



Doce cuestiones en torno a *Principia iuris**

Luigi Ferrajoli

Università degli Studi "Roma Tre"

l.ferrajoli@uniroma3.it

Resumen

El trabajo presenta la contestación a algunas críticas que se han dirigido a su obra *Principia iuris*. Seis respuestas abordan temas metateóricos y seis teóricos. Las primeras se refieren: 1) a la justificación del método axiomático en la construcción de la teoría formal del derecho; 2) la idoneidad de la teoría formalizada para sostener una teoría jurídica normativista y realista; 3) la legitimidad científica de la aproximación interna de la ciencia jurídica, y las externas de la filosofía política, la sociología del derecho y de la ciencia política; 4) la especificidad de la ciencia jurídica positiva o dogmática respecto a otras ciencias empíricas; 5) la configuración del paradigma constitucional como un refuerzo del positivismo jurídico y 6) la exigencia jurídica de la completitud del derecho positivo de los actuales ordenamientos constitucionales. Las segundas se refieren a: 1) al paradigma del constitucionalismo democrático, 2) el concepto de igualdad, 3) el problema de las antinomias y de las lagunas, 4) la relación entre libertad y propiedad, 5) la noción de federación y 6) las perspectivas de la construcción europea. Por último, concluye con referencias a su itinerario intelectual y político.

Palabras clave

Constitucionalismo, derechos fundamentales, positivismo jurídico, democracia constitucional y garantismo.

Twelve questions on *Principia iuris*

Abstract

This work responds to several critics which were directed to *Principia iuris*. Six answers deal with meta-theoretical issues and another six with theoretical. The first ones referring to: 1) the justification of the axiomatic method within the construction of the formal theory of Law; 2) the suitability of the official theory to support a normativist and realistic juridical theory; 3) the scientific legitimacy of the internal approach of juridical science and the external one of the political philosophy, the sociological law and the political science; 4) the specificity of the positive juridical science or dogmatic regarding other empirical sciences; 5) the configuration of the constitutional paradigm as an effort of juridical positivism and 6) the juridical demand of completeness of the positive law by the current constitutional legislation. The second ones refer to theoretical issues, 1) to the paradigm of democratic constitutionalism, 2) the concept of equality, 3) the problem of antinomies and legal gaps, 4) the relationship between freedom and property, 5) the concept of federation and the prospective of European construction. Finally, it concludes with some references regarding Ferrajoli's intellectual and political course.

Keywords

Constitutionalism, fundamental rights, juridical positivism, constitutional democracy and garantism.

*Traducción de José Roberto Ruiz Saldaña

1. Introducción

Agradezco a Stefano Anastasia, Tamar Pitch y Eligio Resta por haber promovido dos buenas discusiones sobre mis *Principia iuris*: la realizada en Perugia, el 22 de abril de 2009, y la de Roma, el 14 de diciembre de 2010. Y agradezco a todos los amigos y colegas que intervinieron por sus juicios complacientes sobre mi trabajo y por sus intervenciones críticas y problemáticas, todas ellas estimulantes.

Distinguiré los muchos temas tratados en nuestras discusiones en doce cuestiones: seis de carácter metateórico y seis de carácter teórico. Las cuestiones metateóricas tienen que ver con el empleo, singular y en apariencia difícil, del método axiomático en la construcción de la teoría formal del derecho, el estatus metateórico de la teoría respecto a las diversas aproximaciones disciplinarias del estudio empírico de los fenómenos jurídicos y la consecuente idoneidad de la teoría formalizada para resolver las tradicionales oposiciones entre normativismo y realismo, entre formalismo y sustancialismo, entre voluntad y razón, entre iuspositivismo y rol constructivo de la ciencia jurídica. Las cuestiones teóricas tienen que ver, en cambio, con temas específicos de teoría del derecho y de la democracia: el paradigma del constitucionalismo democrático, el concepto de igualdad, el problema de las antinomias y de las lagunas, la relación entre libertad y propiedad, la noción de federación y las prospectivas de la construcción europea. Finalmente, Giovanni Palombarini y Dario Ippolito quisieron recordar mis años en la magistratura y mis escritos de aquella fase, intensa y decisiva, de mi formación.

2. Cuestiones metateóricas

Las cuestiones metateóricas, sobre las cuales intervinieron Gaetano Azzariti, Simona Sagnotti, Maria Rosaria Marella, Giacomo Marramao, Salvatore Senese, Tamar Pitch, Francesco Cerrone, Aurelio Gentili y Fabrizio Mastromartino, se refieren tanto a la dimensión sintáctica de la teoría del derecho, es decir, al método axiomático empleado en su construcción, como a su dimensión semántica y pragmática, entre ellas vinculadas, una relativa a la relación entre la teoría y las diversas aproximaciones disciplinarias -jurídica, sociológica y politológica- del estudio del derecho y, la otra, referente al rol normativo -además de explicativo- en las relaciones del propio objeto asignado, pasando por la estructura misma del paradigma constitucional, la teoría del derecho y la ciencia jurídica en sus dimensiones rigurosamente iuspositivistas.

El método axiomático

Gaetano Azzariti identificó en el empleo del método axiomático una primera razón de la dificultad y de la desconfianza con la cual la teoría del derecho que he elaborado fue recibida por la doctrina constitucional italiana. Soy consciente de ello plenamente. Por ello advertí desde la introducción que las dificultades, ciertamente innegables en la construcción de la teoría, son para el lector más aparentes que reales, y es suficiente, para superarlas, ignorar totalmente el cálculo lógico que es solo un instrumento de elaboración y de control del discurso.

Las razones de la axiomatización de la teoría están estrictamente ligadas a la naturaleza del lenguaje teórico. De ello habló bien Simona Sagnotti. A diferencia del lenguaje de las ciencias jurídicas positivas, unido dogmáticamente a los usos lingüísticos del legislador, el lenguaje de la teoría es un lenguaje artificial, construido por el teórico mediante *asunciones* y *definiciones estipulativas*. Sería absurdo ir a

buscar en los códigos o en otros textos legislativos el significado de palabras como “norma”, “ordenamiento”, “acto ilícito”, “obligación”, “prohibición” y similares, en el mismo modo en el cual debemos, en cambio, recabar de los textos de las leyes el significado normativo, que redefinimos con *definiciones lexicales*, de conceptos como “mutuo”, “compraventa”, “robo”, “homicidio”, “estafa” y similares, normativamente definidos por el legislador. Entonces, si el lenguaje teórico es un lenguaje convencional construido por la teoría misma, no solo *podemos*, sino que *debemos* construirlo de la manera más rigurosa. Esto es lo que se ha hecho posible con el empleo del método axiomático: con base en éste todos los términos de la teoría son *definidos* mediante otros términos teóricos, en aplicación de reglas de formación previamente establecidas, y todas las tesis de la teoría son *demostradas* como teoremas a partir de otras tesis teóricas, con el auxilio de reglas lógicas de transformación también ellas preestablecidas. Naturalmente, para evitar el regreso al infinito, algunos conceptos son asumidos como indefinidos en forma de *primitivos* y algunas tesis son asumidas como indemostrables en forma de *postulados* y de *definiciones*.

Las ventajas de este modo de proceder, ciertamente difícil y laborioso, son muchas y todas científicamente importantes. En primer lugar, la *univocidad semántica* del lenguaje y la *coherencia* interna del discurso teórico, cuyas tesis o teoremas son todas lógicamente verdaderas, por ser tautológicas, respecto a las premisas. En segundo lugar, la potenciación del razonamiento teórico, método que permite no solo el *control* lógico del discurso, sino también el *descubrimiento* de la verdad, respecto de las premisas, de tesis no derivables de estas intuitivamente e, inversamente, el *descubrimiento* de la falsedad, respecto a las mismas premisas, de tesis con frecuencia aceptadas intuitivamente como verdaderas. En tercer lugar, la *transparencia* de las opciones iniciales o primitivas, es decir, de los postulados y de las definiciones, que no son ni verdaderas ni falsas sino solo puestas a prueba por la fecundidad explicativa revelada por sus implicaciones, o sea, por su idoneidad para hacer derivables tesis consideradas efectivamente verdaderas y no derivables tesis consideradas efectivamente como falsas. En cuarto lugar, y consecuentemente, un más *claro planteamiento* del debate teórico, dado que solo tales opciones iniciales y transparentes son las que vienen expuestas en la discusión y a su eventual corrección, siendo las otras tesis de la teoría derivadas lógicamente de aquellas.

Es así que la teoría puede desarrollar, a partir de la formulación de los cuadrados y de los hexágonos deónticos de las modalidades y de las expectativas, los que llamé *principia iuris tantum* de la coherencia y de la completitud; los cuales -diversamente de aquellos que llamé *principia iuris et in iure*, que son principios jurídicos internos al derecho positivo, reformulados por las diversas disciplinas dogmáticas- son principios teóricos externos al sistema jurídico, del cual reflejan la sintaxis lógica y la estructura interna normativa imponiéndole su “deber ser”, es decir, la coherencia y la completitud con sus *principia in iure*: un deber ser al mismo tiempo lógico y jurídico, sobre la base del cual, escribe Simona Sagnotti, la teoría “ejercita una función de control lógico sobre las interconexiones que pueden darse o no darse entre las diversas partes de un ordenamiento jurídico”.

Todo esto hace injustificable, por deberse a un mal entendido, la desconfianza en el método axiomático que, como observó Azzariti, se generó de la impresión de un “valor absorbente, en cierto sentido totalizante [no creo en cambio que pueda decirse totalitario¹ (Rescigno, 2008a, 2008b: 41-51)] de la teoría axiomática”, como si con la axiomatización la teoría pretendiera “dar reglas al poder por vía analítica” y, así, “lo real pudiese quedar sujeto a lo ideal”. El carácter

¹ Pueden ver mis respuestas en *Costituzionalismo.it* y *Antigone*, durante el año 2008.

axiomático y sistemático, recuerda de hecho Azzariti, tiene que ver con la teoría general del derecho, es decir, con el apartado conceptual y el sistema de las relaciones sintácticas necesarias a cualquier discurso sobre cualquier experiencia jurídica, ya sea simple o compleja, democrática o antidemocrática. Tiene que ver entonces, solamente, con la teoría, la cual es formal,² y por ello formalizable, porque no nos dice nada sobre la realidad de los ordenamientos concretos, sino se limita a identificar -en un lenguaje que por su artificialidad bien puede ser construido de la manera más rigurosa- las categorías elementales y las estructuras sintácticas -por así decir, las formas *a priori*- de los discursos no solo jurídicos, sino también políticos y sociológicos en torno al derecho de cualquier ordenamiento.

Al contrario, tanto la ciencia constitucional como la teoría normativa de la democracia son disciplinas empíricas, una unida a cada ordenamiento positivo concreto, otra a la experiencia histórica de las presentes democracias constitucionales. Se desarrollan por ello en un nivel de discurso diverso de aquel del discurso teórico, de cuyo aparato conceptual y sintáctico hacen, sin embargo, necesariamente uso. La concepción crisafuliana de la Constitución como documento político y normativo recordada por Azzariti, por ejemplo, es en consecuencia totalmente incompatible con la teoría axiomatizada, no diversamente que de otras concepciones, sean estas normativistas o realistas, formalistas o institucionalistas.

Normativismo y realismo

Llego de esta forma a la segunda razón, señalada por Azzariti, de la desconfianza de la actual doctrina constitucional frente a la teoría axiomatizada.

Esta segunda razón tiene que ver con una cuestión más amplia y de fondo: la de la semántica de la teoría del derecho y de sus relaciones con la ciencia jurídica positiva y, en particular, con la ciencia constitucional. Azzariti subraya el contraste entre la dimensión normativa que he asignado a la teoría del derecho y a la de la democracia constitucional, y las vertientes realistas prevalecientes en las actuales orientaciones de los constitucionalistas italianos. Asociada a la tesis del carácter formal de la teoría del derecho (pero no de la democracia), sobre la cual regresaré más veces, esta dimensión hizo inscribir mi trabajo en el “formalismo normativista”, por mucho tiempo criticado, y finalmente superado por la actual doctrina que “por años fue cubierta por la capa del dogmatismo, construida en Italia en la forma rara y falsamente ascética del ‘método jurídico’ orlandiano”.

