelo garantista del estado de derecho, es decir, de la sujeción al derecho de los poderes públicos y privados y del consiguiente control de legalidad sobre su ejercicio: sobre las leyes constitucionalmente inválidas producidas por el ejercicio ilegítimo del poder legislativo, sobre los ilícitos internacionales de los Estados y de sus funcionarios, sobre los delitos cometidos por los poderosos y, en fin, sobre las violaciones de los derechos por acción o por omisión y sobre las consecuentes demandas de justicia a las que el sistema político y administrativo es incapaz de responder. Además, estas comportan, inevitablemente, opciones interpretativas que han acrecentado la dimensión política de la jurisdicción. En fin, este proceso expansivo está lejos de agotarse. Por el contrario, expresa una tendencia progresiva destinada, como cabe desear, a posteriores desarrollos. En efecto, pues por más que se haya ampliado el conjunto de las garantías y el papel de la jurisdicción siguen siendo francamente inadecuados en relación con las funciones de tutela de los derechos estipulados en las diversas cartas constitucionales y supranacionales. Lo son a escala estatal y lo son sobre todo en el plano internacional, donde existe un vacío de derecho público y de garantías con respecto, de un lado, a los nuevos derechos, y, de otro, a los poderes, no solo políticos, sino también económicos y financieros desarrollados en el mundo globalizado, que el principio de plenitud obliga a colmar.

Ahora bien, es preciso reconocer que de esta expansión de la jurisdicción se ha seguido un enorme crecimiento del poder judicial y de su papel político, lo que genera el riesgo de producir un desequilibrio en las relaciones entre los poderes públicos y exige por eso un reforzamiento de sus condiciones de legitimidad. Ciertamente, el papel de las garantías en que consiste tal poder sirve para excluir, en principio, que haya que temer el llamado gobierno de los jueces. Como escribió Alexander Hamilton: «el judicial [...] no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no

dirige la riqueza», por ello «es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder»[46]. Además, el poder judicial interviene con sus censuras y sus sanciones solamente sobre el ejercicio ilegítimo de los otros poderes, y no sobre su legítimo ejercicio. Es un poder de censura y no de transformación, de conservación y no de innovación. Sin embargo, para que no desborde sus ya extensas competencias interviniendo en los espacios legítimos y no solo en los ilegítimos de la política, es necesario que la jurisdicción, de cualquier tipo o nivel, se limite todo lo posible a la aplicación sustancial de la ley, única fuente de su legitimidad. Y esto precisa cuatro condiciones.

La primera condición se refiere a la concepción misma del constitucionalismo. Precisamente, la creciente expansión del papel y del poder de los jueces requiere hoy una concepción garantista del constitucionalismo que lea los derechos fundamentales no como principios confiados a la ponderación y al activismo judicial, sino como reglas vinculantes, destinadas a la aplicación jurisdiccional a sus violaciones. El modelo principialista de la ponderación, por el contrario, a la vez que rebaja el rigor de la normatividad constitucional, atribuye a la jurisdicción una impropia discrecionalidad, comprometiendo su sujeción a la ley y con ella el fundamento de su independencia. A su vez, como dije en el § 3.9, el activismo judicial promovido por tal modelo corre el riesgo de traducirse en una doble lesión del paradigma del estado de derecho: de un lado en la alteración de la jerarquía de las fuentes, debido a que la ponderación acaba de hecho por resolverse en la elección de los principios constitucionales considerados en cada caso «de mayor peso» que otros; del otro, en la violación de la separación de poderes, a causa del indebido papel creativo de derecho asumido de hecho por la función judicial[47].

La segunda condición consiste en una concepción y en una práctica garantista de la jurisdicción. En el momento en que, gracias al paradigma constitucional, el poder de los jueces se convierte en un poder de control sobre el válido ejercicio de los demás poderes, legitimados sobre todo por la representación política, se hace esencial reclamar para él, junto a la independencia, límites y vínculos rigurosos como condiciones de su misma legitimidad. Esto vale para todas las jurisdicciones, de la constitucional a la ordinaria, y, en particular, para la penal, que no pueden invadir los espacios de competencia de las opciones políticas, sin violar a su vez la separación de poderes. Es absurdo, por ejemplo, que la decisión sobre la

46. A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, *El Federalista*, prólogo y trad. de G. R. Velasco, FCE, México, [2]1957, p. 331.

47. Mauro Barberis habla de una «judicialización de la política» inducida por tal modelo, y del consiguiente «traspaso de poderes normativos de órganos políticos a órganos judiciales» y cita sobre el fenómeno una ya copiosa literatura («Nuovo costituzionalismo, democrazia costituzionale e pluralismo»: *Teoria politica* II [2012], pp. 193-194).

legitimidad del llamado «fondo salva Estados» instituido por el Consejo de Ministros europeo, y, por consiguiente, el futuro del euro y con el de la Unión Europea misma —es decir, una decisión eminentemente política— en septiembre de 2012 fuera atribuida a los ocho jueces del Tribunal Constitucional alemán; que la introducción de un gravamen fiscal del 75 % de las rentas superiores al millón de euros haya sido censurada en Francia por el Consejo Constitucional, por haber sido aplicada a las rentas individuales y no a las familiares; que algunos fiscales, como a menudo ha ocurrido en Italia, violando el principio de estricta legalidad y de taxatividad, traten como delitos opciones o actividades que, aunque discutibles y censurables en el plano político o moral, entran dentro de las competencias de la política o de la administración pública. La separación de poderes debe ser puesta a cubierto de las interferencias del poder político sobre la jurisdicción. Pero debe serlo también de las indebidas interferencias del poder judicial sobre la política. En efecto, pues solo la defensa simultánea de las dos separaciones hará creíble la defensa de una y otra y podrá fundar, junto a una concepción garantista de la jurisdicción, la deontología y la responsabilidad de los magistrados.

La tercera condición es el reforzamiento de las garantías jurisdiccionales, comenzando por el principio de estricta legalidad y taxatividad de las normas como presupuesto de la rígida sujeción de los jueces a la ley y de la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de juicio. La jurisdicción es siempre un saber-poder, y es tanto más legítima cuanto mayor es el saber y cuanto menor es el poder. De aquí, como se ha dicho en el § 5.4, la necesidad de refundar en particular la legalidad penal, poniendo freno a una inflación legislativa que perjudica al mismo tiempo la efectividad del derecho y su rol garantista, mediante la sustitución de la reserva de ley por una reserva de código idónea para asegurar cuando menos la coherencia, la sistematicidad y la cognoscibilidad del derecho penal sustancial. Pero, además, sería necesaria una refundación de la legalidad constitucional, a través de una formulación más precisa de las normas constitucionales y en particular de los derechos fundamentales. En efecto, como se dijo antes, solo hay un modo de limitar el arbitrio judicial y de hacer efectiva la sujeción de los jueces a la voluntad del legislador: que los legisladores, de cualquier nivel, sepan desempeñar su oficio, sometiendo a los jueces a la estricta legalidad a través de la formulación, tan unívoca y precisa como sea posible, de las normas que están llamados a aplicar.

La cuarta condición consiste en el desarrollo de una rigurosa deontología judicial[48]. A fin de legitimar los espacios y los poderes cada vez

48. Véase al respecto el precioso catálogo de deberes de los jueces formulado por P. Andrés Ibáñez en *En torno a la jurisdicción*, cit., pp. 54-58.

más amplios de la jurisdicción, es necesaria, más allá del respeto de la legalidad, una cultura de la jurisdicción basada en una larga serie de reglas morales: la conciencia del carácter siempre imperfecto y relativo de la verdad procesal, probabilista en materia de hechos y opinable en derecho, y por eso de un irreductible margen de ilegitimidad de ese poder «terrible» y «odioso», como lo llamaron Montesquieu y Condorcet, que es el poder judicial[49]; el consiguiente hábito de la duda, el rechazo de toda arrogancia cognoscitiva, la prudencia del juicio —de aquí el bello nombre de «jurisprudencia»— como estilo moral e intelectual de la práctica jurídica; la disposición, tanto de los jueces como de los fiscales, a escuchar todas las razones que se les opongan, según el modelo de proceso que Beccaria llamó «informativo», en oposición al que en cambio denominó «ofensivo», en el que «el juez se convierte en enemigo del reo» y «no indaga la verdad del hecho sino que busca el delito en el preso, insidiándolo, y cree perder si no lo encuentra, y frustrada la infalibilidad que el hombre se arroga en todas las cosas»[50]; el respeto de las partes en la causa, incluidos los imputados, cualesquiera que sean, y la capacidad de los jueces de obtener no el consenso, sino la confianza en su imparcialidad, en su capacidad de juicio y en su papel de garantes de los derechos: el rechazo de todo activismo y protagonismo judicial y, obviamente, de cualquier uso instrumental del propio rol con fines extrajudiciales. En efecto, si es verdad que la independencia es una condición necesaria de la función de garantía del poder judicial, también lo es, a la inversa, que la sujeción a la ley de tal poder, la honestidad intelectual y la garantía efectiva de los derechos son las condiciones necesarias de la legitimidad de su independencia, amenazada cada vez que un juez o un fiscal cometen un abuso, condenan a un inocente, o violan los derechos de un ciudadano. Solo si el papel de los jueces no se percibe y se juzga como una invasión arbitraria de su libertad o de las competencias de otros poderes, por quienes experimentan su juicio, estos defenderán su independencia y su legitimidad como necesaria garantía de los propios derechos.

49. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., Segunda parte, lib. XI, cap. VI, p. 152: «el poder de juzgar, tan terrible para los hombres»; M. Condorcet, *Idées sur le despotisme* (1789), en *Œuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, t. IX, p. 155: «El despotismo de los tribunales es el más odioso de todos»: este puede ser evitado, añade Condorcet, solo «si los jueces están estrictamente obligados a seguir la letra de la ley» (*ibid.*, p. 156), ya que «hay *despotismo* siempre que los hombres tienen dueños, es decir, están sometidos a la voluntad arbitraria de otros hombres» (*ibid.*, p. 147).

50. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XVII, pp. 175 y 177. «De la indiferencia necesaria en los jueces», había hablado también L. A. Muratori, en *Defectos de la jurisprudencia* (1742), trad. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, cap. XII, p. 119.

5.9. *D) El principio de accionabilidad y su extensión más allá del derecho individual de acción. Por un ministerio público de garantía.* Por último, donde quiera que exista una jurisdicción, es necesario que exista la posibilidad de activarla. Este es el cuarto y último principio de nuestro modelo garantista (MG): el *principio de accionabilidad* de los derechos lesionados. En el viejo paradigma del estado de derecho tal garantía estaba asegurada por el ejercicio del derecho de acción: «todos pueden ejercitar una acción en juicio», dice, por ejemplo, el art. 24 de la Constitución italiana, «para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos». Pero es claro que esta garantía, prevista únicamente para los sujetos titulares de los derechos lesionados, refleja el modelo individualista, del proceso civil sobre todo, que es un proceso entre partes tendencialmente iguales, en garantía de derechos patrimoniales singulares o disponibles cuya tutela, también judicial, está librada a la autonomía de las partes. Mientras, en el paradigma constitucional, no es suficiente para asegurar la observancia de los vínculos impuestos a la esfera pública por los derechos sociales, los bienes fundamentales y los intereses colectivos constitucionalmente estipulados. Y si es cierto que cualquier violación jurídica precisa como garantía secundaria la intervención de un juez, también lo es que tal garantía está destinada a ser ineficaz cuando el juez no sea accesible a los sujetos interesados.

