

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 dos¹. 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 *antinomía* 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 ineffectividad 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 ineffectividad primaria, son dispuestas o predispuestas por normas secundarias cuya observancia e inobservancia equivalen una a la efectividad secundaria y la otra a la ineffectividad secundaria de los derechos, y cuya falta genera lagunas secundarias. Por eso, mientras las violaciones de las garantías primarias o secundarias indican una ineffectividad contingente, sus lagunas, sean primarias o secundarias, indican el vicio mucho más grave de una ineffectividad de los derechos de carácter estructural.

prescripciones producidas por el ejercicio de cualquier poder, incluido el legislativo, y las normas supraordenadas a él². 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 poder³. 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 ineffectividad. 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 stirpe 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 legislativa⁴. 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 Pace⁵. 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 fundamentales⁶, 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 política⁷.

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 principalista 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 «antinomía» 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 actuación⁸.

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.

portamiento⁹. 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 misma¹⁰. 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. Roza 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 primarias¹¹.

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 taxativos¹². 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 concurren 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 inadmisibles 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 establecidos¹⁴. 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, 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, 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, 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 secundarias¹⁷. 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 violación¹⁸.

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 establecido¹⁹. 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 omisión²⁰.

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 indecible, 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 ordenamiento²¹.

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 debates²². Por eso, en los tres párrafos 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-iuspositivismo 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 subordinados²⁴ 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 denunciante 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 rigidez²⁵. Esta tercera diferencia ha sido lúcidamente señalada por María Cristina Redondo²⁶. 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 indecible» 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 normativa²⁷. 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 democracia 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 ejercicio²⁸. 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 democracia³⁰. 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 compone³¹. A ello se debe la natural rigidez de las constituciones³²: 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 indecible 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 positivista³⁴. 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 Bobbio³⁵ 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 pragmática 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 derecho³⁶.

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 efectividad³⁷. 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. PII, Introducción; «Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomática del normativo*, cit., pp. 15-32; «La teoría general del diritto: l'oggetto, il metodo e la funzione»: *Rivista di Filosofia del diritto* 1/2 (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 assiomaticizzata 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 reconocitiva, 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 benthamista⁴¹. 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 párrafos 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 reprobables⁴⁵, las expectativas positivas o negativas estipuladas con ellos⁴⁶. 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 teoría pragmática del diritto»: *Rivista di filosofia del diritto* 1 [2012], p. 130) y Tecla Mazzaese, 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. Razonaciones lógicas y epistemológicas»: *Doxa* 26 [2003], pp. 687-716; Íd., «Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione 'politicamente scorretta'»: *Ragione 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 ajenedad 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 ajenedad 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 pragmática. 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 párrafo 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 producidas⁴⁸. 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 PII, § 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 párrafos del próximo capítulo a la crítica de estas tesis.