Podría limitarme a subrayar que muchas veces critiqué, más con referencia a los ordenamientos dotados de constitución rígida, el método técnico-jurídico y la pretensión avalorativa de la ciencia del derecho que desde hace siglo y medio pesaron no solo sobre las disciplinas publicistas sino sobre la entera ciencia jurídica, ocultando en realidad las operaciones políticas de legitimación acrítica del derecho

² “Formal” en el sentido de Bobbio (1955: VI): “La teoría general del derecho es una teoría formal del derecho en el sentido que estudia el derecho en su estructura normativa, es decir, en su forma, independientemente de los valores a los cuales esta estructura sirve y del contenido que sostiene... Es inútil decir que esta idea fue elaborada, en su forma más notable, por Kelsen”, cuya doctrina o teoría es “pura” o “formal” en el sentido mencionado. En este sentido, véase también N. Bobbio, (1954: 145-147). [Hay traducción al castellano con el título “La teoría pura del Derecho y sus críticos” en *Contribución a la teoría del Derecho*]. Sobre el carácter “formal” de los conceptos y de las tesis teóricas, reenvío a Ferrajoli (2001: 5-9; 123-145, 279-288 y 298-309). [Hay traducción al castellano con el título *Los fundamentos de los derechos fundamentales*]. Añado que el carácter “formal” de la teoría en nada implica, como mostraré en la nota 11, la naturaleza descriptiva y avalorativa reivindicada por Kelsen y por Bobbio. Reenvío, para una crítica de esta última connotación kelseniana y bobbiana de la teoría del derecho a Ferrajoli (2007: 21-38) (en adelante *Pil, Pili e PIII*), y a Ferrajoli (2009: 14-22).

vigente a ellos subyacentes.³ Pero la cuestión de fondo en la oposición entre normativismo y realismo jurídico es mucho más compleja, y va más allá de las cuestiones de método, pues tiene que ver con la naturaleza misma de las presentes democracias constitucionales caracterizadas por una divergencia estructural entre el deber ser normativo del derecho y su ser efectivo: una doble divergencia, una entre validez y vigor y la otra entre vigor y efectividad de las normas, que solo la construcción de un sistema complejo de funciones y de instituciones de garantía es capaz, en mi parecer, de reducir, si bien es cierto, jamás de eliminar completamente.

En mi parecer, de hecho, como recordó Maria Rosaria Marella, en presencia de constituciones rígidas, que establecen las condiciones de validez no solo formal sino también sustancial del derecho vigente, la ciencia jurídica no puede ser ni solo normativista ni solo realista, sino debe ser una y la otra conjuntamente: *normativista* en el análisis del *deber ser* normativo y específicamente constitucional de las leyes y, más en general, de la producción jurídica; *realista* en el análisis y en la crítica de su *ser* efectivo, es decir, de los perfiles de invalidez y de ineffectividad, además de validez y de efectividad de las normas vigentes.⁴ Solo de esta forma se pueden evitar las dos opuestas falacias que permiten una aproximación unidimensional al derecho positivo: la *falacia normativista* de quien mira únicamente a las normas y al “deber ser normativo” del derecho, imposibilitándose así, como en la teoría kelseniana, a reconocer la existencia de normas inválidas pero vigentes y de normas ineffectivas pero válidas; y la *falacia realista* de quien, mirando solo a los hechos y al “ser efectivo del derecho”, no está en posibilidad de reconocer la existencia de normas válidas pero ineffectivas y de normas inválidas pero efectivas. Si la primera falacia es la expuesta por la vieja escolástica normativista y justificó, como escribe Azzariti, “la rebelión en contra del formalismo” de la reciente doctrina constitucional, hoy el mayor riesgo es el presentado por la segunda falacia: lo que Azzariti llamó el “hiper-realismo, que asumió el mero hecho como única expresión de lo jurídico” y que “la doctrina italiana terminó por adoptar”.

Y bien, en contra del rol de legitimación de lo existente desarrollado por ambas falacias -una porque descuida el derecho como hecho, la otra porque descuida el derecho como norma- la teoría formal del derecho, teorizando la doble naturaleza de los fenómenos normativos (como hechos respecto a las normas que los regulan y como normas respecto a los hechos por ellas regulados) y las inevitables divergencias deónticas que traen consigo, permite apreciar del derecho vigente tanto los perfiles de validez y de invalidez como los perfiles de efectividad y de ineffectividad. Permite, en particular, identificar y criticar las antinomias, generadas por las violaciones de comisión, y las lagunas, generadas por las violaciones de omisión, de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

Formalismo y sustancialismo

Hay una segunda oposición que el paradigma constitucional permite superar: aquella entre forma y sustancia, o sea, entre formalismo y sustancialismo y, en consecuencia, entre ius-positivismo e ius-naturalismo, del mismo modo invocada por

³ Me limito a recordar Ferrajoli (1999: 5-59, 102-104). [Hay traducción al castellano con el título “La cultura jurídica en la Italia del Siglo XX”, en *Epistemología Jurídica y Garantismo*]; Ferrajoli (2007:21, 38 y 40-41); y Ferrajoli (2009: 14-22).

⁴ Reenvío, sobre esta crítica de la falsa oposición entre normativismo y realismo, a Ferrajoli (1983), en particular §§ 5-7. [Hay traducción al castellano con el título “La semántica de la teoría del derecho”, en *Epistemología Jurídica y Garantismo*]; Ferrajoli, (1999: 110-113); Ferrajoli (2003, 361-364). [Hay traducción al castellano con el título “La pragmática de la teoría del derecho”, en *Epistemología Jurídica y Garantismo*]; Ferrajoli (2007: 8-20), en *Pil*; Ferrajoli (2008a: 30-37). Véase también Prieto Sanchís (2009: 57).



Azzariti con sus justas observaciones críticas en lo que hace al tendencial iusnaturalismo de las actuales doctrinas neo-constitucionales. Estas doctrinas, sobre la base de la configuración de las normas constitucionales no ya como reglas, sino como principios (o valores) morales -susceptibles de ponderación y hasta de derogación, en vez de solo aplicación a causa de su vaguedad y de su tendencial conflicto- terminaron por debilitar el carácter vinculante del “texto normativo” de la constitución y por avalar un “subjetivismo interpretativo” y un activismo judicial que corren el riesgo de debilitar también la legitimación de la jurisdicción.⁵ Una análoga oposición fue destacada también, por otra parte, por Maria Rosaria Marella, quien reveló la singular “actitud antiformalista” de la reciente doctrina civilista que se manifiesta en el rechazo del “conceptualismo propio de la teoría general” en cuanto “sinónimo de conservadurismo”, en la “atención por el llamado derecho viviente”, en la preferencia por “una aproximación funcionalista” bajo “la influencia de movimientos surgidos más allá del Atlántico” como el del análisis económico del derecho, así como en el “llamado al antiformalismo y a la función creadora de la jurisprudencia”.

Pues bien, no diversamente de la falsa oposición entre la concepción del derecho como “norma” y aquella del derecho como “hecho”, también la idea del derecho como “forma” y la idea del derecho como “sustancia” e instrumento de concreta tutela, no son en absoluto alternativas entre sí. Como afirmó Azzariti, según el paradigma constitucional que he teorizado, “las normas y su validez poseen una doble dimensión: por un lado, la formal”, relativa a la conformidad de las formas de la producción normativa y, “por otro lado, la sustancial”, relativa a la coherencia de la sustancia de las normas producidas con las normas constitucionales. Estas dos dimensiones de la validez, una impuesta por “normas formales” sobre el *quién* y sobre el *cómo* de las decisiones, y la otra por “normas sustanciales” sobre el *qué* es prohibido o es obligatorio decidir, inciden, por otra parte, sobre la democracia constitucional uniendo también, como recordaron Francesco Cerrone, Giacomo Marramao y Alessandro Ferrara, junto a la tradicional dimensión *formal* expresada por las formas representativas de las funciones políticas de gobierno y relativa a la *esfera de lo decidible*, una dimensión *sustancial*, asegurada por los límites y por los vínculos impuestos a tal esfera por los derechos constitucionalmente establecidos, relativa a la que he llamado la *esfera de lo indecidible*: la esfera de lo no decidible *que*, conformada por los *derechos de libertad*, y la esfera de lo no decidible *que no*, conformada por los derechos sociales.

Precisamente esta nueva relación entre forma y sustancia fue también subrayada por Giacomo Marramao como la característica distintiva del constitucionalismo rígido y del paradigma teórico que he elaborado: una “cesura” y un “vuelco”, ha escrito, “respecto a la tradición de un derecho público anclado sobre el concepto fuerte de soberanía”; es más: “una inversión diametral del orden de las relaciones entre ‘forma’ y ‘sustancia’” que, “reclasificando radicalmente la pareja política-derecho, determina una sensible recaída sobre la definición misma de ‘democracia’”. Gracias a esta nueva relación entre forma y sustancia es satisfecha por el constitucionalismo rígido la exigencia de la limitación jurídica del poder en la cual Salvatore Senese identificó el problema recurrente en toda la historia de la filosofía política: “arbitrio *versus* norma, *voluntas/ratio*, poder/ley, son estos los polos de la tensión que atraviesa el pensamiento político-jurídico del occidente y con el cual el teórico del derecho se debe confrontar”.

Esta tensión permaneció como no resuelta en el viejo estado legislativo de derecho, en el cual la ley se configuraba como expresión de la voluntad general

⁵ Para una crítica de estas doctrinas, reenvío a Ferrajoli (2010: 2771-2816).

inevitablemente expuesta, escribe Senese, a la “deriva jacobina”. Pues bien, el pacto constitucional no es más que la imposición a la voluntad general de aquella *esfera de lo indecidible*, a tutela no solo de los derechos de la persona sino de la democracia misma, contra sus posibles degeneraciones despóticas. El antiguo y recurrente dilema y contraste entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, entre razón y voluntad, entre derecho natural y derecho positivo, entre Antígona y Creonte, que desde la antigüedad atravesó la historia de la filosofía jurídica y política, fue así en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas con la positivación de aquella *ley de la razón*, históricamente determinada y contingente, que se expresa en los principios y en los derechos fundamentales por ellas estipulados como límites y vínculos a la *ley de la voluntad*, que en democracia es la ley del número expresada, en cambio, por el principio mayoritario. Estos límites y estos vínculos, como bien sabemos, son hoy no solo muy frecuentemente violados, sino también rechazados por las actuales culturas populistas y mayoritarias. De aquí, observa Azzariti, la “diferencia entre normas y realidad, de frente a la cual hoy nos encontramos” y “el bajo grado de democraticidad en el plano fáctico” de nuestro sistema político. De aquí, escribe Marella, “el sentido de un análisis formal de las categorías jurídicas” destinado a “una crítica *al interior* del derecho mismo”. De aquí, agrega Marramao, “la idea de que el iuspositivismo constitucional esté llamado a desempeñar, en sus relaciones con el derecho vigente, un *rol crítico-normativo análogo a aquél desempeñado en el pasado por el derecho natural*”.

Teoría del derecho, ciencia jurídica y sociología del derecho

La divergencia deóntica entre derecho como norma y derecho como hecho, o sea, entre validez, vigor y efectividad, permite repensar no solo en la ciencia del derecho sino en el mapa entero del saber jurídico dentro de lo que llamé, recuerda Marella, un “modelo integrado” de ciencia del derecho. Esta integración es, en realidad, hecha posible precisamente por el carácter formal de la teoría del derecho respecto a la cual los diversos saberes jurídicos se configuran como otras tantas interpretaciones empíricas o semánticas. “Lejos de traducirse en un formalismo abstracto”, escribe por ello Marramao, la axiomatización y la formalización de la teoría permiten superar “aquella involución escolástica de la ius-analítica que se manifiesta en una verdadera y propia fobia por las visiones ideológicas o por las contaminaciones sociológicas, traicionando su paradójica sumisión a una tradición pandectística férreamente abrazada a la idea del derecho como ciencia autónoma o lenguaje disciplinario autosuficiente”.