De aquí la necesidad de una garantía del acceso a la justicia como derecho universal en un doble sentido, subjetivo y objetivo: como derecho garantizado a todas las personas, incluidos los sujetos más pobres, y en garantía de todos los derechos lesionados, incluidos los derechos fundamentales y en particular los derechos sociales; como derecho a la defensa en el proceso y como derecho de acceso al proceso. También en este aspecto el constitucionalismo latinoamericano propone a la reflexión teórica y política dos relevantes instituciones de garantía, ambas desconocidas en la experiencia europea. La primera es la defensa pública encomendada a un ministerio público de defensa. Esta defensa por obra de un magistrado —ignorada en la experiencia europea, pero no por el pensamiento clásico del liberalismo penal[51]— está hoy prevista,

51. «¿Este empleo [de defensor público] —se pregunta Bentham— es inútil o menos necesario que el de acusador público? ¿No está tan interesada la sociedad en la seguridad de la inocencia como en el castigo del delito? ¿Será por ventura acertado manifestar más precauciones y emplear más medios para el ataque que para la defensa? [...] Por consiguiente, es esencialísimo colocar ostensiblemente al lado del magistrado que persigue el delito, otro que vigile sobre la suerte de la inocencia, no dar al acusador ninguna ventaja de que no participe igualmente el defensor, y separar estos dos ministerios del juez, para dejar a este toda su imparcialidad». También para evitar que «las causas de los pobres se suspend[an] a cada paso por culpa del abogado que nunca estaría dispuesto, porque el tiempo que debe a sus clientes insolventes lo vendería a los que pagan» (*Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, prólogo de E. Dumont, trad. de B. Anduaga Espinosa, Oficina del Estable-

obviamente a solicitud del imputado que no quiera o no pueda valerse de un defensor de confianza, en muchos países de América Latina: de Argentina a Uruguay y a Brasil, de Chile a Perú y a Ecuador, de República Dominicana a Guatemala y a Costa Rica. Se trata de una garantía esencial del derecho de defensa, que en cuanto derecho fundamental debe ser igual y gratuitamente garantizado a todos, y, al mismo tiempo, de la paridad entre acusación y defensa, y así de la efectividad del contradictorio como banco de pruebas de la verdad procesal[52].

La segunda y todavía más importante garantía del acceso de todos a la justicia, según nos hace ver la experiencia latinoamericana, es la pre-

cimiento Central, Madrid, 1843, t. I, cap. XIX, titulado «Del acusador público. Del defensor público», pp. 87-88). Pero ya Filangieri había sostenido que sería «necesaria la institución de un magistrado defensor, y cada provincia debería tener uno o más con respecto a su población. Este magistrado habría de cuidar de defender a los reos que, por razón de su pobreza, no pudiesen ser defendidos por otros, y tendría también obligación de asistir a todos los juicios capitales, aunque el reo no hubiese implorado su auxilio» (*Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, t. III, Quinta parte, cap. XX, pp. 276-277). Francesco Carrara hizo la misma propuesta de la institución de un «*tribunado* de la defensa, constituido como magistratura permanente, destinada a garantizar la libertad civil de los ciudadanos desde el primer momento en que el peligro de un proceso criminal surge contra ellos. Al ministerio público debiera dejársele todo lo que sea preciso para perseguir a los delincuentes, es decir, todos sus poderes actuales; pero enfrente de él debería haber un magistrado que tuviera otros tantos poderes, en el sentido de vigilancia del proceso y de protección de la inocencia. Así las iniciativas del magistrado destinado a acusar, se equilibrarían (si se quisiera) con las iniciativas del magistrado destinado para la defensa. A aquel le tocaría ejercer la acción pública y provocar los arrestos y procesos a cargo del acusado; al segundo le corresponderían las excarcelaciones y las comprobaciones en descargo del reo» (*Programa de derecho criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, Parte general, vol. II, § 867, p. 340).

52. Sobre la defensa pública en América Latina, véase M. F. López Puleio, «Note sul modello di difesa pubblica in Argentina e in Guatemala»: *Questione giustizia* 3 (2001), pp. 547 ss.; Íd., «El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos», en *La aplicación de tratados de derechos humanos en el ámbito local*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007; J. B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 259 y 262. Véase, además, el volumen monográfico sobre la defensa pública de la revista *Pena y estado* 5 (2002), y, en particular, los trabajos de M. F. López Puleio, «Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente», *ibid.*, pp. 26-48 y de S. M. Martínez, «Defensa pública, derecho del pueblo», así como el volumen *La defensa oficial y su impacto en la jurisprudencia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2005; A. Ruiz, «Asumir la vulnerabilidad», en *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, pp. 37-46; L. Ferrajoli, «La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública», *ibid.*, pp. 77-89; C. F. Alves, «Pobreza y derechos humanos: el papel de la defensa pública en la lucha por la erradicación de la pobreza», *ibid.*, pp. 147-166. Para un análisis comparado de los diversos sistemas de defensa gratuita, con particular referencia a Estados Unidos, Francia y Brasil, véase además de C. F. Alves, *Justiça para todos! Assistencia jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*, Lumen Juris Editora, Río de Janeiro, 2006. Cf. también mi trabajo «Il Pubblico ministero di difesa: un'esigenza garantista»: *Questione giustizia* 2 (2011), pp. 7-16.

visión, junto al derecho de acción de los particulares, de un órgano público investido del poder de activar la jurisdicción. Debe, pues, existir un ministerio público en Berlín, como se dijo en el § 2.1, parafraseando el clásico auspicio referido a los jueces pero destinado a permanecer insatisfecho allí donde estos no sean accesibles y no estén llamados a pronunciarse sobre cualquier violación de las leyes y en particular de los derechos de los ciudadanos. Pues bien, este nuevo principio ha sido introducido en la Constitución brasileña, cuyo art. 129 ha ampliado enormemente las competencias del ministerio público, hasta incluir en ella, bastante más allá de las tradicionales funciones acusatorias, la acción judicial para la tutela de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, así como de los intereses públicos y de los bienes de rango constitucional violados por los poderse públicos[53].

Por lo demás, también las funciones acusatorias se han desarrollado históricamente, en nuestra experiencia jurídica, con la afirmación del carácter público de la acción penal, a partir del reconocimiento de la insuficiencia de la acusación privada encomendada únicamente a la parte ofendida, en el originario proceso acusatorio. Dicho de otro modo, el

53. Sobre este último instituto remito a mi trabajo «Per un Pubblico Ministero come istituzione di garanzia»: *Questione giustizia* 1 (2012), pp. 31-43. Sobre la original figura del ministerio público brasileño como órgano de garantía, véase, entre la abundante literatura en la materia: J. A. Vianna Lopes, *Democracia e ciudadania: o novo Ministério Público brasileiro*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2000; P. C. Pinheiro Carneiro, «O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública. Dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos»: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* 2 (julio-diciembre de 1995), pp. 138 ss.; A. Araujo De Souza, «O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática»: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* 15 (enero-junio de 2002), pp. 23-61; F. De Melo-Fournier, «Le parquet brésilien entre sens et contrasens», en C. Lagerzes (ed.), *Les figures du parquet*, PUF, París, 2006, pp. 201 ss.; H. Nigro Mazzilli, *O acesso à justiça e o Ministério Público*, Saraiva, São Paulo, ^{5}2007; E. Garcia, *Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico*, Lumen Juris, Río de Janeiro, ^{3}2007; J. Paulo Dias y R. Ghiringhelli De Azevedo (eds.), *O papel do Ministério Público. Estudo comparado dos países latino-americanos*, Almedina, Coimbra, 2008; C. Chaves, L. Barreto Moreira Alves y N. Rosenvald (eds.), *Temas atuais do Ministério Público. A atuação do* Parquet *nos 20 anos da Constituição federal*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010; «O Ministério Público e as Polícias em uma perspectiva comparada», monográfico de *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público* I/2 (julio-diciembre de 2011); H. Zaneti Jr. y F. Didier Jr., *Curso de Direito Processual. Processo Coletivo*, Jus-Podium, Salvador, 2012, pp. 349-367. Un estudio amplio, sistemático y documentado del papel garantista del ministerio público brasileño puede hallarse en la tesis doctoral de Alexander Araujo de Souza, *Il Pubblico Ministero come istituzione di garanzia e il contrasto alla criminalità organizzata. Limiti e prospettive tra garantismo ed effettività*, de próxima publicación, que pone de relieve, entre otras, las funciones de garantía de intereses públicos y colectivos confiada al ministerio público también en otras constituciones, como la española de 1978 (art. 124), la colombiana de 1991 (art. 277, 3 y 4), la del Paraguay de 1994 (arts. 266-268); la argentina de 1994 (art. 120) y la de Bolivia de 2009 (art. 225).

ministerio fiscal se ha afirmado como órgano público también en garantía del acceso a la justicia de las víctimas de los delitos. Si no existiera un órgano público semejante, la procedibilidad de oficio y la obligatoriedad de la acción penal, ni siquiera el derecho a la vida estaría garantizado, al resultar habitualmente inverosímil que la víctima tenga la fuerza y el coraje de actuar contra el propio agresor. Desde este punto de vista, puede muy bien decirse que la obligatoriedad de la acción penal no es más que un reflejo de la obligatoriedad de la garantía secundaria de los derechos, los bienes y los intereses penalmente tutelados. Pero este es un discurso que puede hacerse no solo para los derechos de libertad y de inmunidad frente a ofensas delictivas, también para los derechos sociales, es decir, para todos los derechos fundamentales, que son todos leyes del más débil, y en cuyo apoyo se requiere la existencia de una institución de garantía secundaria que asegure el acceso a la justicia. En suma, la lógica interna del constitucionalismo garantista que impone la garantía secundaria del acceso a la justicia cuando un contencioso procesal no se da entre iguales, como en el proceso civil, sino entre sujetos desiguales, y por eso requiere que la esfera pública supla la debilidad del titular de un derecho lesionado, que como derecho de todos es de interés público.

Existe otra proyección no menos importante de la función de instar, reclamada por el modelo garantista del constitucionalismo, en actuación del principio de accionabilidad. Tiene que ver de manera específica con la jurisdicción constitucional y, precisamente, con la existencia de órganos públicos independientes legitimados para activarla frente a cualquier violación de las normas constitucionales, y en particular en garantía de los derechos que estas establecen. En esta línea deben recordarse dos importantes propuestas de Hans Kelsen: la de extender tal legitimación no solo a los tribunales, sino también a los órganos administrativos y, en general, a «todas las autoridades públicas que, habiendo de aplicar una norma, tengan dudas sobre su regularidad»[54], la de instituir una fiscalía ante el Tribunal Constitucional, llamado por el «defensor de la Constitución», con el poder de denunciar la ilegitimidad de cualquier acto del parlamento que considere inconstitucional[55].

54. H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la constitución», cit., § 19, p. 146.

55. «Una institución completamente nueva pero que merecería la más seria consideración sería la de un defensor de la Constitución ante el tribunal constitucional que, a semejanza del ministerio público en el proceso penal, debería instar de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad para aquellos actos que estimara irregulares. Va de suyo que el titular de semejante función habría de estar revestido de todas las garantías imaginables de independencia tanto frente al gobierno como frente al Parlamento. Especialmente en lo referente al recurso contra las leyes, sería extremadamente importante conceder asimismo el derecho a presentarlo a una minoría cualificada del Parlamento» (*ibid.*, § 19, p. 147).

Son propuestas que han tenido actuación en diversos ordenamientos. Recuérdense, sobre los muchos sujetos legitimados para activar la justicia constitucional —de las minorías parlamentarias a los órganos del poder ejecutivo, de las instituciones locales a las personas físicas, hasta la figura portuguesa y brasileña de un fiscal ante el Tribunal Constitucional— el art. 93 de la Ley Fundamental alemana, el art. 162 de la Constitución española, el art. 281, 2 de la Constitución portuguesa y el art. 103 de la Constitución brasileña. Se trata de instituciones de garantía que vienen a colmar la sustancial laguna presente en cambio en ordenamientos que, como el italiano, solo prevén el control incidental de constitucionalidad de las leyes instado por un juez en el curso de un proceso. Que es un control parcial e incompleto, por dos razones. En primer lugar, porque de hecho permite que sobreviva, incluso durante muchos años, una ley inválida; tanto más cuando se trata de leyes —piénsese en las leyes electorales, o en las dirigidas contra sujetos débiles como los inmigrantes clandestinos— sobre las que difícilmente podría activarse el control de legitimidad en el curso de un proceso. En segundo lugar, porque, según se ha dicho en el parágrafo precedente, al ser aquel un control de constitucionalidad limitado a las leyes y a los conflictos entre poderes, quedan fuera de su alcance los actos no legislativos, como, por ejemplo, las violaciones del art. 11 de la Constitución italiana, que prohíbe la guerra.