Llego así a la cuestión de carácter epistemológico subrayada por Tamar Pitch. Desde al menos un siglo y medio nuestros estudios -por múltiples razones, de no poca importancia las separaciones disciplinarias introducidas por su organización académica- son objetados por una absurda ignorancia, desconfianza e impermeabilidad entre aproximaciones sociológicas y aproximaciones filosófico-políticas. Cada una de estas aproximaciones se afirma como privilegiada o peor, como “científicamente” exclusiva respecto a todas las otras. Es “la insidia del imperialismo disciplinario” que fue denunciada por Norberto Bobbio: una insidia “que enfrenta los historiadores a los filósofos, los juristas a los politólogos, los sociólogos a los historiadores y así sucesivamente”. “En el vastísimo, siempre más vasto, universo del saber”, agregaba Bobbio, “hay afortunadamente espacio para todos”, y la utilidad de la reflexión metodológica consiste en “hacer más consciente, a cada uno en su propio campo, de los límites del propio territorio y del derecho a existir de otros terrenos lejanos o vecinos” (Bobbio, 1990)⁶. Contra esta recíproca ignorancia y

⁶ Ahora en la obra del mismo Bobbio, *Teoria generale della politica*. [Hay traducción al castellano con el título “Las razones de la filosofía política”, en *Teoría general de la política*].



desvalorización -responsable de un sustancial analfabetismo filosófico y sociológico de la mayor parte de los juristas y de los sociólogos del derecho- debemos simplemente reconocer la desconfianza sobre los puntos de vista y, con ello, sobre los métodos de investigación, de las múltiples aproximaciones disciplinarias -la de la ciencia jurídica, la de la sociología del derecho y la de la filosofía política- todas esenciales, y ninguna exclusiva, para el estudio de los fenómenos jurídicos. Como escribe con razón Tamar Pitch, “el objeto de investigación” de estas diversas disciplinas “es siempre, en parte, construido por su definición, el cual es un particular modo de verlo”.

De hecho, podemos mirar el derecho desde puntos de vista diversos, correspondientes a otras preguntas y respuestas con las cuales puede ser formulada y resuelta la cuestión “de ¿qué hablamos cuando hablamos del derecho?”⁷ Podemos preguntarnos, en primer lugar, *cuál es el derecho de un ordenamiento dado* y responder, en sede de *ciencia jurídica*, que consiste en un conjunto de normas, de las cuales es reconocible la *existencia* y la *validez* sobre la base de su producción de conformidad con las normas establecidas por el ordenamiento mismo. Podemos preguntarnos, en segundo lugar, *para qué sirve y qué significa el derecho*, y responder, en sede de *filosofía política*, que es un conjunto de normas destinado a asegurar el orden y la paz, o a satisfacer determinadas exigencias de *justicia* como las expresadas, por ejemplo, por un conjunto de principios y de derechos fundamentales. Podemos preguntarnos, en tercer lugar, *cómo funciona en concreto el derecho* y en cuáles formas y medidas condiciona, en la práctica de los diversos ordenamientos, los comportamientos humanos y las relaciones sociales, y responder, en sede de *sociología del derecho*, que el derecho es lo que hacen concretamente los tribunales y los operadores jurídicos o, más en general, que es el conjunto de prácticas sociales por él determinadas y sobre cuya base es posible medir su grado de *efectividad* y de *inefectividad*.

Pues bien, si reconocemos que el derecho positivo es un sistema normativo producido por los hombres, del cual es analizado el contenido normativo, se indaga el grado de efectividad y se valora el grado de justicia, debemos también reconocer que las diversas aproximaciones o puntos de vista desde los cuales puede ser visto -el interno de la ciencia jurídica, el externo de la filosofía política y el fáctico externo de la sociología del derecho y de la ciencia política- se han de considerar rigurosamente distintos, pero precisamente por ello no podemos ignorarlos entre sí. Han de distinguirse, sin por esto ser tomado alguno como exclusivo, si se quieren evitar las diversas falacias ideológicas -normativistas y realistas, como se dijo en el párrafo que precede, pero también iusnaturalistas y ético-legalistas- que provienen de su confusión o también, simplemente, de la pretensión de que cualquiera de estos puntos de vista sea el único científicamente legítimo. En particular, han de tenerse distinguidas y distantes, sobre el plano de la meta-teoría semántica, la aproximación jurídica, que mira al derecho como norma respecto a los hechos por él regulados, y la aproximación sociológica, que mira al derecho como hecho respecto a las normas por las cuales es regulado: en síntesis, las normas y los hechos, las normas y sus aplicaciones. Como precisamente observa Tamar Pitch, “esta distancia se anula si el derecho”, como sucede en muchas concepciones de tipo realista, “es definido como ‘práctica social’, ya que vienen a coincidir normas, interpretaciones y aplicaciones;” con el resultado que la así llamada práctica social, cualquiera que sea, es de hecho legitimada como derecho válido, más allá de su deformidad, por las normas que la regulan.

⁷ Es la primera de las tres cuestiones metateóricas -la cuestión *semántica* (las otras son la cuestión *sintáctica* y la *pragmática*)- de las cuales traté en la Introducción de *Principia iuris*.

ESTUDIOS

Hay después un segundo aspecto bajo el cual puede ser mirada la distinción entre normas y hechos. No tiene que ver más con la dimensión semántica, sino con la dimensión pragmática del paradigma constitucional. Es necesario, escribe Francesco Cerrone, “mantener clara esta distinción: hecho y derecho, dimensión normativa y aspectos pragmáticos del derecho deben rigurosamente distinguirse”. Sin embargo, agrega Cerrone refiriendo la valencia simbólica y cultural del constitucionalismo, “en la realidad de la experiencia jurídica, hecho y derecho están íntimamente unidos”, en el sentido que los principios constitucionales funcionan como normas solo si son de hecho socialmente compartidos, y llegan a ser menos si son removidos del sentido común sin que sus violaciones susciten disensos y rebeliones. Cerrone recuerda, en apoyo de este nexo pragmático, la advertencia de Bobbio al concluir la Introducción a *Derecho y razón*: “también el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo la propia garantía, y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que, normativamente declarados, no son siempre efectivamente protegidos” (Bobbio, 1989: XIV).⁸ Sin esta intervención activa, si de hecho los principios constitucionales no son compartidos, si existe y se generaliza la divergencia entre normas y práctica social, entre principios constitucionales y sentido común, la democracia constitucional se vacía y desvanece, aun sin formales golpes de estado.

Desde la perspectiva de estos dos aspectos y sentidos mencionados, la cuestión de la divergencia entre normas y hechos es, en suma, una cuestión de fondo, quizá la cuestión central de toda la teoría del derecho y de la democracia, por tener que ver con el rol normativo mismo del derecho positivo y, en particular, con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. La cuestión es fundamental sobre todo hoy, en la edad de la globalización, frecuentemente descrita, escribe Pitch, “en términos de prevalencia de la *lex mercatoria* y al mismo tiempo del lenguaje de los derechos”. Ya que derechos y *lex mercatoria* están siempre, entre sí, en virtual conflicto, es esencial, afirma Pitch, defender el “deber ser de los derechos según sus enunciados normativos presentes en las cartas nacionales, supranacionales e internacionales” respecto a las dinámicas de otro modo desreguladas y salvajes del mercado. Por esto, si no aclaramos “la distancia y la desconfianza” entre normas y hechos y el rol normativo de las primeras en sus relaciones con los segundos, se termina inevitablemente por avalar como derecho existente, casi como un fenómeno natural, lo que de hecho sucede: por legitimar, repito, la prevalencia de los hechos, o sea, de la práctica social, sobre las normas y en particular sobre los derechos.

Es lo que está sucediendo hoy con la disolución del derecho del trabajo producida, recuerda Pitch, por aquello que Alain Supiot llamó “el advenimiento de un nuevo feudalismo, donde la ley pierde el rol de tercero y las relaciones entre las personas, no más mediadas por la ley, regresan a una posición de tipo, precisamente, feudal, o sea de subordinación personal”. Fueron ejemplares, bajo este aspecto, los casos de Pomigliano y Mirafiori, en los cuales la ideología liberista logró acreditar las relaciones de fuerza del mercado como necesarias en cuanto naturales. Es este nexo entre necesidad y naturaleza el que debe ser rechazado por tratarse de un *non sequitur*. Es verdad, la ley del más fuerte es la ley de la naturaleza por antonomasia. Sin límites y sin reglas ésta, de hecho, prevalece “naturalmente”. Pero precisamente esto confirma la naturaleza salvaje, en ausencia

⁸ [Hay traducción al castellano con el título *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Se recuerda, sobre esta doble garantía, política y social, el último artículo de la Constitución francesa del año III: “El pueblo francés pone los contenidos de la presente Constitución a la fidelidad de los Cuerpos legislativos, el Director ejecutivo, los administradores y los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, las esposas y los maridos, al afecto de jóvenes ciudadanos, al valor de todos los Franceses”.



de límites y reglas, de cualquier poder y el rol del derecho, en el cual reside su razón social, como ley del más débil. Ciertamente, la falta de integración jurídica de Europa, aún hoy poco más que un mercado común, como sostiene Sergio Marchionne, permite colocar la producción en los países de la Unión en los cuales son menores las garantías del trabajo. Es aquí donde se manifiesta la aporía y el límite de Europa por defecto de derecho y de garantías, reveladas también por Marella: los derechos establecidos en la Carta de Niza están destinados a permanecer sobre el papel sin un común y adecuado sistema de garantías, que si hubiese un solo derecho del trabajo y un sindicato unitario, cada uno a nivel europeo.

El estatuto epistemológico de las disciplinas jurídicas positivas

Como se dijo al final del apartado sobre el *método axiomático*, la teoría del derecho es una teoría formal, que por sí misma no nos dice nada sobre la realidad sin una adecuada interpretación empírica o semántica. Sus tesis, o mejor todavía, sus asunciones primitivas, no son ni verdaderas ni falsas sino solo más o menos dotadas de capacidad explicativa frente a los fenómenos jurídicos, los que pueden ser vistos desde los tres diversos puntos de vista, a saber, el de la filosofía de la política, el de la ciencia jurídica y el de la sociología del derecho, correspondientes a las respectivas interpretaciones empíricas o semánticas de la teoría. Mientras la filosofía política normativa es una disciplina axiológica, que elabora los criterios y los principios de justicia con los cuales deben ser construidos y valorados los ordenamientos jurídicos, la ciencia jurídica positiva y la sociología del derecho son disciplinas empíricas, cuyas tesis están engarzadas, respectivamente, a las normas y a los hechos por lo que son susceptibles de verificación o falsación, una sobre la base de lo que dicen las normas, la otra sobre la base de lo que de hecho acaece. Hablé apenas de la aproximación jurídica-sociológica, cuyo estatus es obviamente el de cualesquiera de las ciencias empíricas, con los caracteres específicos de las ciencias sociales. Me ocuparé ahora del estatus epistemológico de la ciencia jurídica positiva -que llamamos “dogmática” por el carácter de “dogmas” que para los juristas tienen las normas del derecho positivo- sobre el cual intervino, con su acostumbrado rigor analítico, Aurelio Gentili.⁹

La especificidad de la dogmática respecto a otras ciencias empíricas consiste en el carácter lingüístico de su objeto de investigación que hace, del lenguaje dogmático, un meta-lenguaje respecto al lenguaje del discurso del legislador en el cual tal objeto consiste. Pues bien, me pregunta Gentili: ¿las proposiciones de la dogmática “son solo descriptivas” o son “también prescriptivas”? Que en mi parecer sean (también) “descriptivas”, escribe Gentili, no hay duda: lo son, si bien es cierto que con las comillas requeridas, por el hecho que tienen por objeto documentos normativos y son, en consecuencia, el fruto de aquella particular y singular “descripción” que es el análisis o la interpretación del lenguaje legal. De ellas es predicable la “verdad” o la “falsedad” jurídica -de nuevo con las debidas comillas, por el carácter opinable, como diré, de una y de la otra- en el sentido, recuerda Gentili, de su “correspondencia” con lo que dicen los textos normativos: entiendo por “correspondencia”, según la concepción semántica de la verdad de Alfred Tarski, el *significado* del predicado metalingüístico “verdadero”, que nada nos dice en torno a los *criterios* de verdad, es decir, a las condiciones en presencia de las cuales es

⁹ Sobre la cuestión de la naturaleza del objeto de la dogmática, véase otra aguda intervención de A. Gentili, (2011) y mi réplica en §§ 1.3 y 2.1. de la misma obra.

justificado decir de una tesis que es verdadera o que es falsa, y que son en cambio el criterio sintáctico de la coherencia y el pragmático de la aceptabilidad justificada.¹⁰

Dicho esto, debemos enseguida añadir que una “verdad jurídica” así es con frecuencia demasiado opinable al estar *justificada* por argumentos racionales y, en consecuencia, en base a ellos, propuesta o prescrita como aceptable o compartible. De aquí el carácter *también* “prescriptivo” de las proposiciones de la dogmática, ligado al hecho, como escribe Gentili, de que ésta “afirma el carácter y las condiciones de validez de las normas expresadas por documentos legislativos”. Estas operaciones -el análisis del significado y el juicio sobre la validez de las normas- no son solamente descriptivas. El significado de las normas no es objetivamente intrínseco a los enunciados normativos, sino que está asociado a estos por el intérprete mediante proposiciones que, cuando tales enunciados son equívocos y su interpretación es controvertida, son del tipo: “entiendo y propongo entender tal texto en el sentido que...”.

Aún mayor es el valor prescriptivo de los juicios sobre la validez de las leyes, a las cuales, a la indeterminación semántica tanto de los textos legislativos como de los constitucionales, se agrega la valoración de la incompatibilidad de los significados asociados a los primeros con los *principia iuris et in iure*, algunas veces en conflicto entre sí, formulados por los segundos. Pero no solo. Las violaciones de las normas constitucionales pueden presentarse, además de por comisión con motivo de leyes inválidas, también por omisión, como sucede por ejemplo en caso de falta de actuación legislativa de los derechos constitucionalmente establecidos. Se arriba así a lo que muchas veces he llamado, en polémica con la pretendida no valoración recomendada por el método técnico-jurídico, al rol crítico y proyectual, en este sentido prescriptivo, impuesto a la ciencia jurídica por los *principia iuris tantum* de la coherencia y de la completitud: crítico frente a las *antinomias*, ante las cuales considera como debida su anulación jurisdiccional, y proyectual frente a las *lagunas*, ante las cuales igualmente considera debida su superación por vía legislativa. El mismo vigor de las leyes, como justamente subrayó Gentili, puede ser incierto, y por ello no solo defendido sino también rechazado, sobre la base por ejemplo de su implícita abrogación o por el defecto de competencia de los sujetos que las produjeron.

Es evidente que el grado de verificabilidad y de falsación (e, inversamente, de opinabilidad y de prescriptividad) de las tesis de la dogmática depende de la semántica tanto del lenguaje legislativo como del lenguaje constitucional, y precisamente del grado de determinación de uno y del otro. No tendríamos dudas si, por ejemplo, en un examen de derecho civil, ante la pregunta de “qué es el mutuo”, un estudiante responde con la definición de “comodato”, para decir que su respuesta es falsa. En cambio, será mucho más opinable, a causa del carácter vago, valorativo y algunas veces contradictorio del lenguaje normativo, la verdad o falsedad de tesis como aquellas de que una dada conducta integra el no mejor precisado delito de “maltratos en familia”, o que una determinada circunstancia del delito integra el estado de necesidad o la legítima defensa, o que una determinada norma de alguna ley es compatible o no con el principio de igualdad.

En suma, es de la semántica del lenguaje legal que depende la que Gentili llama la “felicidad” de los enunciados normativos y, de reflejo, la de las proposiciones de la dogmática. De hecho, la doctrina se encuentra con frecuencia

¹⁰ Reenvío, sobre la noción semántica de “verdad jurídica” y sobre la distinción entre “significado” y “criterios” de verdad a Ferrajoli (2008b [1989]: 13-18, 94-107; y a Ferrajoli (1993: 477-486). [Hay traducción al castellano con el título “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre *Derecho y razón*”, en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?*].

frente a enunciados normativos vagos y ambiguos y a conflictos entre derechos fundamentales que amplían algunas veces, por mucho, “los espacios de discrecionalidad interpretativa” y las “valoraciones” requeridas por la necesidad de colmarlos. Por ello, siempre es de extrema actualidad la invitación de Gaetano Filangieri para el desarrollo de una “ciencia de la legislación” y también, debe añadirse, de una “ciencia de la constitución”, como la llamó Giandomenico Romagnosi, destinada a promover la formulación de las normas legislativas y constitucionales en un lenguaje lo más posiblemente claro y riguroso: en garantía de la certeza del derecho y de la efectiva sujeción a la ley de los poderes públicos, para comenzar por el poder judicial.

Positivism jurídico y constitucionalismo

Gracias a la ambivalencia de los fenómenos normativos, conducibles todos, se dijo, tanto a normas reguladoras como a hechos regulados, el paradigma constitucional, como he sostenido muchas veces, puede ser configurado como un complemento y un refuerzo del positivismo jurídico. En base a este, de hecho, no solo el ser, sino también el deber ser (o no ser) del derecho resulta positivizado en normas supraordenadas a cualquier otra norma del ordenamiento y es, en consecuencia, eliminado, con la sujeción al derecho también del legislador, el último residuo del gobierno de los hombres. Es claro que esta positivación del “deber ser” del derecho se resuelve en el carácter normativo de los *principia iuris tantum* de la coherencia (lo que el derecho “no debe ser”) y de la completitud (lo que el derecho “debe ser”) y comporta por ello el ya mencionado rol crítico y proyectual de la ciencia jurídica en las relaciones con sus posibles violaciones o incumplimientos. Es así que el “derecho ilegítimo”, como bien observaron Giacomo Marramao y Salvatore Senese, es tratado en *Principia iuris* como el objeto ineludiblemente impuesto a la ciencia jurídica por la positivación del deber ser constitucional de su objeto mismo: entendiendo con “derecho ilegítimo” el derecho que “no debe ser” sino que indebidamente es, como se manifiesta en las antinomias, es decir, en violaciones por comisión, y el derecho que “debe ser” pero que indebidamente no es, como se manifiesta en las lagunas, es decir, en violaciones por omisión de los derechos constitucionalmente estipulados.

Encuentro, en consecuencia, infundada la tesis de Fabrizio Mastromartino según la cual precisamente “la naturaleza normativa de los principios de coherencia y de completitud”, consecuencia de la positivación del deber ser del derecho, haría “ideológico, según el significado atribuido por Bobbio a ‘ideología’”, el paradigma constitucional por mí teorizado. Bobbio, en efecto, caracteriza la aproximación iuspositivista, según el tradicional modelo benthamiano y austiniano, como una aproximación puramente descriptiva, que excluye valoraciones o críticas al interior por parte de la ciencia jurídica,¹¹ permitiéndolas solo desde el exterior por parte de la

¹¹ Como observé más arriba, al final de la nota 2, el carácter formal de la teoría no se identifica para nada, en mi parecer, con su carácter descriptivo y avalorativo, excluido éste, en cuanto hace a la teoría, por el carácter estipulativo o convencional de las definiciones de sus conceptos y, por lo que hace a las disciplinas jurídicas particulares, por el rol crítico a ellas asignado por el paradigma constitucional en sus relaciones con las leyes inválidas y los incumplimientos legislativos de la constitución. Por lo demás, como tuve oportunidad de subrayar en Ferrajoli (2010: 2772-2773), en la nota 2, no me parece enteramente compartible ninguno de los tres significados de “positivismo jurídico” distinguidos, como se sabe, por N. Bobbio (1965: 103-114). [Hay traducción al castellano con el título “Jusnaturalismo y positivismo jurídico”, contenido en *El problema del positivismo jurídico*]: a) no, como apenas sostuve, el significado del positivismo jurídico como “método” consistente en una aproximación puramente descriptiva y avalorativa del estudio del “derecho cual es”, y no “cual debe ser”, dado que en el “derecho cual es” entra, en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, también el “derecho cual debe ser constitucionalmente”, sobre cuya base debe ser valorada la validez del restante “derecho cual es”; b) tampoco del “positivismo jurídico” como “teoría”, que describe el “derecho como hecho”, es decir, como el conjunto de reglas “puestas directamente o indirectamente por órganos del

política y de la filosofía política. Mi iuspositivismo, por ello, faltaría a este supuesto postulado metodológico del positivismo jurídico, dado que se caracteriza por la distinción, ignorada por aquel modelo, entre validez y vigor de las normas, así como por la tesis de que la ciencia jurídica no puede limitarse a un acercamiento al derecho positivo de tipo solamente descriptivo, siéndole impuesto por su mismo objeto un rol crítico en sus relaciones con las violaciones por comisión o por omisión del dictado constitucional por parte del legislador, y por ello prescriptivo de su reparación a cargo de la jurisdicción constitucional y de la legislación ordinaria.¹²

Tengo la impresión que en la base de esta caracterización como “ideológico” de un acercamiento al derecho esté la tesis, sostenida por Mastromartino, de la “naturaleza axiológica de los principios de coherencia y completitud”, los cuales corresponderían a “valores”. Coherencia y completitud, al contrario, como por otra parte reconoce en cierta medida el mismo Mastromartino, son “principios lógicos del discurso normativo, normativos respecto a su objeto, el derecho, en razón del carácter nomodinámico de los sistemas jurídicos modernos, fundados sobre el principio de legalidad y articulados sobre más niveles, cada uno de los cuales es normativo respecto al inferior”: en consecuencia, no principios axiológicos, o ideológicos, o valores morales o políticos, ni menos aún características objetivas o efectivas de los ordenamientos, sino más bien principios jurídicos *-iuris tantum*, si bien no *in iure*- cuya normatividad es la misma que la normatividad del derecho. Es el mismo Bobbio quien lo reconoce en un pasaje por mí citado en *Principia iuris* y también citado por Mastromartino: “Un sistema jurídico, en cuanto está fundado sobre el principio de legalidad, no debe ser contradictorio. Este punto fue ilustrado particularmente por Kelsen y por García Máynez. Pero esto significa que el principio de no contradicción es una verdadera y propia regla jurídica, contenida implícitamente en cada ordenamiento. Y si primero mostré que el principio de legalidad tiene en un sistema normativo la misma función que el principio lógico de no contradicción tiene en un sistema teórico, ahora me doy cuenta que el principio de no contradicción funge en el mismo sistema normativo como regla jurídica” (Bobbio, 1954: 153-154).¹³ No-contradicción (o coherencia) y completitud, en breve,

Estado”, no pudiéndose hoy admitir, después del fin del monopolio estatal de la producción jurídica, la “común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatalista del derecho”; c) tampoco, finalmente, del iuspositivismo como “ideología”, significado según el cual el derecho existente, solo por ser tal, es también “justo”: concepción que, en realidad, no es iuspositivista, estando en contraste con las primeras dos, y que por lo demás no fue nunca sostenida sino más bien firmemente rechazada por todos los clásicos del positivismo jurídico: por Bentham, Austin, Kelsen, Hart y por el mismo Bobbio.