5.10. *El futuro de la política. Un significado ampliado del interés general y de la esfera pública*. Naturalmente, la gravedad de la actual crisis del paradigma constitucional no permite previsiones optimistas. Pero debemos ser conscientes de que en tal crisis no hay nada de natural; y de que la democracia, en sus diversas y complejas formas, dimensiones y niveles, es una construcción artificial, que depende de la política, de las luchas sociales en su apoyo y también del papel crítico y proyectivo de la ciencia jurídica y de la cultura política. En cualquier caso, el paradigma del constitucionalismo garantista obliga a leer las degeneraciones en acto, pero también los retrasos y las lagunas responsables de la inefectividad del proyecto constitucional, como otros tantos signos y factores de ilegitimidad de los sistemas políticos; y a identificar el grado de legitimidad y la medida de la ilegitimidad de un sistema político dotado de constitución rígida, con el grado de efectividad de las garantías de los derechos establecidos en ella y con la medida de sus violaciones, respectivamente. Según se dijo en el § 2.8, el análisis de estos perfiles de ilegitimidad es la tarea más relevante, científica además de civil, que el constitucionalismo garantista encomienda a la ciencia jurídica; y que no puede concebirse ni practicarse como mera contemplación y descripción del derecho existente, según el viejo método técnico-jurídico, sino investida, por la estructura gradual del propio objeto, de un papel crí-

tico de las antinomias y de las lagunas que en él están ligadas a los desniveles normativos, y de un papel proyectivo de las técnicas de garantía idóneas para superarlas o al menos para recurrirlas. Es, pues, evidente que el planeamiento del «derecho que debe ser» es político antes que jurídico. Pero a diferencia de lo que podía decirse en una época preconstitucional, es también, en gran parte, un planeamiento jurídicamente debido, que extrae de los principios constitucionalmente establecidos no solo la propia legitimidad, sino también el fundamento obligatorio de sus contenidos políticos y normativos.

Por otra parte, de tomar en serio las promesas constitucionales estipuladas en las diversas cartas de derechos nacionales y supranacionales, la gravedad de los desafíos dirigidos al derecho y a la razón por los problemas y las emergencias globales puede convertirse en una extraordinaria oportunidad. Precisamente la conciencia del carácter irreversible de la globalización y del peligro de desastres irremediables provocados por los actuales poderes desregulados y salvajes puede generar un sentido nuevo del derecho y del interés general y una concepción universalista del constitucionalismo y de la democracia, fundada en la percepción como vinculantes de la Carta de la ONU y de las diversas cartas internacionales de los derechos como derechos de todos. Puede, en suma, provocar, a escala global, una reafirmación de la razón jurídica y política —de la *artificial reason* invocada por Hobbes en los orígenes del Estado moderno— y la maduración en el sentido común de la idea de la necesidad de un nuevo orden mundial como alternativa a la catástrofe. Se trata, por lo demás, de un proceso de crecimiento civil ya en marcha con los múltiples movimientos de contestación del orden existente —piénsese en las movilizaciones de millones de personas en todo el mundo contra la guerra, en defensa del medio ambiente y de los derechos, para la protección de los bienes comunes, o contra la actual subalternidad de la política a los mercados financieros— que han tomado en serio aquellas cartas, interpretándolas como una embrionaria constitución del mundo y reivindicando, por eso, a escala global, una expansión del paradigma garantista de la democracia constitucional.

Naturalmente, no cabe prever si la expansión de tal paradigma llegará a desarrollarse, o si, en cambio, continuarán prevaleciendo la miopía y la irresponsabilidad de los gobiernos. Pero los problemas globales generados por la necesidad y la urgencia de poner un freno a la destrucción del medio ambiente natural y al crecimiento de las desigualdades están revelando una interdependencia que une a todo el género humano; y están provocando, gracias también a los extraordinarios progresos de la tecnología de las comunicaciones, una refundación de la política a través de la movilización desde abajo y el desarrollo de movimientos transnacionales, en defensa de los derechos de todos y de los bienes co-

munes. Tal creciente integración planetaria es la gran novedad que han originado estos problemas y que permite una nota de optimismo. Por encima de todas las diferencias políticas, religiosas, ideológicas y culturales, más allá de las mismas desigualdades económicas y de tantos conflictos como dividen a la humanidad, los niveles generados de miseria producidos por la incapacidad de la política para gobernar la crisis económica y, más todavía, las amenazas de destrucción del medio ambiente y las demás emergencias globales nos advierten de que hay intereses y bienes vitales y colectivos que ninguna política nacional o neoliberal podrá jamás confiscar o privatizar, comenzando por el planeta Tierra, con sus mares, sus ríos y su atmósfera, que todos compartimos y que deben ser conservados en interés de todos. Los movimientos y las batallas civiles a las que estas amenazas han dado vida a escala planetaria están provocando, en masas crecientes, la maduración de un nuevo sentimiento común de pertenencia al género humano, más allá de las diferencias de nacionalidad, cultura e incluso opiniones políticas.

Por eso tales amenazas no solo son el problema político más grave, que reclama una fuerte recuperación del papel de gobierno de la política y del papel de garantía del derecho, sino que también representan una oportunidad sin precedentes: la posibilidad de refundar la garantía de la paz y de los derechos humanos sobre la necesaria interdependencia mundial generada por ellas mismas y sobre la percepción de la humanidad como única nación o comunidad, cada vez más extendida. Por primera vez en la historia, el desafío global lanzado a la razón por estas amenazas impone una política igualmente global, basada en la cooperación mundial a la que ninguna potencia podrá sustraerse, y sobre un constitucionalismo mundial que deberá ser tomado en serio porque es del interés de todos, ya que está en juego no solo la paz sino la supervivencia misma del género humano. En efecto, el desafío solo será vencido si se crea una esfera pública planetaria a su altura, garante de un interés público general —el interés de toda la humanidad, mucho más amplio que los diversos intereses públicos nacionales o locales— y sustentada por la conciencia del carácter al mismo tiempo vital, universal y común de tal interés.

Sin embargo, para que se produzca un verdadero giro son necesarias dos condiciones. La primera es que el proyecto garantista diseñado por las constituciones se proponga como proyecto político y que, en torno a él, se desarrolle el más amplio consenso, gracias a la fuerza hegemónica que, en el sentido común, alcancen los derechos constitucionales como intereses universales o de todos[56]. Se ha dicho que aquel es

56. Sobre el papel de la hegemonía en la formación de la opinión pública como alternativa democrática a las derivas populistas y, al mismo tiempo, a la actual impotencia y

un proyecto racional, capaz de redefinir y refundar sobre el nexo entre razón, derecho y democracia una perspectiva liberal-socialista, alternativa tanto a las experiencias de los socialismos reales del siglo pasado, clamorosamente fallidas a causa del desprecio por el derecho y por los derechos como límites y vínculos al ejercicio de los poderes políticos, como a la soberanía salvaje de los poderes económicos y financieros a los que las políticas actuales están sometidas. Por eso, su actuación requiere una batalla cultural que sitúe los derechos fundamentales, hoy agredidos por las políticas de rigor e ignorados por las ideologías neoliberales, en el centro de la agenda política, e instituya sus garantías, tanto primarias como secundarias, en las que reside la razón de ser, la que he llamado «razón social» de la democracia constitucional. Para tal fin, no basta el papel, cierto que necesario, de garantía secundaria desempeñado por la jurisdicción, en el que principalmente se apoya el constitucionalismo principialista. La construcción de la democracia diseñada por el constitucionalismo garantista requiere, sobre todo, una rehabilitación del papel de la política, y con ella de la legislación, de las que dependen la introducción y el reforzamiento de las garantías primarias de las diversas clases de derechos constitucionalmente establecidos: en materia de trabajo, derechos sociales y de libertad, de tutela del medio ambiente y de los bienes comunes y hasta de representación política.

La segunda condición de un giro democrático es que la conciencia de la nueva naturaleza y de las nuevas dimensiones del interés público o general se vea acompañada de una energía que solo puede provenir del renacimiento del compromiso político y de una renovada pasión por la política. Esa energía de la política estuvo presente y fue extraordinariamente potente en la Europa de la segunda posguerra, cuando se construyó la democracia constitucional sobre las ruinas de los fascismos y de la guerra más terrible de la historia. Nunca la humanidad había caído tan bajo. En el corazón de Europa, esta se había hundido en el abismo del mal absoluto. Y sobre aquellos escombros la política alta de quienes habían combatido al nazismo refundó la democracia, con los «nunca más» opuestos a aquel trágico pasado por las nuevas constituciones rígidas, por los nuevos actos internacionales sobre los derechos humanos y por la construcción de la unidad europea después de siglos de guerras que culminaron en las dos masacres mundiales. Idéntica energía se manifestó en España luego del final del franquismo y después en América Latina, tras la caída de las dictaduras. Los nuevos pactos constitucionales han sido siempre el producto pero también la fuente de ener-

pérdida del sentido de la responsabilidad de la política, véase, últimamente, G. Preterossi, *La politica negata*, Laterza, Roma/Bari, 2011, pp. 96 ss., que habla de «hegemonía de la constitución».

gía política de las nuevas clases dirigentes. Siempre, en todos los países, la energía necesaria no solo para fundar las nuevas democracias, sino también para promover el desarrollo económico y civil, se extrajo de estos pactos.

Da la impresión de que hoy se sufre, en muchos de nuestros países, una pérdida de memoria. Las constituciones y el constitucionalismo parecen desplazados del horizonte de la política. Y con la memoria se ha perdido también la energía política, cuyo agotamiento es quizá el principal factor de la actual crisis de la democracia. Esta energía, aunque presente en los movimientos sociales de protesta, está hoy ausente de la esfera institucional de la política. Porque esta requiere, como siempre, además de la razón, también la pasión política, actualmente apagada por tantos egoísmos y cinismos, por las diversas formas del indiferentismo (*qualunquismo*) antipolítico, de la desconfianza, los miedos y la desesperación que están deprimiendo el espíritu público. Necesita la que Kant, refiriéndose a las «grandes revoluciones», llamó «una simpatía rayana en el entusiasmo» y que es siempre señal del carácter «desinteresado» y por ello «moral» del compromiso político[57].

Así pues, solo la asunción desinteresada, como criterio de la acción política, de la primacía de los intereses generales estipulados en las constituciones bajo la forma de derechos de todos los seres humanos, y por eso de intereses vitales de toda la humanidad, podría devolver el sentido a la política, rehabilitar su papel de gobierno sobre la economía y volver a encender la pasión, la esperanza y la energía, cuyo agotamiento es, en cambio, el fruto de la prevalencia de los intereses personales o corporativos, ya sean intereses económicos o nacionales, o bien el deseo de poder, o simplemente la vanidad y la vanagloria. Fue Max Weber, un realista, quien hizo ver, como fundamento racional y a la vez moral del compromiso y de la vocación política, este nexo entre «entrega apasionada» y razón, entre «la pasión ardiente y la mesurada frialdad»[58] en el hacer del interés general, incluso en su visión utópica, sin desesperar nunca, el objetivo de la propia vida. «La política —escribió— consiste en una dura y prolongada penetración a través de tenaces resistencias, para la que se requiere, al mismo tiempo, pasión y mesura. Es completamente cierto, y así lo prueba la historia, que en este mundo no se consigue nunca lo posible, si no se intenta lo imposible una y otra vez». Por eso, añadió, los que sienten la pasión del compromiso político «han de armarse desde ahora de esa fortaleza de ánimo que permite soportar la destrucción de

57. I. Kant, «Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en constante progreso hacia lo mejor», § 6, en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, trad. de C. Roldán y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, [3]2006, pp. 87-88.

58. M. Weber, en «La política como vocación», cit., pp. 154 y 155.

todas las esperanzas, si no quieren resultar incapaces de realizar incluso lo que hoy es posible. Solo quien está seguro de no quebrarse cuando, desde su punto de vista, el mundo se muestra demasiado estúpido o demasiado abyecto para lo que él le ofrece; solo quien frente a todo esto es capaz de responder con un 'sin embargo'; solo un hombre construido de esta forma tiene 'vocación' para la política»[59].