¹² Desde Ferrajoli (2008b [1989]: 909-922), contrapuse el “positivismo crítico” o garantista propio del estado constitucional de derecho, basado en la disociación entre validez y vigor, al “iuspositivismo dogmático” propio del estado legislativo de derecho, en el cual, en cambio, validez y vigor coinciden. El consecuente reconocimiento de que la doctrina “admitiría juicios de validez que son en realidad juicios de valor constitucional” -es decir, que no obstante la doctrina y la jurisprudencia constitucional hacen, hicieron siempre y no pueden no hacer- es extrañamente considerado por Mauro Barberis “un primer deslizamiento metodológico (la doctrina no conoce avalorativamente, sino valora)” en dirección de la temida ideología (Barberi, 2011: 233). Este primer deslizamiento, agrega Barberis, “comporta, viéndolo bien, un segundo deslizamiento: si los valores morales fueran ya internos al derecho del Estado constitucional, entonces el derecho no sería más un simple hecho que se podría conocer avalorativamente, sino devendría él mismo un valor, al cual los juristas deberían adherirse moral y políticamente”: tesis esta que, además de ser un simple *non sequitur*, no solo no fue nunca sostenida por mí, sino fue siempre, al contrario, explícita y netamente rechazada sobre la base de la firme defensa, también en el Estado constitucional, de la separación entre derecho y moral (en Ferrajoli, 2008b [1989]: 203-210 y, por último, en Ferrajoli (2007: pp.309-314), *Pill*, cap. XVI, § 15.2, y en Ferrajoli (2010), dedicados a la crítica del neoconstitucionalismo iusnaturalista de cuantos -como Dworkin, Alexy, Nino y Atienza- interpretan el constitucionalismo como una renovada conexión post-positivista entre derecho y moral).

¹³ [Hay traducción al castellano con el título “Formalismo jurídico y formalismo ético”, contenido en *Contribución a la teoría del Derecho*.] “El principio de no contradicción”, había escrito a su vez Kelsen (1945) en el pasaje referido por Bobbio, “es, de hecho, igualmente válido para el conocimiento en el campo de la validez normativa como en el de la realidad empírica.” Trad. it. de S. Cotta y G. Treves



son aspectos que el derecho positivo de los actuales ordenamientos constitucionales *de hecho* no tienen, pero que *de derecho* deben contener, en razón del deber ser no ya moral o político, sino más bien jurídico, además que lógico, expresado por normas constitucionales y, más en general, por normas de nivel superior respecto a (o sea sobre la producción de) aquellas de nivel inferior.

Ciertamente, podemos muy bien continuar identificando el positivismo jurídico, en las palabras de Bobbio, como un “modo de acercarnos al estudio del derecho... caracterizado por la neta distinción entre derecho real y derecho ideal o, con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho cual es y el derecho cual debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista sea el primero y no el segundo” (Bobbio, 1965: 105).¹⁴ a condición, no obstante, de que se reconozca que para el “derecho cual es”, o sea, del “derecho real” o “como hecho”, en las actuales democracias constitucionales también hace parte integrante, con rango supra-ordenado, su “deber ser jurídico” o “constitucional”, por lo que cualquier aproximación que se considere “iuspositivista” no puede no ocuparse de este;¹⁵ del cual, aún más, el jurista positivo se debe ocupar como del principal objeto de análisis explicativo y del principal parámetro de valoración normativo: pero de una valoración, atención, que es enteramente jurídica o interna, es decir, desarrollada sobre el plano mismo del derecho positivo. Banalmente, diremos que los *principia iuris tantum* son principios lógicos que expresan y explican la normatividad del derecho y, en particular, de los *principia iuris et in iure*, estos sí axiológicos, constitucionalmente establecidos. De aquí, como afirman Senese y Marella, el abandono de cualquier pretensión avalorativa jurídica del derecho vigente y el reconocimiento del rol performativo, además de crítico y proyectual, desarrollado por la ciencia jurídica en sus relaciones con su objeto: un objeto lingüístico, al cual la teoría, donde tome seriamente la constitución, impone coherencia y consistencia lógica y que la ciencia positiva del derecho y la práctica jurídica constantemente reformulan y tienen la tarea de reformular en actuación de su modelo constitucional.

3. Cuestiones teóricas

El segundo grupo de cuestiones atendidas en nuestra discusión, con las intervenciones de Giacomo Marramao, Alessando Ferrara, Tamar Pitch, Maria Rosaria Marella, Francesco Cerrone, Cesare Salvi, Salvatore Senese, Fabrizio Mastromartino, Gaetano Azzariti y Stefano Anastasia, tiene que ver con temas específicos de teoría del derecho y de la democracia: el modelo de la democracia constitucional, la cuestión de la igualdad, los conceptos de propiedad y de libertad, las antinomias y las lagunas, Europa, la noción de federación y la perspectiva de un constitucionalismo supranacional.

(1959: 415). [Hay traducción al castellano con el título *Teoría General del Derecho y del Estado*]. Estos pasajes son citados por mí Ferrajoli (2007: 75), en *Pil, Introduzione*. Véase también en Ferrajoli (2007: pp. 26-38).

¹⁴ [Hay traducción al castellano con el título “Positivismo jurídico”, contenido en *El problema del positivismo jurídico*]. Se trata de la separación entre derecho y moral que, como recordé en la nota 12, siempre he defendido firmemente.

¹⁵ Hace parte, en otras palabras, del “derecho positivo” como derecho “puesto” por quien está habilitado para producirlo, tal cual es definido por el mismo Bobbio en el siguiente pasaje: “Si se conviene llamar derecho positivo el derecho vigente en una determinada sociedad, es decir, aquel complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos que vienen habitualmente seguidas por los ciudadanos y aplicadas por los juristas, entonces se puede definir ‘positivismo jurídico’ cada teoría del derecho la cual parta del presupuesto que, objeto de la ciencia jurídica, sea el derecho positivo”. (Bobbio, 1965: 106-107).

El paradigma de la democracia constitucional

Ya recordé la sintética reconstrucción, a cargo de Salvatore Senese, Giacomo Marramao, Francesco Cerrone y Alessandro Ferrara, del paradigma constitucional diseñado en *Principia iuris*: la dimensión sustancial, además de la formal, de la validez de las leyes y, por ello, de la democracia, introducida en nuestros sistemas políticos por la constitucionalización de un conjunto de derechos fundamentales correspondiente a la esfera de lo que ninguna mayoría puede decidir y que cualquier mayoría debe decidir.

Se trató, como escribió Marramao, de un radical cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia: no más concebible, uno según el viejo modelo paleo-iuspositivista, el otro según el sentido común y las teorías dominantes de Kelsen a Bobbio, de Dahl a Dworkin y el mismo Rawls, sobre la base de condiciones solo formales o procedimentales, sino más bien definibles ambos sobre la base de una “doble fuente de legitimación democrática: la soberanía popular que se expresa en el voto y en las instituciones de la representación, y el sistema de los derechos y de las garantías fundamentales puestas en tutela de los ciudadanos por cualquier mayoría”; en breve, sobre la base no solo de la forma, sino también de la sustancia democrática consistente en los derechos de todos, a cuya forma está subordinada. Se transforma consecuentemente, agrega Marramao, la relación entre derecho y política. El derecho continúa siendo un producto de la política, conforme al paradigma positivista. Sin embargo, cesa de ser un simple instrumento de actuación de la voluntad, cualquiera que esta sea, de las mayorías políticas. La política de hecho está, al contrario, subordinada al derecho, y precisamente a la constitución, en cuanto instrumento de actuación de la razón social en ella estipulada.

Se entiende, escribe aún Marramao, cómo la complementación del estado de derecho realizada con la “positivación de los derechos fundamentales” amplía el rol de la jurisdicción. Se logra de hecho la sujeción del legislador mismo a la ley constitucional y, en consecuencia, al control jurisdiccional de legitimidad constitucional de las leyes ordinarias. Pero precisamente esta expansión del rol de la jurisdicción, agregó, impone que de esta sea reiterada la legitimación garantista, en cuanto actividad tendencialmente cognitiva de aplicación de la ley, contra su etización a cargo de las orientaciones neoconstitucionalistas y neoiusnaturalistas de autores como Dworkin, Alexy, Aienza y Zagrebelsky quienes, sobre la base de una concepción de los derechos fundamentales como principios morales, objeto de balance en vez de aplicación, debilitan, como ya dije, tanto la fuerza normativa de las normas constitucionales como las fuentes de legitimación de la jurisdicción.

Alessandro Ferrara, a su vez, subrayó la actualidad de este cambio de paradigma, producido cerca de la caída de los totalitarismo, “en el momento histórico en el cual vivimos”: no solo en tutela de los derechos, sino también en contra del desarrollo, en Italia pero más en general “en todos los continentes”, de aquellas que bien podemos llamar “autocracias electivas”.¹⁶ Evidenció además el carácter formal del “blindaje estructural” que en mi parecer viene dado por la rigidez de las constituciones a la que llamé la esfera de lo no decidible: un blindaje fundado no ya, como el propuesto por Rawls, en una “filosofía de la historia”, o como la proyectada por Dworkin sobre una “interpretación moral de la constitución”, sino más bien sobre “una concepción simple de los derechos fundamentales y de la naturaleza de la democracia, que hace la teoría del derecho y de la democracia...

¹⁶ Sobre las tendencias degenerativas hacia la “autocracia electiva, populista y plebiscitaria”, véase M. Bovero (2000: 157). [Hay traducción al castellano con el título *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*]; y Bovero (2009), en §§ 3 y 4. [Hay traducción al castellano con el título “La democracia y sus condiciones”, en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*].



particularmente conforme con una visión no perfeccionista y, sin embargo, plenamente normativa del liberalismo”. Este blindaje es llamado con razón por Ferrara “estructural”, dado que proviene de la misma estructura o forma universal de los derechos fundamentales: una forma universal, atención, no ya en el sentido de su (inexistente) compartición universal, menos aún de cualquier (supuesta) objetividad o universalidad moral, sino más bien en el sentido puramente lógico de la cuantificación universal de las personas que son los titulares. Tales derechos, de hecho, contrariamente a los derechos patrimoniales que son atribuidos singularmente a cada uno con exclusión de otros, son conferidos a todos por normas heterónomas; entonces, gusten o no gusten, ninguno puede privárselos sin que estos cesen de ser universales y con ello fundamentales; ni pueden ser abolidos o reducidos por ninguna mayoría, dado que ninguna mayoría puede disponer de lo que no le pertenece. De aquí mi redefinición de la “soberanía popular”, recordada por Francesco Cerrone, como garantía frente a cualquier poder, para comenzar con las “autocracias electivas” de las cuales habló Ferrara: precisamente, como *garantía negativa*, en el sentido que la soberanía, como afirma por ejemplo la Constitución italiana, “pertenece al pueblo” y a ningún otro, tanto que ningún titular de poderes públicos -asamblea electiva o presidente electo- puede apropiársela y usurparla; y como *garantía positiva*, en el sentido que, no siendo el pueblo un macrosujeto sino el conjunto de millones de personas de carne y hueso, la soberanía se identifica con aquellos fragmentos de poderes y contrapoderes soberanos de todos y de cada uno que son precisamente los derechos constitucionales atribuidos a todos y a cada uno.

Se puede de esta forma invertir, en razón de este blindaje estructural de los derechos constitucionalmente establecidos, el argumento de Ackerman recordado por Alessandro Ferrara de la autoridad de la “voluntad democrática soberana” y, antes aún, el de Sieyès de la soberanía popular constantemente en acto, también a cargo de las generaciones futuras, cuyas manos no pueden en consecuencia ser ligadas por las generaciones presentes.¹⁷ Es de hecho en la misma forma universal de los derechos fundamentales, es decir, en su titularidad a cargo de todos y cada uno, que reside la soberanía popular y el fundamento político de la rigidez de las constituciones: dirigidas, precisamente, a atar las manos de las generaciones cada vez presentes así como a impedir, como por desgracia históricamente sucedió, que sean amputadas las de las generaciones futuras.

Se puede además responder, sobre esta base, a la pregunta que me dirigió Alessandro Ferrara: considerado que el artículo 139 de la Constitución italiana protege con rigidez absoluta solamente la forma republicana, ¿sería posible, por ejemplo, reintroducir en Italia con ley constitucional una religión oficial del Estado, en contraste con el principio de igualdad y con los principios de la laicidad y de la igual libertad religiosa? La respuesta, sugerida por las razones conceptuales y estructurales arriba recordadas, es que no sería posible. Añado que estas razones son también normativamente expresadas por el artículo 2 de nuestra misma Constitución, que declara “inviolables” los derechos del hombre. En este sentido, por otra parte, se pronunció nuestra Corte constitucional, que en la famosa sentencia n. 1146 de 1988 declaró que “la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni

¹⁷ “Una nación no puede ni alinear ni vedarse el derecho de querer; y, cualquiera que sea la voluntad, no puede dejar el derecho de cambiarla cuando su interés lo exige”. (Sieyès, 1788). Trad. it. *Che cosa è il terzo Stato?* a cargo de U. Cerroni (1992: 59). [Hay traducción al castellano con el título *¿Qué es el tercer Estado?*]. El principio fue enunciado en el artículo 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 después en el artículo 28 de la Constitución del 24 de junio de 1793: “Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”.

siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales”: principios entre los cuales se encuentran, evidentemente, los derechos fundamentales.¹⁸ Dicho esto, sin embargo, sería sumamente oportuno, con los tiempos que corren, garantizar aún más explícitamente, estableciéndoles la rigidez absoluta, cuando menos los derechos y los principios considerados precisamente “supremos”, como hicieron muchas otras constituciones: la portuguesa y la brasileña sustraen de la modificación una amplia serie de principios y de derechos por lo que, ni siquiera por la humanidad, pueden ser suprimidos o reducidos.¹⁹

La igualdad y las diferencias. Lo universal y lo particular

Un segundo orden de cuestiones atendidas en nuestra discusión fue la *vexata quaestio* de la relación entre igualdad y diferencia.

Tamar Pitch parte de mi definición de la igualdad como igual valor asociado a todas las diferencias de identidad y como desvalor asociado a las desigualdades económicas y sociales. Y dirige una crítica a mi distinción y contraposición entre diferencias y desigualdades: unas implicadas por el principio de igualdad, las otras por este mismo principio negadas; las primeras garantizadas por los derechos de libertad, que son todos derechos a la (tutela de la propia) diferencia, las segundas contrastadas y, cuando menos, reducidas por la garantía de los derechos sociales, que son todos derechos a la remoción de las desigualdades. Pues bien, Pitch sostiene “la imposibilidad de distinguir diferencias de desigualdades (no sobre el plano normativo, sino) sobre el plano social. Lo que concretamente somos (y también lo que seremos) es el resultado de la interacción entre condiciones no escogidas (dónde nacemos, nuestro sexo y habilidad física, el color de nuestra piel, la posición social de nuestra familia de origen, etcétera) y condiciones escogidas, además del resultado de la interacción entre cómo nos percibimos y cómo nos perciben los otros, en modo tal que llega a ser frecuentemente difícil actuar para disminuir las desigualdades respetando, aún más valorizando, las diferencias”.

Por otra parte, como observó justamente Marella, “es un error hacer” de las libertades y de los derechos civiles “una agenda en sí, ignorando las condiciones materiales de vida de las personas”. Las violaciones de las libertades fundamentales, como por ejemplo aquellas perpetradas por leyes contra las mujeres en materia de procreación asistida y de autodeterminación, o aquellas encaminadas al diseño gubernativo en materia de testamento biológico, agravan de hecho también las desigualdades materiales, pesando sobre todo sobre las personas más débiles y económicamente desaventajadas. “El contexto político-social”, de hecho, afirma Marella, “condiciona el disfrute de los derechos” de libertad, dado que “en contextos de desigualdad social y material, la atribución de los derechos mismos beneficia a los grupos sociales de los que son destinatarios en manera diversa, según las relaciones de fuerza al interior de la sociedad, es decir, de la diversa

¹⁸ Se recuerda también, en el tema de “principios supremos”, la sentencia constitucional n. 31 del 1 de marzo de 1971 en la cual se afirma: “El artículo 7 Constitucional no impide el control de constitucionalidad de las leyes que introdujeron en el ordenamiento interno las cláusulas de los Pactos Lateranenses, pudiéndose valorar la conformidad o no a los principios supremos del ordenamiento constitucional”.

¹⁹ El artículo 79, párrafo tercero, de la Ley fundamental alemana de 1949 establece: “No es admisible una modificación de la presente Ley fundamental en virtud de la cual se afecte la división de la Federación en *Länder*, la participación de los *Länder* en la legislación o los principios enunciados en los artículos del 1 al 20”. El artículo 288 de la Constitución portuguesa enumera catorce buenas materias, entre las cuales están todos los derechos fundamentales y la separación de los poderes, sustraídas al poder de revisión. Análogamente, el artículo 60 de la Constitución brasileña de 1988 establece la intangibilidad, además de la forma federal del Estado; de la separación de los poderes y de los derechos y de las garantías individuales.



fuerza de reivindicación, del diverso grado de información e instrucción, de las concretas posibilidades/actitudes de acceso a ese derecho, hasta consolidar y agravar la situación de desventaja de quien deberían ser mayormente tutelado”.

Todo esto es verdad. Sobre el plano social nuestra identidad es también determinada, de hecho, por las desigualdades materiales con las cuales estamos aventajados o discriminados. Y las desigualdades materiales terminan por comprometer, por las discriminaciones que de hecho traen, también la igualdad formal. Estas acertadas advertencias, sin embargo, no prejuzgan en nada, en mi parecer, la distinción y la oposición conceptual entre diferencias y desigualdades expresadas “sobre el plano normativo” por el principio de igualdad, contra su negación y confusión “sobre el plano social”: a fin, precisamente, de tutelar las primeras (como aquellas enlistadas en el párrafo primero del artículo 3 de la Constitución italiana) y de remover las segundas (como aquellas a las que se refiere el párrafo segundo del mismo artículo). Aquellas advertencias valen, acaso, para confirmar la estrecha relación no ya de conflicto -según un lugar común de la ideología liberal- sino más bien de sinergia entre derechos civiles y de libertad por un lado y derechos sociales por el otro: es decir, las tesis, sobre las cuales he insistido mucho, de que las garantías de los segundos valen para reforzar las garantías de los primeros, siendo un presupuesto esencial de su efectividad,²⁰ que la igualdad formal no es para nada descontada, sino que es también un principio normativo cuya efectividad depende en gran parte del grado de igualdad sustancial; que, en suma, la tutela de las diferencias requiere la reducción de las desigualdades.

Tómese la cuestión de las acciones positivas subrayada por Pitch. Tamar Pitch critica mis tesis en su apoyo con el argumento, frecuentemente invocado en la literatura feminista, de que las acciones positivas “reiteran, sobre el plano simbólico y cultural”, la discriminación de las mujeres, así que para superar esta “no se trata tanto de cambiar los criterios del reclutamiento y/o de mudar las condiciones sociales y culturales” como sí lamentablemente de transformar “el sistema mismo (jurídico, social, cultural) para así hacerlo de verdad apto para quien en él no estaba preparado”. De acuerdo. Es claro, sin embargo, que una transformación proyectada de esa forma es al mismo tiempo de tipo jurídico, social y cultural. Sobre el plano jurídico aquella transformación es favorecida por una más amplia satisfacción de los derechos sociales, el primero de entre ellos el derecho a la educación, y por procesos que le permitan civilizarse a la sociedad masculina y de reducción de las desigualdades. Sobre este mismo plano, por otra parte, el argumento de Tamar Pitch en contra de las acciones positivas puede ser invertido. Hasta que aquella transformación sobre el plano social y cultural no sea producida, las acciones positivas, precisamente por su valencia simbólica, tienen el valor de una denuncia y de una desmitificación: sirven para evidenciar precisamente la discriminación de hecho, sobre el plano social y cultural, que los normales “criterios de reclutamiento”, las “condiciones sociales y culturales que premian” una clase de sujetos respecto a otra y la presente “organización del sistema político construido a medida de aquellos sujetos” sirven para negar y ocultar.

²⁰ Reenvío, sobre esta sinergia entre las garantías de las cuatro clases de derechos fundamentales, distinguidas en sede de teoría del derecho -derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales-, a *Pill*, Ferrajoli (2007: 23-24, 71, 256, 397 y 611). Remito también a *I fondamenti dei diritti fondamentali* en Ferrajoli (2001: 328 ss.), en respuesta a la crítica que me dirigió Anna Pintore (2000: 189-190), según la cual los derechos están frecuentemente entre sí en conflicto y “entran en un juego de relaciones recíprocas de suma cero”. [Hay traducción al castellano con el título “Derechos insaciables”, contenido en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*].

Añado que el nexo entre igualdad y diferencia es un nexo lógico y conceptual que va más allá, sobre el plano teórico, del significado normativo mismo del principio jurídico de igualdad. Se le puede explicar e iluminar a través del análogo nexo que liga lo “universal” y lo “particular”, por ejemplo, en el juicio, al mismo tiempo de legalidad y de equidad, sobre un hecho determinado. Estoy por ello agradecido con Cerrone por haber recordado las tesis sobre la equidad y sobre la relación entre equidad y legalidad que sostuve en *Derecho y razón* y que me parecen centrales para los fines de la comprensión de la fenomenología del derecho (Ferrajoli, 2008 [1989]: 135-147). En contra de la idea común de que la equidad se opone a la legalidad como una suerte de “correctivo”,²¹ caractericé la equidad simplemente como la comprensión y la valoración de las circunstancias de hecho -individuales, existenciales e irrepetibles- que hacen de cada hecho, o situación o persona un hecho, una situación y una persona *diferente* de todos los otros, todos normativa y abstractamente previstos como *iguales*. Esta relación entre universal y particular, entre abstracto y concreto, entre concepto y cosas por él denodadas está a la base no solo de la definición de la igualdad como igual valor normativamente asociado a las diferencias personales, sino también de la fenomenología del juicio, por ejemplo penal, en el cual la legalidad tiene que ver con la *jurisdictio* mientras la equidad tiene que ver con la *iuris-prudentia*, es decir, la valoración de las circunstancias concretas que fundan la motivación de la medida de la pena. Pero está también a la base, más en general, de la valoración del caso concreto y del aprecio de sus circunstancias en presencia de todas las cuestiones de principio, como justamente subraya Cerrone a propósito del juicio sobre el velo islámico, si es expresión (por ser fruto de libre opción) o, al contrario, lesión (por ser fruto de constricción) de la libertad personal. De aquí el aspecto positivo, subrayado por Cerrone, de la comprensión equitativa: *tout comprendre est tout pardonner*, dice una vieja máxima. Una plena comprensión de todas las razones y de todos los aspectos específicos de un hecho comporta siempre una posición de indulgencia, si bien no de justificación.

Propiedad y libertad

Se dijo que la igualdad en cuanto tutela de las diferencias y remoción de las desigualdades está asegurada por derechos fundamentales, que son siempre derechos a la diferencia o a la reducción de las desigualdades. “Los hombres nacen... iguales en derechos”, dice el artículo 1 de la Declaración de derechos de 1789: entendiéndose evidentemente por “derechos” los derechos fundamentales, que son atribuidos igualmente a todos, y no los derechos patrimoniales, de los cuales cada uno es, al contrario, titular con exclusión de todos los otros y que están en consecuencia a la base de la desigualdad. Somos iguales en las libertades fundamentales, y no ciertamente en las propiedades, respecto a las cuales somos inevitablemente desiguales.