59. *Ibid.*, pp. 179-180.

ÍNDICE DE NOMBRES

Abrahán: 106
Adeodato, J. M.: 11
Alchourrón, C. E.: 99
Alexy, R.: 27, 97ss., 109s., 113, 124s.
Allegretti, U.: 162
Alpa, G.: 164, 182
Alves, C. F.: 228
Amato, G.: 141
Anastasia, S.: 65, 197
Andreis, S.: 168, 199
Andrés Ibáñez, P.: 12, 17s., 32, 43, 123, 221, 225
Antígona: 34s., 103
Antonazzi, L.: 12
Araujo de Souza, A.: 12, 229
Aristóteles: 35-38, 106, 123
Arrow, K.: 158
Atienza, M.: 11, 27, 49, 74s., 91, 97, 99s., 103, 109s., 113s., 128
Austin, J.: 23, 50, 101
Azzariti, G.: 117, 121, 178

Baccelli, L.: 86, 91
Barberis, M.: 11s., 17, 24, 28, 92, 112, 122, 224
Bar, Ch. von: 182
Baroin, F.: 138
Barreto Moreira Alves, L.: 229
Beccaria, C.: 32, 107, 196, 226
Becerra, R.: 185
Bellamy, R.: 26, 79
Bentham, J.: 23, 50, 88, 194, 227
Biasco, S.: 138s., 148, 181
Bin, R.: 122s.
Birocchi, I.: 17
Blinder, A.: 158
Bobbio, N.: 23, 25s., 36, 38, 40, 46, 49s., 58, 66, 84, 88, 90, 123, 139s., 173
Bonacchi, G.: 159
Bongiovanni, G.: 24, 102
Borgna, P.: 139
Botsch, A.: 181
Bottici, C.: 21
Bovero, M.: 36, 38, 72, 91, 173
Bronzini, G.: 201
Buffet, W.: 143
Bull, H.: 172s.
Bulygin, E.: 26, 99

Calamandrei, P.: 32, 173
Carbonell, M.: 24, 26, 36, 70, 72s., 75, 84, 222
Carlini, R.: 181
Carnelutti, F.: 123
Carrara, F.: 228
Cascini, F.: 195
Cassese, S.: 137, 142, 163s.
Cassirer, E.: 21
Catania, A.: 100
Cazzaniga, G. M.: 159
Celano, B.: 99
Chaves, C.: 229
Chiassoni, P.: 11, 125, 131
Cicerón: 159s.

Clinton, B.: 142
Cogliandro, G.: 33
Coke, E.: 123
Colón, C.: 105
Comanducci, P.: 11, 24s., 27s., 47, 75, 84
Comito, V.: 199
Condorcet, J.-A. de: 226
Constant, B.: 63
Copetti Neto, A.: 11
Correggia, M.: 167
Costa, P.: 21, 31, 112
Coturri, G.: 187
Creonte: 34

D'Andrea, S.: 142
De Villiers, M.: 216
Del Bo, C.: 202
Del Grande, G.: 165
Della Casa, F.: 197
Delmas-Marty, M.: 182
Delors, J.: 142
Dentico, N.: 167
Di Lucia, P.: 17, 65, 75, 86, 127
Diamond, P.: 158
Díaz, E.: 31
Dicey, A. V.: 33
Diciotti, E.: 27s., 97
Didier, F.: 229
Dogliani, M.: 25
Dumont, E.: 227
Dworkin, R.: 27s., 97, 99, 108s., 112, 118

Effer, T.: 12

Ferrajoli, C. F.: 12, 152
Ferrajoli, L.: 11, 17, 24, 36, 43, 49, 65, 70, 75, 82, 86, 97, 103s., 110, 113, 120, 125, 127, 129, 188, 190, 198, 228
Ferrara, A.: 26
Ferrara, G.: 117s., 159
Ferrarese, M. R.: 137, 162
Filangieri, G.: 88, 194, 228
Fioravanti, M.: 17, 21, 24s., 112
Fontana, G.: 131
Friedman, M.: 138

Gallino, L.: 138s., 142, 146ss., 167, 181, 216
Garcia, E.: 229
García Figueroa, A.: 11, 28, 125
García Jaramillo, L.: 26
García Máynez, E.: 22, 58
Gavazzi, G.: 66
Gayo: 18
Ghiringhelli De Azevedo, R.: 229
Gianformaggio, L.: 27, 100
Giordano, V.: 26, 99
Gozzi, G.: 162, 178
Grande, G.: 158, 197
Grasso, G.: 182
Greppi, A.: 11, 36, 43, 70
Grimm, P.: 159
Guarino, G.: 157ss.
Guastini, R.: 27s., 47, 70, 72, 74s., 84, 99s., 112, 125, 128

Habermas, J.: 97ss.
Hamilton, A.: 223s.
Hardt, M.: 211
Hart, H. L. A.: 23, 90, 100ss., 130
Hegel, G. W. F.: 123
Hierro, L. L.: 11, 75, 82
Hobbes, T.: 19, 52, 107, 123, 163, 168s., 198, 232

Ippolito, D.: 12, 41, 67, 112
Irti, N.: 141ss., 156
Isaac: 106

Jay, J.: 224
Johnson, L.: 207
Jori, M.: 100
Justiniano: 209

Kant, I.: 37-41, 119, 235
Karam Trindade, A.: 11, 24, 129
Kelsen, H.: 22s., 31, 36, 39s., 46-50, 58, 69-72, 84, 90, 92, 112, 173, 222, 230
Krugman, P.: 146

Lagerzes, C.: 229
Laporta, F.: 11, 35, 74s., 82
La Valle, R.: 12
Lipari, N.: 164
Locke, J.: 52, 163, 201
López Puleio, M. F.: 228
Lora, P. de: 36, 70

Lucarelli, A.: 216
Luciani, M.: 159
Luther, J.: 159
Luzzati, C.: 75, 115

Maddalena, P.: 209
Madison, J.: 224
Maier, J. B. J.: 228
Malem, J.: 113
Maniaci, G.: 28
Mannori, L.: 17
Marciano: 209
Marcon, G.: 181, 199
Marella, M. R.: 202
Marotta, S.: 216
Martins Riccio de Oliveira, F.: 26
Maskin, E.: 158
Mastromartino, F.: 12, 165, 202
Mattei, U.: 211s.
Matteucci, N.: 25
Mazzarese, T.: 24, 26, 28, 91, 126, 213
McIlwain, C. H.: 25
Melo-Fournier, F. de: 229
Mill, J. S.: 102, 119
Mini, F.: 218
Modugno, F.: 97, 115
Molinari, E.: 216
Montesquieu (de Secondat), Ch. L.: 41, 176, 184, 189ss., 226
Morais De Rosa, A.: 11
Moreso, J. J.: 11, 26, 28, 75, 91, 97, 99, 103, 122
Mortati, C.: 118
Muratori, L. A.: 226

Napoleón Bonaparte: 53
Nascia, L.: 199
Nebbia, G.: 216
Negri, A.: 211
Nigro Mazzilli, H.: 229
Nino, C. S.: 97
Nohlen, D.: 185

Offe, C.: 159
Orlando, V. E.: 32
Orozco Henríquez, J.: 113, 185

Pace, A.: 28, 62, 80, 117, 121
Pagano, M.: 112
Paine, T.: 63
Palazzo, A.: 117
Palombarini, G.: 197
Palombella, G.: 33, 174
Paolicelli, M.: 199
Parijs, P. van: 202
Parolari, P.: 213
Paula Oliveira, M. L. de: 26
Paulo Dias, J.: 229
Pazé, V.: 38, 41, 138
Pennacchi, L.: 147, 158, 181
Perelman, Ch.: 123
Petrella, R.: 216
Pianta, M.: 146, 148, 181, 199
Picado, S.: 185
Pinheiro Carneiro, P. C.: 229
Pino, P.: 11s., 28, 35, 114s., 130s.
Pintore, A.: 26s., 36, 79, 91, 99
Pisauro, G.: 158
Pizzigati, S.: 207
Pizzorusso, A.: 130
Platón: 35, 37s., 106, 209
Pogge, T.: 164
Popper, K.: 36
Portalis, J.-E.-M.: 144
Portinaro, P. P.: 159
Pozzolo, S.: 24
Preterossi, G.: 234
Prieto Sanchís, L.: 11, 17, 23, 26ss., 100, 108
Protágoras: 37
Pureza, J. M.: 217

Quaresma, R.: 26

Radbruch, G.: 98
Reagan, R.: 207
Rebuffa, G.: 24
Redondo, M. C.: 11, 26, 78s., 97
Regla, J. A.: 11, 35
Renoldi, C.: 197
Rentería Díaz, A.: 127
Revelli, M.: 148
Rita, G. de: 161
Ródenas, Á.: 11
Rodotà, S.: 144, 162, 181, 201, 221
Romagnoli, E.: 159
Roosevelt, F. D.: 142, 207
Rosenvald, N.: 229
Ross, A.: 90

Rousseau, J.-J.: 36ss., 40
Ruffolo, G.: 146, 148
Ruiz, A.: 228
Ruiz Manero, J.: 11, 27, 46, 49, 69, 104, 109s., 113, 120, 125
Ruiz Miguel, A.: 11, 17s., 36, 58, 84, 103, 123

Salazar Ugarte, P.: 11, 36, 70, 72, 75, 84, 185
Salvi, G.: 197
Santi, R.: 19
Sarkozy, N.: 138
Sartori, G.: 31, 36
Sastre Ariza, S.: 100
Schiattarella, R.: 12, 139
Schmitter, P. C.: 159
Schultze, Ch.: 158
Schumpeter, J. A.: 36
Senese, S.: 12, 112
Sharpe, W.: 158
Shiva, V.: 208, 216
Sieyès, E.-J.: 63
Smith, A.: 52, 209s.
Sommario, E.: 195
Sordi, B.: 17, 112
Spina, S.: 12
Spuntarelli, S.: 156
Stiglitz, J. E.: 146, 181
Strapazzon, C. L.: 11
Streck, L. L.: 11, 24, 28, 129
Sulejmanovic, I.: 195
Sylos Labini, S.: 146, 148

Tarello, G.: 18, 128
Tocqueville, A. de: 201
Tognoni, G.: 167
Tomaz de Oliveira, R.: 11
Trampus, A.: 41
Trimarchi, P.: 122
Troper, M.: 24s.
Tyson, L.: 158

Ulpiano, D.: 18
Urquhardt de Cademartori, S.: 11

Vázquez, R.: 113
Velluzzi, V.: 27
Vianna Lopes, J. A.: 229
Vitale, E.: 91, 212

Waldron, J.: 26, 36, 38, 79
Watt, A.: 181
Weber, M.: 188, 235
Woldenberg, H.: 185

Zagrebelsky, G.: 21, 25, 27, 97, 99, 109s., 122, 159
Zaneti, H.: 12, 229
Zolo, D.: 31, 70, 91, 173, 216
Zoppini, A.: 164
Zovatto, D.: 185

ÍNDICE DE MATERIAS

acceso a la justicia: 60, 227-230
acto constituyente: 78s.
agua: 166s., 209, 211, 215s.
aire: 167, 209ss., 215
alimentos básicos: 166, 210, 212
antinomias
— aparentes: 66s. y n. 10
— estructurales o reales: 12, 20, 29, 51, 57s., 61, 65ss., 72, 83, 86, 112, 135, 175, 223
  — como vicios o violaciones por acción: 20, 29, 65ss.
    — que la cultura jurídica y política debe reconocer: 83, 86-89, 231s.
  — reparables en sede jurisdiccional mediante la anulación o inaplicación de las normas inválidas: 66, 68s.
antiobjetivismo ético: 103, 106
argumentación: 27, 89, 103-107, 111, 115, 119s., 124 n. 59, 126ss.
armas: 167s., 198s.
— como bienes ilícitos: 175, 198s.
— derecho a llevarlas según la Constitución estadounidense: 91 n. 45, 93
auctoritas non veritas facit legem: 19 y n. 5, 23 n. 9, 130
avaloratividad de la ciencia jurídica (*v.* ciencia jurídica)

bienes
— artificiales: 207s.
— fundamentales o vitales: 59, 194, 207-219
  — como cosas: 213 y n. 36
  — como objeto de derechos fundamentales indisponibles: 213-216
  — comunes: 208-219
    — crítica de su concepción comunitaria y expansiva: 211ss.
    — garantizados como bienes demaniales constitucionales, locales o globales: 217
    — privatizados o devastados en ausencia de garantías: 138s., 143, 149, 167, 180, 209s.
  — personalísimos: 213s.
  — que requieren la garantía de la constitucionalización: 175, 215s.
    — en ausencia de la cual corren el riesgo de la privatización: 210
  — sociales: 213-216
— ilícitos: 198s.
— naturales: 167, 208s.
— patrimoniales o mercancías: 210, 213
  — como objeto de derechos patrimoniales disponibles: 213
— valor de uso y valor de cambio de los –: 209s.