²¹ Es la concepción de la equidad como justicia del caso concreto, no *intra-*, sino *extra-* o *ultra-* o *contra-legem*, proveniente de Aristóteles y constantemente retomada en toda la historia del pensamiento jurídico, de Hobbes a Kant y Hegel, hasta Perelman y Bobbio: véanse las notas en Ferrajoli (2008 [1989]: 180-183. Aquello que es equitativo, escribe Aristóteles, “si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es ella menos recta; de hecho, el error no reside en la ley, sino en la naturaleza de la cosa... Cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y esta es, sin más, la naturaleza de lo equitativo: corregir la ley ahí donde es insuficiente a causa de su expresión universal”. (Aristóteles, 1957: 155-156). [Hay traducción al castellano con el título *Ética Nicomaquea*].



De esta relación entre libertad y propiedad Cesare Salvi delineó un breve pero eficaz itinerario histórico. Recordó sobre todo cómo la identificación lockiana de propiedad y libertad, “constitutiva de la modernidad jurídica de occidente” y “dominante hasta el siglo XX ya avanzado”, fue puesta en crisis, a mitad del siglo pasado, por la exclusión de la propiedad del elenco de los derechos en las constituciones del periodo post-segunda guerra y, por otra parte, por las políticas de intervención estatal en la economía, por las limitaciones de la propiedad privada y por la construcción del Estado social como “condición para asegurar una libertad sustancial”. Después, reveló Salvi, en el último cuarto de siglo se produjo la restauración liberista de la vieja “identificación entre (garantía de la) propiedad y (garantía de la) libertad”. La restauración vino, escribe Salvi, sobre más niveles y terrenos: a) sobre el plano ideológico, a través de las teorizaciones de Nozick, por la escuela del análisis económico del derecho y de autores como Richard Pipes (autor, en 1999, del famoso ensayo *Property and Freedom*), los cuales relanzaron la idea de la propiedad como libertad, configurando el mercado, libre de interferencias estatales, como el lugar auto regulado, óptimo y natural de la producción y de la distribución de la riqueza; b) sobre el plano político y jurídico, a través de las masivas privatizaciones de los bienes comunes y de dominio público y la afirmación del carácter excepcional de la propiedad pública respecto a la privada, derogable a favor de la primera solo en presencia de evidentes intereses generales y obviamente dentro de la adecuada indemnización; c) finalmente, a nivel institucional, a través de procesos de integración supranacional e internacional, como la formación de la Unión Europea y la globalización, los cuales debilitaron los límites y los vínculos normativos impuestos al mercado a las leyes y a las constituciones nacionales y elevando la *lex mercatoria* a sustancial *grundnorm* del nuevo orden global.

Sobre esta turbada relación entre propiedad y libertad, Salvi expresa por un lado un acuerdo, por el otro una crítica de mis tesis. El acuerdo tiene que ver con la distinción estructural que sobre el plano del análisis conceptual debe ser según mi parecer operada entre a) los derechos de libertad, b) la propiedad como derecho civil de llegar a ser propietario y de intercambiar bienes de propiedad y, c) la propiedad como derecho real sobre bienes de propiedad. Es ésta, como recordó Dario Ippolito, una tesis sobre la cual siempre he insistido. Tal tesis rechaza la mistificación liberal, desde Locke en adelante, de la propiedad como libertad y, conjuntamente, la opuesta descalificación marxista, a la primera subalterna, de las libertades como corolario o variantes de la propiedad. Mientras, de hecho, los derechos de libertad consisten o en simples inmunidades, o bien en libertad-facultad cuyo ejercicio no consiste nunca en actos jurídicos productores de efectos, la propiedad, en los sentidos mencionados, es un poder, dado que su ejercicio interfiere en la esfera jurídica de los otros y debe, por ello, en el estado de derecho que no permite la existencia de poderes *legibus soluti*, ser sometida a límites y a vínculos en garantía de los derechos fundamentales de todos. Estos límites y estos vínculos por lo demás, como bien destacó Marella, son establecidos por la misma definición del “contenido del derecho” de propiedad dictada por el artículo 832 de nuestro código civil: “El propietario tiene derecho de gozar y de disponer de las cosas en modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico”.

La crítica tiene que ver en cambio con aquello que Salvi llamó mi “optimismo utopista” de frente a la presente globalización, la cual arrolla derechos y democracia y al proceso de integración europea tal cual se desarrolló en estos últimos años. Respondo que el mío es un optimismo que llamé “metodológico” porque está ligado a la posibilidad sobre el plano teórico, y por ello al deber de la política sobre el plano práctico, de aquél “futuro mejor” sin cuya “esperanza”, como escribe Kant, “un serio deseo de hacer cualquier cosa útil no habría nunca excitado el corazón humano”

(Kant, 1965 [1793]: 276).²² No se trata para nada, entonces, de una genérica previsión optimista: dediqué cientos de páginas al análisis de los procesos devastadores -desde el crecimiento exponencial de las desigualdades hasta los millones de muertos de cada año por hambre y enfermedades no curadas, desde las guerras a las violaciones de los derechos humanos y a los crímenes impunes contra la humanidad, desde las destrucciones ambientales a la disipación de los recursos naturales mundiales- ya producidos por una globalización sin reglas y destinados a agravarse en la inercia de la política. Pero lamentarse no basta. No es en absoluto pensable que la relación entre derecho y mercado pueda ser restablecida en las viejas formas de la relación entre Estado y mercado, no siendo concebible, admitiendo que sea deseable, que los mercados puedan volver a entrar al interior de los márgenes nacionales y reorganizarse sobre la base de inverosímiles autarquías. El único modo para disciplinar los poderes salvajes del mercado global es por ello la construcción, a su altura, de una esfera pública global, es decir, adecuadas instituciones de garantía que reproduzcan, a nivel supranacional, la heteronomía del derecho y de los derechos respecto al mercado y la subordinación a ellos de los poderes propietarios. El optimismo metodológico y normativo consiste simplemente en sostener que este es posible y también jurídicamente debido en cuanto impuesto por los derechos fundamentales -de libertad y sociales- ya hoy estipulados en tantas cartas internacionales o supranacionales; que, al contrario, considerar “utopista” una prospectiva así, más allá del obvio pesimismo generado por la inercia de hecho de la política, equivale a hacer irresponsable la política misma a través de la legitimación de lo existente como inevitable y la confusión de lo que los intereses dominantes impiden hacer con lo que es imposible hacer; que por ello, el actual vacío de garantías a nivel internacional debe ser denunciado, si tomamos el derecho en serio, como una ilegítima laguna que es tarea de los Estados, además que del interés de todos, colmar.

En cuanto a la Unión Europea, debemos reconocer que es el fruto de un largo proceso aún incompleto. Salvi tiene ciertamente razón en defender la primacía de las constituciones nacionales en materia de derechos fundamentales, reiterada, por ejemplo, por la Corte constitucional alemana en referencia al Tratado de Lisboa y a la Carta de los derechos de Niza en este integrada. Pero esta defensa está ya contenida en la misma Carta de Niza, cuyo artículo 53 establece que “ninguna disposición de la presente Carta debe ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reconocidos... por las constituciones de los estados miembros”. Es ciertamente verdad que, en tutela de la concurrencia, el Tratado impone límites a las ayudas estatales hacia las empresas, límites encaminados a impedir el fracaso o la dislocación en otros países con el resultado de efectos sobre el desempleo. Sin embargo, el “no” a la aprobación del Tratado, manifestado por ejemplo en los referéndums francés y holandés en 2005 sobre su primera formulación, tuvo que ver, de hecho, solo con la Carta de los derechos y de los elementos de integración política en sentido federal introducidos por el Tratado, para comenzar por el voto de mayoría en diversas materias; mientras que fue un “sí” al viejo Tratado de Ámsterdam, que quedó evidentemente igual. Más allá de las intenciones del electorado de izquierda, significó, en suma, la victoria de los nacionalismos y de los soberanistas y, en consecuencia, paradójicamente, también de cuantos quieren mucho una Europa liberista consistente en un libre mercado. La alternativa que se ponía de frente al proceso constituyente europeo, en otras palabras, era si dejar que Europa permaneciera solo un “mercado común” o completar en cambio un primer y relevante paso en el proceso de integración

²² [Hay traducción al castellano con el título *Sobre el dicho común: ‘esto puede ser justo en teoría, pero no vale para la práctica’*].



política y constitucional, en dirección de la construcción de una Europa federal de los derechos.

Por ello, el desarrollo de este proceso es el único y verdadero problema. Si es verdad que es impensable que los mercados entren de nuevo en los márgenes nacionales, es claro que su actual dictadura permanecerá más fuerte e incuestionable cuanto más débil sea la integración jurídica y política de la Unión. Ello porque un mercado común sin integración política implica inevitablemente la oposición de cada Estado, en tutela de la propia economía de la concurrencia extranjera, a las políticas sociales y de intervención en la economía de los otros Estados. Las intervenciones estatales en la economía en apoyo de la sobrevivencia de las empresas y de las políticas sociales en tutela del empleo suponen, en suma, el desarrollo de una esfera pública común y de un constitucionalismo democrático de tipo europeo. Sin contar el valor en sí de la integración en cuanto factor de paz y de igualdad, contra los tantos nacionalismos, localismos, racismos y egoísmos regionales que están desarrollándose en toda Europa y que, en Italia, se añaden a la crisis de la democracia determinada por la deriva populista, de las concentraciones de los poderes y de los conflictos de intereses en el vértice del Estado, además de la reducción de los gastos sociales y de la disolución del derecho al trabajo. El problema, como siempre, parece ser la construcción de las garantías de los derechos normativamente proclamados y prometidos.

Los derechos fundamentales y sus garantías. Antinomias y lagunas

Sobre este problema intervinieron Maria Rosaria Marella, Fabrizio Mastromartino y Salvatore Senese. Las promesas constitucionales expresadas por los derechos -escribe Marella, subrayando la analogía entre la correlación entre derechos y deberes formulada por el análisis realista de Wesley N. Hohfeld y la enunciada en *Principia iuris*- son "serias solo si son acompañadas o seguidas por la individualización de los correlativos deberes", es decir, de las obligaciones y de las prohibiciones en las cuales identifiqué su garantía. La falta de introducción de garantías es la causa de la ineffectividad de los derechos y el problema central del derecho y de la democracia constitucional.

Relativo a este problema, Fabrizio Mastromartino, por otra parte, subrayó una cuestión relevante tanto para la teoría del derecho como para la teoría de la democracia: el de la naturaleza de la normatividad constitucional de los derechos fundamentales y de las lagunas de garantía que llamé "estructurales". Mastromartino parte de mi tesis según la cual "todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos... requieren una legislación de actuación que disponga las garantías" (Ferrajoli, 2007: 96). Y afirma, retomando una observación de Luis Prieto Sanchís, que esta tesis admite "dos lecturas diversas: una más radical, según la cual todos los derechos fundamentales establecidos en una constitución requieren leyes de actuación, porque ninguna laguna de garantía puede ser colmada por vía interpretativa; la otra más moderada, según la cual no todos los derechos fundamentales establecidos en una constitución requieren leyes de actuación, porque algunas lagunas pueden ser colmadas por vía interpretativa". Y concluye: "La primera interpretación debe ser sin más rechazada; la segunda puede ser acogida con algunas debidas precisiones".