cadena perpetua: 196
cambio/s de paradigma del derecho
— primer –, con el estado legislativo: 21, 30, 34s., 57, 171, 220

— segundo –, con el estado constitucional: 21, 30, 34s., 44s., 51, 56ss., 74-90, 171, 220s.
— tercer –, con el constitucionalismo global y la legalidad supraestatal: 22, 171-221
capitalismo
— y democracia: 147s., 171
— y ecología: 167, 171, 208ss.
cárcel/es
— hacinamiento en las –: 195s.
— y *numerus clausus*: 196
— suicidios en –: 195 y n. 17
catástrofe/s: 166-169, 171, 174s., 219, 232 (*v. tb.* emergencias planetarias)
ciencia económica: 138s.
ciencia jurídica (*v. tb.* teoría del derecho)
— avalorratividad de la –: 12, 49s., 84s., 88
— externa, como valor constitutivo de la investigación científica: 85
— interna, excluida por los desniveles normativos en el paradigma constitucional: 85s.
— por qué razones no puede serlo la teoría del derecho: 85
— cambios producidos por el paradigma constitucional: 75ss., 86
— en el papel militante en defensa de los derechos atribuido a la cultura jurídica: 88ss.
— en la teoría del derecho, cuya lógica es normativa en relación con el derecho: 86s.
— en las disciplinas positivas: papel crítico y proyectivo: 20, 50, 83s., 87ss., 231s.
— nexos entre –, filosofía política y sociología: 89
cognoscitivismo ético: 100, 102-108
coherencia (de los significados prescriptivos): 18, 20, 34, 43ss., 47, 51, 58, 61, 76, 77 n. 24, 85ss., 94, 96, 193
competencia
— entre ordenamientos: 164
— libre: 141, 145, 198
conexión entre derecho y moral (*v.* derecho y moral)
conflictos de intereses: 136, 140, 145, 151, 184, 185 n. 7, 187
conflictos entre principios o entre derechos: 119-123
— en abstracto: como límites impuestos por algunos al ejercicio de otros: 119ss.
— en concreto: resolubles mediante ponderación equitativa de las circunstancias de hecho del caso concreto: 119ss.
conformidad (de las formas de los actos prescriptivos): 20s., 43ss., 51, 58, 77 y n. 24, 192
constitución/es
— como pacto sobre la esfera de lo indecidible y limitación de todo poder: 78s.
— económica: 140-143
— embrionaria del mundo: 162s., 172s., 192
— legitimadas no por ser queridas por todos sino por garantizar a todos: 107, 172
— normatividad fuerte de la – (*v.* constitucionalismo garantista)
— reformas de la – italiana: 151s.
— rígidas (*v.* rigidez de las constituciones)
constitucionalismo
— como filosofía jurídica del estado constitucional: 20
— como modelo normativo de ordenamiento: 10, 28s., 135
— como pleno desarrollo
— del estado de derecho: 10, 19, 30s., 177
— del positivismo jurídico: 10, 30, 35
— del proceso de secularización: 82
— como sistema de límites y vínculos sustanciales a la legislación: 30, 61, 74
— crisis actual del –: 11, 22, 61, 135-170
— cuestiones terminológicas: 24-29
— de derecho privado: 177-183, 197
— de tercera generación: 205s.
— diversas concepciones del –: 10ss., 22-30, 224
— ético: 100
— expansiones del –: 11 (*v. tb.* garantismo)
— futuro del –: 22, 61, 171-231
— global o supranacional: 171-183, 219, 233

— al que se oponen dificultades de carácter exclusivamente político, no teórico: 172
— que requiere funciones e instituciones de garantía más que de gobierno: 179s.
— iusnaturalista: 27s.
— iuspositivista, 15, 27s.
— jurídico: 26, 32
— político: 26, 82
— profundo del Estado moderno: 144, 184
— rígido: 43, 51, 56ss., 72, 74, 78 y n. 25, 81s., 90, 174s.
— y democracia: 32s.
constitucionalismo garantista o neopositivista: 10, 22s., 28s., 56-95, 100, 108, 115, 132, 173-176, 231 (*v. tb.* garantismo)
— como modelo teórico: 10, 17-95
— como paradigma formal (*v.* formal, como predicado metateórico)
— como proyecto político: 11, 169s., 171-236
— cuya actuación es una obligación del legislador: 173
— de garantía, refundación y expansión de la democracia: 74, 79s.
— cuatro principios o postulados del – en el modelo MG: 56-61, 166, 191-231
— principio de accionabilidad: 60s., 227-231
— principio de jurisdiccionalidad: 59, 219-226
— principio de legalidad, mera y estricta: 57s., 191-194 (*v. tb.* legalidad)
— principio de plenitud: 58s., 194-219 (*v. tb.* plenitud)
— normatividad fuerte del –: 23, 28, 72, 113, 115, 170
— nueve cambios con respecto al paradigma páleo-positivista: 74-95
— A) tres relativos al derecho: 75-79
— B) tres relativos a la democracia: 79-83
— C) tres relativos a la ciencia jurídica: 83-90
— que concibe los derechos fundamentales como principios regulativos, objeto de aplicación a sus violaciones: 111-119
— y rigidez constitucional: 63s., 72 (*v. tb.* rigidez)
— y separación de poderes (*v.* separación de poderes)
constitucionalismo páleo-positivista: 10, 22, 74-95 (*v. tb.* constitucionalismo garantista);
constitucionalismo principialista o postpositivista: 10, 22, 28, 55, 64s., 96-124, 175
— convergencias del – con el realismo y con el neopandectismo: 132
— implicaciones prácticas: 12s., 118
— debilita la normatividad de las constituciones: 118, 132, 224
— invierte la jerarquía de las fuentes: 118, 132, 224
— mina la separación de poderes y la sujeción de los jueces a las leyes: 118, 126, 129, 132, 224
— normatividad débil de los derechos fundamentales en el –: 28, 125 n. 62
— que concibe los derechos fundamentales
— como normas programáticas o mandatos de optimización: 113
— como principios objeto de ponderación: 96s., 108-123, 129
control de constitucionalidad de las leyes: 32, 68s., 79
— concentrado, a través de la anulación de la ley inválida: 69
— activado de oficio por un fiscal: 230
— sobre cuestión planteada en el curso de un juicio: 69, 231
— difuso, mediante la inaplicación de la ley inválida: 69
— por omisión: 73, 112 n. 26, 222s.
corrupción: 140, 151, 169, 184s., 222
criminalidad: 168s., 196, 198-200, 222
crisis económica: 135-170
cultura jurídica: 12s., 83-90

deconstitucionalización: 136s., 149-165

— de los ordenamientos estatales: 149-156
— del ordenamiento europeo: 156-162
— del ordenamiento internacional: 162-165
demagogia: 38, 166, 186
democracia
— aporías y falacias de las concepciones solo formales o políticas de la –: 17, 35-41, 46-51
— basada en la igualdad en los derechos fundamentales: 80, 169
— como construcción artificial: 12s., 63, 74, 175, 231, 234
— constitucional: 17-55
  — acto constituyente de la –: 78s., 81
  — como sistema de límites y vínculos: 10, 42-45, 62, 74, 79s.
  — crisis de la –: 11, 135-170, 171 (*v. tb.* deconstitucionalización)
    — razones de la –: 136-143
  — dos dimensiones, formal y sustancial: 35, 42s., 44s.
  — formal: 35s., 42, 51, 136
    — civil: 52, 54
    — política: 35-42, 52s., 63s., 81
      — aporías de la – anclada en el corto plazo y en espacios restringidos: 175s., 219
      — crisis de la –: 42, 136s., 143-149
        — de la representación: 143, 150
        — del estado de derecho: 144
        — del Estado moderno: 144s.
      — fundamentos axiológicos de la –: 38, 41
      — refundación de la –: 177-191
    — relativa al 'quién' y al 'cómo' de las decisiones: 34, 44, 51s.
  — sustancial o garantista: 9, 42-45, 51, 79, 136, 149-165
    — crisis de la – causada por la crisis de la democracia política: 136s., 149-154
    — liberal: 54s., 94
    — refundación de la –: 191-231
    — relativa al 'qué' de las decisiones: 34, 44s., 51, 53
    — social: 54s., 94
— en la historia del pensamiento político: 41, 106
— futuro de la –: 22, 61, 171-236
— isomorfismo ente condiciones de la democracia y de la validez: 44-47, 50, 77
— modelo cuatridimensional de la –: política, civil, liberal, social: 51-55, 183, 194
— nexo entre – y positivismo jurídico: 32-35
— significado profundo de la –: 82s.
deontología judicial: 225s.
derecho
— crisis de la capacidad regulativa del –: 155s., 162s., 166, 174, 192s.
— separación entre – y moral (*v.* derecho y moral)
— tres modelos: 20s. (*v. tb.* cambios de paradigma del –)
derecho a emigrar: 165
— teorizado por Locke como garantía del empleo: 201 y n. 26
derecho a una renta mínima garantizada (*v.* renta mínima garantizada)
derecho de acción: 60
derecho de defensa: 227s.
derecho de propiedad (*v.* propiedad)
derecho ilegítimo: 60, 72, 75-79, 83, 174s.
— como contradicción en los términos, según Kelsen: 47ss.
— como rasgo distintivo del estado constitucional: 45ss., 76s.
  — mayor defecto y mayor mérito del estado constitucional: 47, 83, 135
derecho natural: 34
derecho penal: 29, 155, 193, 222
— mínimo: 194
— reserva de código en materia de –: 193
derecho positivo: 34s.
derecho vigente: 19s., 35, 72, 118, 125-129, 130, 132
derecho viviente: 125-129, 130, 132
derecho y moral

— conexión entre –: 10, 18, 25, 95, 96-99, 101-104
  — qué no significa: 97s.
  — qué significa: 98-100 (*v. tb.* objetivismo moral)
— separación entre –: 10, 19, 35, 96-99, 101-104
  — en garantía de la laicidad de uno y otra: 102
  — en sentido asertivo, corolario del principio de legalidad: 96s., 100s.
  — en sentido prescriptivo, como corolario liberal del principio de laicidad: 101
    — y rechazo del legalismo ético: 101
    — y rechazo del moralismo jurídico: 102
derechos civiles o de autonomía privada
— como derechos-poder: 52s., 121, 144, 177s., 184
  — cuyo ejercicio está a un nivel inferior al de la ley y por eso requiere límites y garantías: 52s., 120s., 197
— confusión liberal de los – con los derechos de libertad: 52s., 138, 144, 172, 197s.
derechos de autonomía (*v.* derechos civiles)
derechos de libertad: 9, 20, 29, 36, 44, 51-55, 64, 194-199
— como expectativas de no lesión a la que corresponden prohibiciones: 29, 54, 94, 113
— distintos de los derechos civiles de autonomía y de los derechos reales: 52ss.
— garantías primarias de los –: 194-199
— y garantismo penal: 29
derechos fundamentales
— ambivalencia doble
  — a1) como derechos de todos si considerados *ex parte populi*: 63, 75, 113s.
  — a2) como reglas sobre los poderes si considerados *ex parte principis*: 63, 75s., 114
  — b1) como principios o argumentos, en sede de interpretación: 115, 117, 126
  — b2) como reglas, en sede de aplicación a sus violaciones: 114
— como base de la igualdad: 80, 91, 169
— como derechos de todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar: 51s. n. 62, 213
— como expectativas de forma universal: 58, 62, 80, 94-95, 111, 114
  — que prescriben garantías mediante leyes de actuación: 58, 70, 72, 173
— como fragmentos de la soberanía popular: 79ss.
— como fundamentos axiológicos de las democracias constitucionales: 21s., 81s., 160
— como leyes del más débil: 82, 230
— como límites y vínculos a los poderes: 21, 36, 45, 51, 53s., 75-80, 113, 162, 172, 220
— como normas sustanciales sobre la producción: 44s., 54s., 75, 80, 96, 112
— como poderes o contrapoderes: 81
— como reglas o principios regulativos: 96, 110s.
— concebidos por el constitucionalismo principialista como principios objeto de ponderación: 27s., 108, 117
— conflictos entre – (*v.* principios, conflictos entre –)
— de los trabajadores: 143, 149, 160, 153s.
— legitimados no por ser queridos por todos sino por garantizar a todos: 107, 172
— noción teórica solo formal, extraña a la teoría del derecho tradicional: 90-95
— normatividad fuerte de los –: 28, 113ss., 170
— primarios: 22 n. 8, 51s. n. 62, 54
— se distinguen cuatro clases —políticos, civiles, de libertad y sociales— sobre los que se fundan otras tantas dimensiones de la democracia: 45-49, 57, 77, 195, 207, 229
— secundarios: 22 n. 8, 51s. n. 62, 54
derechos patrimoniales: 71, 73, 90, 213s.
derechos políticos: 21, 40ss., 51-55, 64
derechos sociales: 9, 20, 44, 51-55, 64, 154ss., 199-207

— a la educación: 154s., 199, 204
— a la salud: 154s., 199, 204
— a la subsistencia, como hecho cada vez más artificial: 200ss., 208
— carentes de garantías en el derecho internacional: 199
— como expectativas positivas de prestación: 94, 113
— como inversiones productivas primarias: 155, 200
— costes de los – y costes de la falta de garantía de los –: 200
— extraños al *rule of law*: 175
— garantías de los – introducidas por leyes de actuación: 58s., 199-207
  — requeridas por el carácter cada vez más social y artificial y menos natural de la subsistencia: 200s., 208
— restricciones y recortes de los –: 143, 149, 151, 153ss., 200
— y garantías, cuya introducción es obligatoria: 69-74
derechos subjetivos
— como expectativas de prestación o de no lesión: 30, 51s. n. 62, 54, 62, 73
  — a las que corresponden como garantías prohibiciones u obligaciones: 73
— reflejos, según Kelsen, de las obligaciones o de las prohibiciones correspondientes: 70s.
desempleo creciente y estructural: 201ss.
desigualdad
— como factor de crisis económica y social: 146s.
— crecimiento de la –: 146s., 154, 164s., 169
diálogo entre los tribunales: 175
directivas (*v*. principios directivos)
divergencia deóntica entre deber ser constitucional y ser legislativo del derecho: 19s., 50s., 65, 76, 83, 85ss., 132, 135, 173s.
domestic analogy: 172
droga: 196

efectividad: 30, 60ss.
— asegurada por las garantías: 59, 62, 69
— primaria y secundaria: 56s. n. 1, 222
elecciones
— e instituciones electorales de garantía: 184s., 188s.
— leyes y sistemas electorales: 41s., 151s.
  — como garantías de los derechos políticos: 42
  — mayoritarios: 151
  — proporcionales: 151s., 188
emergencia/s
— legislación y jurisdicción penal de –: 29, 68
— planetarias o catástrofes: 165-170, 171, 175, 178, 180, 199, 219, 232s.
  — ambiental: 167s., 208s., 216-219
  — criminal: 169
  — democrática: 166
  — humanitaria: 166s., 199s., 208
  — nuclear: 167s., 218
energía política: 234ss.
enfoque garantista (*v*. garantismo)
equidad: 121-124
esfera de lo decidible: 54, 73, 189
esfera de lo no decidible: 9, 20s., 44, 53s., 62, 64, 78, 83, 94, 113, 116, 136, 189
Estado
— como esfera pública separada, heterónoma y supraordenada a las esferas privadas: 144s.
— como monopolio de la producción jurídica: 21
— crisis del –: 25, 140ss., 144s.
— fundamento axiológico
  — en entidades metafísicas en el modelo del estado legislativo: 21, 81s.
  — en la garantía de los derechos en el estado constitucional: 22, 75, 81ss., 200, 220
— jurisdiccional, legislativo, constitucional: 17-22
— y mercado: 137
estado de derecho
— constitucional: 17 y n. 1, 21s., 29, 31s., 35, 50, 56-61, 81ss., 86, 93s., 190s., 220
  — caracterizado por la divergencia, defecto o mérito, entre constitución y ley: 83, 86, 135

— caracterizado por límites y vínculos sustanciales al poder legislativo: 93s.
— como estado instrumento de la garantía de los derechos fundamentales: 83
— crisis del –: 135ss., 144ss., 155s., 171, 224
— expansión del modelo del – (*v.* garantismo)
— futuro del –: 22, 171-236
— legislativo: 17 y n. 1, 21, 25s., 35, 43, 45s., 51, 64, 76, 82, 220
— que admite solo límites políticos o externos: 43
— y jurisdicción: 219
— y *rule of law*: 31-33
estado de naturaleza: 93, 163, 168
— nuclear: 168
— primitivo: 93
estado social: 136, 149, 155, 169, 190s., 200, 205s.
Europa
— constitucionalización de la Unión Europea: 180s.
— crisis de la Unión: 146-149, 156-162
— por una Asamblea constituyente europea: 182
— unificación legislativa: 182s.
expectativas
— a las que corresponden prohibiciones u obligaciones: 54, 62s., 87, 111 y n. 24
— como figuras deónticas pasivas en las que consisten los derechos: 29, 58s., 60ss., 173
— negativas o inmunidades, en las que consisten los derechos de libertad: 54, 94, 111, 114
— positivas, en las que consisten los derechos sociales: 54, 56s. n. 1, 94, 111, 114
— universales, en las que consisten los derechos fundamentales: 63

fármacos salvavidas: 164, 167, 175, 212-215
finanzas
— desregulación de las – y crisis de la democracia: 136-139
— poderes de las –, hoy dominantes sobre los poderes políticos: 11, 42, 136-149, 162
Fiscal Compact: 157ss.
fisco
— evasión fiscal: 140
— paraísos fiscales: 179, 207
— por la tasa Tobin y por un – europeo y supranacional: 161, 179ss.
— por una progresividad efectiva: 203, 206s., 225
formal
— como predicado metateórico de teoría del derecho y de modelo o paradigma teórico: 32, 35 y n. 30, 43, 45 y n. 52, 57, 84s. y n. 35, 90-95, 171ss., 174
— no equivalente a 'avalorativo': 84s.
— como término teórico conectado a 'forma', en expresiones como 'validez formal', 'democracia formal' y similares: 32 n. 26, 45 n. 52, 84s. y n. 35, 94 y *passim*
funciones e instituciones públicas
— de garantía: 136, 160, 164, 174, 180s., 189 y n. 12, 190
— administrativas de garantía primaria: 56 n. 1, 58s., 182, 184, 189s., 205
— en el ordenamiento europeo y en el internacional: 179-182
— judiciales de garantía secundaria: 56s. n. 1, 59, 182, 184, 190s., 221
— legitimadas por la aplicación de la ley: 189
— de gobierno: 161s., 179s., 184, 189s. y n. 12, 191, 220
— administrativas: 30
— políticas, legitimadas por la representación política: 189
— separaciones, entre – de garantía y – de gobierno (*v.* separación de los poderes)
fundamentalismos religiosos: 102s., 197

garantía/s: 11, 56 y n. 1, 62, 111, 135
— como condiciones de efectividad de los derechos: 62, 69
— como límites y vínculos impuestos a los poderes: 23
— constitucionales: 62-74
— como garantías de la rigidez o normatividad constitucional: 64s.

— de los bienes fundamentales: 174s., 194, 207-219
— negativas: 64, 67ss., 73, 94
— impuestas por el principio de estricta legalidad: 67
— positivas: 64, 67, 69-74, 94
— impuestas por el principio de plenitud: 69
— primarias: 56s. y n. 1, 59, 62, 65, 67, 70-73
— secundarias o jurisdiccionales: 56s. y n. 1, 59, 62, 65, 67ss., 71ss.
— cuya ausencia genera
— la existencia de lagunas estructurales: 70-74, 135
— la inexistencia de los derechos según la tesis de Kelsen: 70ss., 90
— que contradice el principio de positividad: 71
— que contradice la jerarquía de las fuentes: 72
— cuya introducción está impuesta por la estipulación de los derechos: 173s.
— de los derechos como razón social del artificio institucional: 21, 76, 81s.
— débiles: 73 y n. 20, 205s.
— distintas de los derechos, como obligaciones o prohibiciones correspondientes a los mismos: 30, 56s. n. 1, 62s., 70-74, 110, 111 n. 24
— fuertes: 72s. y n. 20, 76, 206
— grado de efectividad de las –: 135
— noción de –: 56s. n. 1
— penales y procesales: 29, 194ss.
— primarias: 56s. n. 1, 57, 59, 65, 67s., 73, 113, 115, 176, 183
— de los bienes fundamentales: 207-219
— de los derechos de libertad: 194-199
— de los derechos políticos: 184
— de los derechos sociales: 147, 199-207
— secundarias o jurisdiccionales: 56s. n. 1, 59s., 67, 73, 113, 176, 184, 219-226
— como condiciones de efectividad de las garantías primarias: 59
— dos modelos, concentrado y difuso: 68s.
— vacío de – en el ordenamiento internacional: 162s., 177s.
garantismo: 28s., 70
(*v. tb.* constitucionalismo garantista)
— como la cara activa del constitucionalismo: 29s.
— como neologismo: 29
— como sistema de límites y vínculos a todos los poderes: 29s.
— en los usos corrientes en el debate político: 29
— expansión del – en una triple dirección
— en sentido extensional: 177-183
— en sentido intensional: 183-231
— frente a los poderes políticos y, además, frente a los poderes privados: 12, 29, 174, 176s.
— no solo a escala estatal sino también a escala supraestatal: 171, 174-183
— no solo a los derechos de libertad sino a todos los derechos fundamentales: 29, 173, 176
— grado de –: 135, 193, 231
globalización
— como oportunidad: 232-236
— como vacío de derecho público: 162s., 178, 223
gobierno de las leyes: 34, 38, 79, 192
gobierno de los hombres: 22, 42, 45, 78s., 192
guerra: 198, 222, 231
— ilegalidad de la –: 135, 166, 198s., 231

ideología neoliberal: 138s., 144ss., 177, 234
igualdad: 172
— como convención: 106
— sobre el igual valor de las diferencias y sobre el desvalor de las desigualdades: 106, 172
— como factor de unidad política: 159-162, 172
— en los derechos fundamentales: 80, 160, 172
— política: 41
— y democracia: 42, 155, 169
imposición fiscal (*v.* fisco)
información: 197s., 208
— garantías de la independencia de la – y del pluralismo de los medios de –: 197s.

inmigración: 165 (*v. tb.* derecho a emigrar)
instituciones de gobierno e instituciones de garantía (*v.* funciones e instituciones públicas)
intereses públicos
— como criterios de la acción política: 235s.
— globales: 231-236
interpretación
— en la que intervienen opciones ético-políticas: 98
— jurídica, como asociación de significados a signos: 127
— operativa: 124
— semántica o empírica de la teoría del derecho: 43, 86
— sistemática: 89, 124ss.
— teoría de la –: 124 n. 59
isomorfismo
— entre consideraciones de validez de las normas y de legitimidad del poder político: 44s.
— entre derecho y sistema político: 42-45, 51, 77, 94
— entre noción jurídica de validez y noción política de democracia: 44-47, 50, 77
— entre teoría del derecho y teoría política: 43s., 50
iusnaturalismo: 18, 22, 25ss., 50, 100, 106
— como filosofía jurídica del paradigma jurisprudencial: 18

jerarquía de las fuentes: 62s., 66, 118, 129-132
— como estructura lógica: 57
— vuelco de la – por obra
  — de la ponderación de los principios: 118, 126, 129, 132, 224
  — de la subordinación de la política al capital financiero global: 137, 142s., 153s.
  — de la tesis kelseniana de que en ausencia de garantías no existen derechos: 72, 90
  — de la tesis según la cual las sentencias son fuentes vinculantes: 130ss. y nn. 72s.
juicios de valor y verdad: 100s., 102-108
jurisdicción
— como comprobación y saber-poder: 59, 223
— expansión actual de la – correlativa a la del estado de derecho: 219-224
— internacional: 221
— legitimada por la aplicación de la ley: 132
— límites garantistas a la –: 192s., 223ss.
— penal: 29, 222
— subordinada a la ley: 30, 44, 59, 61, 131s. (*v. tb.* separación de poderes)
  — tanto más – cuanto más unívoco es el lenguaje legal: 193s., 225

lagunas
— aparentes: 66
— estructurales o reales: 12, 20, 29, 51, 56s. n. 1, 58, 61, 65ss., 69, 72s., 83, 86, 111s., 135, 175, 180, 195, 221ss., 231s.
  — como vicios o violaciones por omisión: 20, 29
    — que la cultura jurídica y política debe reconocer: 83s., 86-89, 232
  — primarias y secundarias: 56s. n. 1
  — reparables solo en sede legislativa, mediante leyes de actuación, en virtud de la separación de poderes: 66, 72s., 223
  — transformadas en antinomias por la previsión, en la Constitución brasileña, de los vínculos sociales presupuestarios: 223
laicidad: 101s., 106s., 197
legalidad (*v.* principio de legalidad)
— crisis de su capacidad regulativa: 155s.
  — e inflación legislativa: 155s.
  — y desorden del lenguaje legal: 155s., 193s.
— defecto de – y desarrollo de la ilegalidad: 135, 166
— global o supraestatal: 174, 221
— molde de la –: 32, 173
— ordinaria como norma y como hecho: 86
— refundación de la – mediante reserva de código o de ley orgánica: 193s.

— vinculante en cuanto vinculada: 192, 225
— y lenguaje legal: 77, 85s., 127s., 174, 192ss., 225
legalismo ético: 100s.
legislación
— ciencia de la: 88, 193s.
— de actuación, mediante la introducción de las garantías: 29, 58s., 70, 72, 94, 173ss.
— inflación y disfunción de la –: 155s., 192
— principio de economía legislativa: 192
lenguaje legal (*v.* legalidad)
ley de la razón y ley de la voluntad: 34s.
libertad (*v.* derechos de libertad)
lógica en el derecho y en la teoría del derecho: 18, 20, 34, 57s. y n. 2, 60s., 86ss., 174s.

mercado: 54
— leyes del – concebidas como leyes naturales: 138, 149
— poderes del – concebidos como libertades: 138
— sustracción actual del – al derecho y a la política: 22, 144ss., 153s.
— sustracción al – de los derechos y de los bienes fundamentales: 210s., 213, 216s.
— vuelco de la actual relación entre – y Estado: 137-144, 162ss.
  — por el cambio de la constitución económica de los países europeos: 140-143
  — por la asimetría entre capital financiero global y política y derechos estatales: 137s., 176
  — por la hegemonía del pensamiento neoliberal: 138s.
  — por las muchas formas de corrupción y conflictos de intereses: 140
ministerio público
— ante la Corte Constitucional: 229
— brasileño como institución de garantía de los derechos: 206, 229s.
— de defensa: 227s.
— en garantía del acceso de todos a la justicia: 60, 229s.
modelo garantista (*v.* constitucionalismo garantista)
modelos de derecho
— constitucional: 19s., 32s.
  — garantista MG: 28, 44, 55, 56-61, 75s., 113, 132, 166, 176, 182s., 191s., 227
  — principialista: 28, 55, 132
— jurisprudencial: 17s., 132
— legislativo o páleo-positivista: 17ss., 25, 57, 78
modernidad jurídica: 17, 21, 30, 102, 132, 136, 144, 171, 178
moral
— autenticidad de la – en cuanto fruto de la autodeterminación: 102, 105
— como punto de vista externo al derecho positivo: 19, 35, 101
— conexión entre derecho y – (*v.* derecho y moral)
— idea ontológica de que existe *la* moral: 100
— separación entre derecho y – (*v.* derecho y moral)
— y verdad: 103-108
moralismo jurídico: 101.

neoconstitucionalismo: 24ss., 96 (*v. tb.* constitucioalismo; constitucionalismo principialista)
neopandectística: 131
nomodinámica: 19ss., 71s., 87, 100
nomoestática: 18ss., 87
normas
— de reconocimiento: 17-22, 30, 71, 76 n. 23
— existencia de las normas de ley (*v.* vigencia)
— primarias: 56s. n. 1, 57s.
— secundarias: 56s. n. 1, 57s.
— sobre la producción jurídica: 34, 65, 75s.
  — formales: 19s., 33, 43ss., 53, 75s.
  — sustanciales: 33, 43ss., 47, 50, 53s., 75ss., 80, 87, 96, 108, 112s.
— téticas o hipotéticas: 112 n. 27, 116 n. 37

objetivismo ético: 95, 98ss. y nn., 102-108

paradigma constitucional: 22, 30

— como paradigma formal (*v.* formal; constitucionalismo; costitucionalismo garantista)
paradigma garantista (*v.* constitucionalismo garantista; garantismo)
paradigma positivista (*v.* positivismo jurídico)
particularismo jurídico: 18, 163
partidos políticos
— como órganos de la sociedad: 186s.
— crisis y descrédito de los –: 42, 136, 143, 151, 186s.
— financiación de los –: 140, 185s., 188s.
— personales: 151
— reforma de los – a través de una ley que garantice
  — la democracia interna: 188
  — la incompatibilidad entre cargos de partido y cargos institucionales: 187s.
  — la prohibición de financiaciones privadas por parte de entes: 188s. (*v.* separación de poderes)
pasión política: 234ss.
patrimonio común de la humanidad: 216s.
plenitud: 18, 20, 34, 58-61, 85, 86s., 194-199
poder/es
— confusiones y concentraciones de los –: 140, 145, 151
— constituido: 63, 81, 152
— constituyente: 63s., 79, 82, 152
— desplazados fuera de las fronteras de los Estados: 137s., 150, 176, 178s.
— económicos, concebidos como libertades: 138, 172
— margen de ilegitimidad en el estado constitucional: 135
poder judicial
— expansión del –: 65, 219-226
  — condiciones de legitimidad: 223-226
— independencia del – (*v.* separación de poderes)
poderes privados y financieros
  — cuya subalternidad a los poderes políticos forma parte del constitucionalismo profundo del Estado moderno: 144, 184
— hoy en una relación de dominio sobre los poderes políticos: 11, 22, 43, 136-149, 154, debida
  — a las ideologías y a las políticas neoliberales: 138s.
  — a los conflictos de intereses y a la corrupción: 140
  — al cambio en sentido neoliberal de la constitución económica: 140ss.
  — al carácter local de los primeros y global de los segundos: 137ss., 150, 175s.
— sometidos a límites y vínculos constitucionales de contenido: 9s., 23, 29s., 53, 57, 62, 74, 76
poderes salvajes: 53, 89, 139, 146, 166, 168, 232
política
— cometidos de la –: 11, 73, 172-175, 232s.
— crisis de la –: 136-143, 169, 219
  — como impotencia frente a los mercados: 136-146, 150, 162, 166, 169s., 180, 184
    — que se manifiesta en políticas antisociales: 146-151, 154, 156s., 159-162, 179s.
    — y en su transformación en tecnocracia: 138s.
  — como omnipotencia frente a los derechos: 136, 149-156
    — exigida por su impotencia y subalternidad a los mercados: 136s., 150, 191
    — sostenida por la ideología de la omnipotencia de la mayoría: 150s.
  — vinculada, en democracia, al corto plazo y a espacios restringidos: 137, 175s., 219
— futuro de la –: 177, 231-236
— legitimada por la atención y por la pasión por los intereses generales: 169, 235s.
— moderna: 21, 169
— papel de gobierno de la –: 11, 136, 139, 143, 150, 178, 233, 235s.

— y derecho: 21, 43, 56, 89, 136
  — primacía de los derechos como fundamentos axiológicos: 22 n. 8
  — relación isomórfica entre sintaxis del derecho y sistemas políticos: 42-45, 51
ponderación (de los principios)
— alternativa a la aplicación de las reglas: 10, 25, 96s., 108s., 118, 129
  — como opción del principio aplicable: 118, 125
  — en contradicción con el principio de legalidad y con la jerarquía de las fuentes: 118s., 125s., 224
— equitativa de las circunstancias de hecho: 121-124
populismo/s: 38, 42, 144, 151, 166, 170
positivismo (*v*. positivismo jurídico)
positivismo jurídico
— como concepción y/o modelo de derecho: 22, 25, 71, 127
— del que el constitucionalismo es un perfeccionamiento: 10, 30, 82
— divino: 105
— en la concepción de Bobbio: 23 n. 9, 50, 88
  — como filosofía jurídica del estado legislativo: 19
  — en el que validez y existencia de las leyes coinciden: 43ss.
— primero, o páleo-: 10, 12, 18s., 21, 22, 24-27, 30, 34ss., 51
— segundo, o neo-: 19s., 22, 25s., 34s., 42, 51s., 78, 82, 100
  — como filosofía jurídica del estado constitucional: 19s.
  — en el que validez y existencia de las leyes no coinciden: 44s.
— y democracia: 30, 32-35
— y estado de derecho: 30ss. (*v. tb*. principio de legalidad)
precedentes judiciales: 130ss.
— *súmula vinculante* en la Constitución brasileña: 131 n. 73
presupuesto
— estabilidad: 157ss.
— vínculos de – en la Constitución brasileña: 73, 206, 223
principia iuris et in iure: 20 y n. 6, 57, 87
principia iuris tantum: 20 y n. 6, 61, 87
principialismo: 28, 96-132, 175, 224, 234 (*v. tb*. constitucionalismo principialista)
principio de accionabilidad: 60, 227-231
principio de jurisdiccionalidad: 59, 219-226
principio de legalidad (*v*. legalidad)
— como norma de reconocimiento del derecho positivo: 18ss., 30, 100, 118
— como primer postulado del estado de derecho: 30, 57-61, 66, 100, 177, 182
— como primera garantía frente a la arbitrariedad: 31
— dos significados
  — en sentido estricto, fuerte o sustancial: 19s., 30ss., 44, 57s., 191-194, 225
    — como principio normativo y como principio lógico: 57s., 60s.
    — relativo a los contenidos normativos producidos: 31 y n. 24
  — en sentido mero, lato, débil o formal: 19, 30ss., 44, 57s.
    — relativo a las formas de producción normativa: 31 y n. 24
— refundación del – a través de la reserva de código: 191-194
principio de plenitud deóntica: 58s., 63, 194-219
— como principio lógico y como principio normativo: 58, 60s., 177
— que requiere leyes de actuación: 58, 63, 73, 173, 175
principios: 108-111
— argumentables como justos, pero no verdaderos ni falsos: 103, 106
— concebidos por los principialistas
  — como normas sujetas a ponderación: 12, 28, 96s., 106, 108s., 118, 224
    — con el consiguiente debilitamiento de la normatividad y de la separación de poderes: 118, 129-132, 224
  — como objetivos o verdaderos: 100, 103, 108
    — con la consiguiente conexión fuerte entre el derecho y la moral: 96-100

— sobre la base de una distinción fuerte de las reglas: 27s., 108
— conflictos entre –
— en abstracto, concebidos como límites de algunos al ejercicio de otros: 119ss.
— en concreto, solucionables mediante la ponderación equitativa: 121-124
— distinción entre – regulativos y directivos: 108-111, 117
— principios directivos o directivas: 28, 110s., 115ss.
— como normas constitutivas: 115s.
— consistentes en la formulación de valores u objetivos políticos: 110s., 116
— constitutivos de la identidad política del ordenamiento: 115s.
— excesivamente amplios en la concepción principialista: 115
— principios regulativos o reglas: 110
— ambivalencia de los –: 113ss. (*v.* derechos fundamentales, ambivalencia de los)
— consistentes en reglas cuya violación no sea concebible: 110, 112s.
— derechos fundamentales como –: 111, 114
— cuyas violaciones comportan consecuencias jurídicas: 111s.
— normatividad fuerte de los –: 28, 112s., 115, 170
— distintos de las reglas (*v.* reglas y principios)
— utilizables todos como argumentos interpretativos: 115, 117, 126s.
proceso deconstituyente (*v.* deconstitucionalización)
propiedad
— como derecho de libertad en la tradición liberal: 52s. y nn. 63s.
— como derecho-poder en la concepción garantista: 52 y n. 64, 197s.
— como derecho real: 71, 96, 141, 198, 213
— pública o privada: 214
— y subsistencia: 201 y n. 26

razón jurídica y política: 176s., 219, 232-236
realismo jurídico: 127, 128 y n. 66, 132
reforma de las penas: 195s.
— *numerus clausus* en las cárceles: 196
reglas: 108-111, 117 n. 38 (*v. tb.* principios regulativos)
— noción y tipología: 117 n. 38
— y principios: 27, 96, 108-111, 115
— distinción fuerte o débil: 27s.
religión y derecho: 102s., 197
renta mínima garantizada: 201-205
— como garantía de subsistencia: 199-205
— dos modelos: 202ss.
— en caso de desempleo involuntario *ex* art. 38 de la Constitución italiana siempre inactuado: 202s.
— universalista: 203
— refuerza la autonomía contractual del trabajador: 204s.
— transforma el trabajo, de coactivo, en fruto de una opción libre: 204
representación política: 52, 54
— aporías y falacias: 35-42
— como fuente de legitimidad formal de las funciones de gobierno: 34, 42, 52, 189
— crisis de la –: 136-146, 150ss.
— y partidos políticos: 186-189 (*v. tb.* partidos políticos; separación de poderes)
— y prohibición del mandato imperativo: 40, 140, 188
— contestado por demagogia populista: 151s.
reserva de código en materia penal: 193s., 225
revisión y reforma constitucional: 62, 64, 152
— límites explícitos o implícitos a la –: 67s., 78 n. 25, 81
rigidez de las constituciones: 31s., 62ss., 81, 83
— como rasgo estructural de las constituciones: 62
— concepción garantista y concepción democrática de la –: 63s.

— grado, absoluto o relativo, de –: 63, 67s., 78 y n. 25
— natural: 62, 80
rule of law: 12, 31ss., 171, 174s.
— al que mejor se acomoda el constitucionalismo principialista: 175
— distinto del estado constitucional de derecho: 31

salud (*v*. derechos sociales, a la salud)
separación de derecho y moral (*v*. derecho y moral)
separación de poderes
— como límite a los poderes y garantía de los derechos: 176, 183s., 191, 194
— A) entre poderes políticos y poderes económicos: 144s., 183-186
  — y prohibición de financiación de los partidos por parte de entes o más allá de una determinada suma: 185s.
— B) entre poderes sociales o partidos y poderes institucionales: 184, 186-189
  — incompatibilidad entre cargos de partido y cargos institucionales: 187s.
— C) entre poderes públicos, basada en las diversas fuentes de legitimación: 184, 189ss.
— C1) entre funciones de gobierno y funciones administrativas de garantía primaria: 78 n. 25, 184, 189
— C2) entre funciones de gobierno y funciones jurisdiccionales de garantía secundaria: 78 n. 25, 128s., 156, 184, 189, 224s.
sistemas electorales (*v*. elecciones)
soberanía
— estatal: 136, 145s., 173s.
  — suprimida como *potestas* absoluta por las constituciones: 78
  — sustituida de hecho por la soberanía de los mercados: 146, 234
— popular: 63s., 81
  — redefinida por las constituciones como garantía: 76, 79
    — como suma de esos sus fragmentos que son los derechos de todos: 81
    — en el sentido de que pertenece *solo* al pueblo: 81

teoría del derecho (*v*. ciencia jurídica)
— dimensión pragmática: 12, 84, 87-90
  — carácter estipulativo de sus asunciones y definiciones: 85s., 89, 104
  — normatividad fuerte de los principios de la lógica o *iuris tantum* y papel crítico sugerido a la ciencia jurídica: 85s., 87s.
— dimensión semántica: 12
  — interpretada por las disciplinas jurídicas positivas y por la teoría política: 43, 87
— dimensión sintáctica, como teoría formal y formalizable: 32, 43, 84s., 86
tortura: 195
trabajo
— blanco político de las políticas neoliberales: 153s.
— como fundamento de la República italiana: 110, 116s., 153, 204
  — en cuanto fruto de la libre elección y afirmación de la identidad: 204s.
— derecho al – como principio directivo: 117, 202
— desempleo y precariedad del – producidos por las políticas antisociales: 136, 149, 151
— destrucción del derecho del –: 149, 153, 155, 200
— estabilidad del – como derecho del trabajo a tener derechos: 202
— ruptura del nexo entre – y subsistencia: 200s.
— unificación europea del derecho del –: 181ss.

validez: 20, 44s., 56ss.
— dimensiones y condiciones: 9, 17-21
  — formal: 19s., 43
    — como conformidad con las normas formales: 51, 192
    — relativa a las formas del acto normativo: 47
  — sustancial: 9, 43s., 48s. y nn. 58s., 51, 56, 75s., 79, 90, 96

— como coherencia con las normas sustanciales sobre la producción: 51, 96, 192s.
— relativa al significado o contenido de las normas producidas: 44s., 47
— isomorfismo entre dimensiones de la – y dimensiones de la democracia: 43ss.
— tres modelos de –: 17-21
— vinculada a la justicia
— en el modelo iusnaturalista y jurisprudencial: 18s.
— en el modelo principialista: 98ss.
— y vigencia (o existencia): 19s.
— divergencia entre – y vigencia: 45, 51, 76 (*v. tb.* vigencia)
— según Kelsen, equivalentes: 46-49, 84
verdad
— jurídica o fáctica: 122
— y juicios morales y de valor: 102-108
veritas non auctoritas facit iudicium: 59
veritas non auctoritas facit legem: 18, 23 n. 9
— como norma de reconocimiento del derecho jurisprudencial: 18
vigencia (o existencia): 18ss., 45-51, 69
— coincidente con la validez
— en el estado legislativo de derecho: 21, 45, 88, 135
— según Kelsen y Bobbio: 46-51, 84
— relativa solo a la forma del acto normativo: 47s.
vínculos sociales presupuestarios en la Constitución brasileña (*v.* presupuesto)

welfare (*v.* estado social)

ÍNDICE GENERAL

Contenido 7
Introducción 9

Primera parte
El modelo teórico

I. La democracia constitucional 17
1.1. Los itinerarios de la modernidad jurídica. Tres modelos de derecho: jurisprudencial, legislativo y constitucional. Tres normas de reconocimiento. Tres nociones de validez 17
1.2. El constitucionalismo entre (paleo)positivismo y (neo)iusnaturalismo. Una cuestión terminológica 22
1.3. Positivismo jurídico, estado de derecho y democracia. El carácter formal del paradigma legislativo y del constitucional 30
1.4. El primer positivismo y la dimensión política o formal de la democracia. Aporías y falacias en las concepciones solo formales de la democracia 35
1.5. El segundo positivismo y la dimensión constitucional o sustancial de la democracia. El isomorfismo entre derecho y sistema político 42
1.6. Una crítica de la teoría kelseniana y bobbiana de la validez y de la democracia 46
1.7. La divergencia deóntica entre validez y vigencia en el paradigma constitucional. La democracia a través de los derechos: un modelo cuatridimensional 51

II. El constitucionalismo garantista 56
2.1. Cuatro postulados del modelo garantista (MG) del estado constitucional de derecho 56

2.2. La rigidez de la constitución y las garantías constitucionales. Antinomias y lagunas 62
2.3. Las garantías constitucionales negativas y las antinomias..... 67
2.4. Las garantías constitucionales positivas y las lagunas..... 69
2.5. El constitucionalismo como nuevo paradigma 74
2.6. A) El constitucionalismo y el cambio de paradigma del derecho. El derecho ilegítimo..... 75
2.7. B) El constitucionalismo y el cambio de paradigma de la democracia. Los derechos fundamentales como fragmentos de soberanía popular 79
2.8. C) El constitucionalismo y el cambio del estatuto epistemológico de la ciencia del derecho. Una cultura jurídica militante..... 83
2.9. La ajenidad de las nociones formales de 'derechos fundamentales' y de 'paradigma constitucional' a la teoría del derecho tradicional 90

III. El CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA 96
3.1. Dos cuestiones controvertidas en la concepción del constitucionalismo 96
3.2. Sobre el significado de las tesis de la conexión y de la separación del derecho y la moral 97
3.3. Objetivismo moral fuerte y objetivismo moral débil. ¿Una simple discrepancia sobre el significado del término 'verdadero'? 102
3.4. Reglas y principios. Una propuesta de redefinición..... 108
3.5. Los derechos fundamentales como reglas objeto de aplicación y como principios objeto de argumentación 111
3.6. Sobre las soluciones de los conflictos: A) Las soluciones en abstracto. Concursos de normas 119
3.7. B) Las soluciones en concreto. La ponderación equitativa 121
3.8. Derecho vigente y derecho viviente..... 125
3.9. El constitucionalismo, la jerarquía de las fuentes y la separación de poderes 129

Segunda parte
EL PROYECTO POLÍTICO

IV. LA ACTUAL CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL 135
4.1. Crisis económica y crisis de la democracia..... 135
4.2. El vuelco de la relación entre política y economía y la impotencia de la política frente a los mercados financieros..... 137
4.3. La crisis de la dimensión formal de la democracia y la quiebra de las políticas impuestas por los mercados. La espiral de la desigualdad 143

4.4. La omnipotencia de la política frente a la sociedad y la crisis de la dimensión sustancial de la democracia: A) El proceso deconstituyente en los ordenamientos estatales 149
4.5. B) El proceso deconstituyente a escala europea. La crisis de la Unión Europea 156
4.6. C) El proceso deconstituyente a escala global 162
4.7. La crisis de la capacidad regulativa del derecho. Cinco emergencias planetarias 166
4.8. De la crisis económica a la crisis social y política. El constitucionalismo garantista como proyecto político 169

V. El futuro del constitucionalismo 171
5.1. El constitucionalismo como paradigma teórico-formal y sus posibles expansiones. Constitucionalismo garantista y *rule of law* en el largo plazo y en los espacios globales 171
5.2. La expansión en sentido extensional del paradigma constitucional en relación con los poderes económicos y con los poderes supranacionales. Por una Asamblea Constituyente europea 177
5.3. El reforzamiento en sentido intensional de la dimensión formal de la democracia constitucional. Cuatro separaciones entre poderes 183
5.4. El reforzamiento en sentido intensional de la dimensión sustancial de la democracia constitucional y los cuatro postulados del modelo MG. A) El principio de estricta legalidad 191
5.5 BA) El principio de plenitud y las garantías primarias de los derechos de libertad. Los bienes ilícitos 194
5.6 BB) El principio de plenitud y las garantías primarias de los derechos sociales. El derecho a una renta básica. Por un *welfare* de los derechos 199
5.7. BC) El principio de plenitud y las garantías de los bienes fundamentales. Bienes comunes, bienes personalísimos, bienes sociales 207
5.8. C) El principio de jurisdiccionalidad y las garantías secundarias de los derechos y los bienes fundamentales. Papel y límites de la jurisdicción 219
5.9. D) El principio de accionabilidad y su extensión más allá del derecho individual de acción. Por un ministerio público de garantía 227
5.10. El futuro de la política. Un significado ampliado del interés general y de la esfera pública 231

Índice de nombres 237
Índice de materias 241
Índice general 257