Ambas tesis requieren, en realidad, ser precisadas. Las dos lecturas no son para nada incompatibles, al menos si se entiende la primera en el sentido de que requieren leyes de actuación aquellos derechos cuyas garantías consisten necesariamente en normas, precisamente, de ley, y si se entiende la segunda no ya en el sentido de "no todos", sino en el sentido de "no siempre" los derechos

fundamentales constitucionalmente establecidos requieren, para ser aplicados, leyes de actuación. La *interpositio legis* se requiere, precisamente, solo cuando de ella, es decir, de la producción de normas generales y abstractas, depende la existencia de las garantías y, por ello, la aplicabilidad de los derechos relativos. Es lo que observó Luis Prieto Sanchís, (2008: 336-337), quien me atribuyó la por mi llamada tesis moderada de la *interpositio* acudiendo a un pasaje del primer volumen de *Principia iuris*: “No todo vicio da lugar a antinomias o a lagunas. No produce, obviamente, antinomias, cualquier acto inválido, productor de efectos ilegítimos. Y no es una laguna cualquier incumplimiento de actos preceptivos. La razón es simple: los vicios formales y los vicios sustanciales que no competen a normas, sino a situaciones singulares, no entran a hacer parte del ordenamiento, que según la definición que se dio, es un conjunto de normas (D8.12), y no son, por ello, destinados a alguna aplicación” (Ferrajoli, 2007: 687).²³

No siempre, entonces, los derechos fundamentales requieren leyes de actuación. De frente a la lesión de un principio constitucional por parte de un *acto formal singular*, por ejemplo, administrativo o jurisdiccional o negocial -como el impedimento por parte de la policía de una reunión pacífica y sin armas, o una iniciativa de censura de la libre imprenta, o un arresto o un cateo ilegítimo- es claro que no es necesaria ninguna ley de actuación: el juez declara la ilegitimidad del acto con este en contraste, en cuanto inválido y en cuanto ilícito. La *interpositio legis* en caso de lagunas y el pronunciamiento preventivo de anulación en caso de antinomias, se requiere solamente en los casos en los cuales, en su ausencia, las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales no son aplicables:²⁴ es el caso, por lo que hace a las antinomias en ordenamientos dotados únicamente del control concentrado de constitucionalidad, de las leyes inválidas pero vigentes y, en consecuencia, aplicadas, en perjuicio de los derechos por ella lesionados, hasta que no sean anuladas; y es el caso, por lo que hace a las lagunas, de los derechos sociales, como el derecho a la salud o a la educación o a la asistencia, pero también de muchos derechos de inmunidad, del derecho a la vida y a la integridad personal a gran parte de los derechos de libertad, igualmente inaplicables sin la introducción legislativa del servicio sanitario, o de la escuela pública, o de idóneos aparatos de policía o de la punibilidad de los delitos, en observancia del principio de legalidad penal, de sus lesiones. Un buen ejemplo de la complementariedad de las dos técnicas de garantía en relación a un mismo derecho -una adecuada legislación garantista de actuación cuya falta, sin embargo, no excluye su parcial e inmediata actuación- es ofrecido precisamente por Mastromartino, quien recordó el derecho de asilo previsto por el artículo 10, párrafo tercero, de la Constitución “según las condiciones establecidas por la ley”: se requiere para los fines de su garantía, cierta y efectiva, la aprobación de la ley prevista por la Constitución pero aún no emanada, jurisprudencia ya consolidada, a partir de la sentencia de la Corte de apelación de Milán de fecha 27 de mayo de

²³ “El elemento que une antinomias y lagunas es el hecho que ellas tienen que ver, unas con la indebida presencia y, la otra, con la indebida ausencia de normas en contraste con normas sobre su producción” (T10.268-T10.269)” (Ferrajoli, 2007: 687).

²⁴ El pasaje señalado en la nota que precede sigue así: “Ya sea las lagunas o las antinomias, en cuanto que consisten en inobservancias de normas sobre su producción (T10.269), son vicios conexos a los desniveles normativos, es decir, a la violación -unas por comisión y las otras por omisión- de normas de grado supraordenado (T10.270, T10.271). Por esto -en cuanto que consisten en normas en contraste o en la ausencia de normas que estas requieren- interponen entre normas supraordenadas y normas subordinadas una serie de diafragma: no solo su remoción implica, como para todos los otros vicios, una específica decisión, sino que ellas impiden, si no es que remueven, la aplicación de las normas supraordenadas. Precisamente, se dijo, tal aplicación supone, en el caso de las antinomias la anulación de la norma con esta en contraste (T10.266), y en el caso de las lagunas, la introducción de la norma respecto a ella faltante (T10.267)” (Ferrajoli, 2007: 687-688).



1964, que le aseguró una tutela aunque sea “parcial y de cualquier modo insuficiente”.

El problema de las lagunas de garantías fue finalmente abordado por Salvatore Senese con una tesis bastante fecunda tanto sobre el plano teórico como sobre el plano práctico: la posibilidad, abierta a la jurisprudencia, de denunciar las lagunas transformándolas en antinomias. El caso formulado por Senese tiene que ver con una de las lagunas más vergonzosas de nuestro ordenamiento. El artículo 13, cuarto párrafo, de la Constitución italiana contiene la única “obligación de punición” constitucionalmente impuesta al legislador: “Se castigará toda forma de violencia física y moral ejercida sobre las personas sujetas de cualquier forma a restricciones de libertad”. Contiene entonces la obligación de introducir en nuestro ordenamiento el delito de tortura, impuesto entre otros también por el artículo 4 de la Convención contra la tortura del 10 de diciembre de 1984 que lo configura como una “obligación internacional”, por lo demás vinculante para nuestro legislador con fundamento en los artículos 10, párrafo primero y 117, párrafo primero, de la Constitución. Pues bien, este delito, no obstante las tantas propuestas de ley y las innumerables peticiones de la cultura democrática, no ha sido introducido en Italia. Existen, es verdad, delitos como el abuso de autoridad contra arrestos o detenidos o las lesiones personales previstas por los artículos 608 y 582 del código penal. Estas normas, sin embargo, no son capaces de colmar la laguna en cuanto que las penas modestas por estas previstas comportan una prescripción muy breve de los relativos delitos que le banaliza frecuentemente la punibilidad, en contraste con los principios constitucionales de la dignidad y de la integridad de las personas, además de la imprescriptibilidad asociada a los crímenes contra la humanidad, como es la tortura, por el artículo 29 del Estatuto de la Corte penal internacional. Ahora bien, sostiene con razón Senese, en presencia de una laguna así “valorada a la luz de los tiempos del proceso penal”, sería seguramente fundada una excepción de inconstitucionalidad del artículo 157 del código penal sobre los términos de la prescripción, dirigida a suprimir la antinomia con los artículos arriba citados de la Constitución.

Senese (2008: 378-381) había ya intervenido, con su importante contribución sobre el problema de las lagunas estructurales de garantías, ciertamente entre los más graves de la teoría de la democracia. Estas lagunas, obviamente, no son reparables, en virtud de la separación de los poderes, en sede jurisdiccional: las mismas sentencias llamadas “aditivas” deben como sea versar sobre normas existentes, declaradas inconstitucionales solo “en la medida en que no prevén” una determinada disciplina en contraste, por ejemplo, con el principio de igualdad. Lo único que puede hacer una Corte constitucional, como está expresamente previsto por la Constitución portuguesa y por la brasileña, es señalar la laguna y recomendar al legislador su superación. Pues bien, Senese, con referencia a este tipo de intervención, observó que el modelo brasileño de la “recomendación” bien podría ser integrado con aquel adoptado por las Cortes europeas de Estrasburgo y de Luxemburgo”, de la “condena” del Estado incumplido a pagar periódicamente una determinada suma de dinero hasta el momento del cumplimiento.

Insisto sobre la centralidad de este problema, en dirección del cual, por otra parte, se desarrolló el que llamé el “constitucionalismo de tercera generación”. Piénsese en Brasil, donde en adición al débil pronunciamiento de inconstitucionalidad por omisión, fueron introducidos, por los artículos 34, fracción VII, inciso e), 198 §§ 2 y 3 y 212 de la Constitución, vínculos de balance en materia de derechos sociales, a través de la previsión de determinadas cuotas para ser destinadas obligatoriamente a la satisfacción de los derechos a la salud y a la

educación; con el efecto de transformar las lagunas de garantías en otras antinomias censurables judicialmente.

Por un cosmopolitismo global

El problema de las garantías de los derechos, es decir, de sus leyes de actuación y, por ello, de la construcción de la democracia a través de la introducción de idóneas funciones e instituciones de garantía, se ubica, evidentemente, sobre todo en el terreno del derecho internacional. Sobre este terreno, de hecho, existen ya innumerables cartas, declaraciones, convenciones y pactos sobre los derechos. Lo que falta a estas cartas es su actuación aunque sea solamente normativa, es decir, la edificación y el desarrollo de una esfera pública global.

Hablé de este problema en el apartado *Propiedad y libertad*, a propósito del “optimismo utópico” recriminado por Cesare Salvi. Una objeción análoga fue sostenida por Gaetano Azzaritti, quien a propósito del “cosmopolitismo de los derechos” diseñado por esas cartas criticó mi “optimismo voluntarista” en razón de las “prospectivas de democratización del mundo” y de constitucionalismo global expresadas por lo que llamé “un embrión de constitución del mundo” -la Carta de la ONU, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 y los dos Pactos sobre los derechos de 1966-, destinado a permanecer sobre el papel “si se reconoce que estas normas no son idóneas para garantizar sus promesas”. En efecto, ese es precisamente el problema: la ausencia de una esfera pública global, es decir, de normas de actuación que introduzcan, a nivel supranacional, las funciones y las instituciones de garantía de las cartas no solo prometidas, sino normativamente implicadas e impuestas. Lo que la teoría de la democracia no puede solamente, sino debe hacer, es tomar en serio esas cartas, o sea, como conjunto de normas vinculantes y, por ello, leer su falta de actuación como una laguna ilegítima que la política tiene el deber de colmar.

No se trata solo, obviamente, de un problema de ingeniería institucional. Se trata aún antes de un problema cultural. La prospectiva de un “constitucionalismo mundial como horizonte” de la política, escribió con razón Giacomo Marramao, “requiere en primer lugar una radical revocación de nuestra ‘visión eurocéntrica’ como condición imprescindible para un relanzamiento del universalismo”, según la bella fórmula por él propuesta de “un *cosmopolitismo de la diferencia* capaz de ir más allá de la paralizante antítesis entre *universalismo (homologante) de la identidad* y *antiuniversalismo (fundamentalista) de las diferencias*”. En cuanto a la construcción europea, observó a su vez Francesco Cerrone, lo que cuenta es la formulación de un sentido común de pertenencia a una común entidad política -la Unión Europea y, en prospectiva, la comunidad internacional- que por otra parte se desarrolla gracias a la compartición y reivindicación de un mismo derecho positivo y, por ello, de la igualdad en los mismos derechos fundamentales.

Sobre la noción de federación

Hay finalmente un problema específico, que fue destacado por Stefano Anastasia, y que tiene que ver con las relaciones entre ordenamientos. Anastasia subrayó una aporía en mi caracterización de las nociones de ‘federación’ y de ‘confederación’: su definición como instituciones políticas *originarias* (D12.42, D12.44), define estas, a su vez, como instituciones políticas generadas por un acto constituyente (D12.40), a su vez definido como un acto producido por sujetos naturales (D12.3) y no artificiales, es decir, por seres humanos de carne y hueso. La aporía es determinada por el hecho de que tanto las federaciones como las confederaciones parecen más bien instituidas por sujetos artificiales, como lo son



los Estados y sus órganos, mediante actos institutivos consistentes, en el primer caso, en *pacta subjectionis* y, en el segundo, en *pacta associationis*. Es verdad, la aporía existe y agradezco a Anastasia por señalarla y por la reflexión por esta sugerida. Excluido, en efecto, que se puedan considerar “sujetos naturales” los autores institucionales de los actos constituyentes de las federaciones y de las confederaciones, no quedan más que dos posibles soluciones de la aporía.

La primera solución, sugerida por Anastasia, consiste en admitir, modificando las definiciones D12.42 y D12.44, que tanto las federaciones como las confederaciones son en realidad instituciones *derivadas*. En cuanto a las instituciones federadas, diremos que pueden ser tanto originarias como derivadas, y será entonces suficiente reformular la definición D12.43 afirmando simplemente que estas son “las instituciones políticas que hacen parte de una institución federal”. Se trata de rectificaciones que no llevan a ninguna implicación en la teoría de los ordenamientos, sino el reconocimiento del carácter no originario sino derivado de las instituciones federales y, en particular, de las supra- e inter-nacionales. En particular, no son afectadas, como observa Anastasia, ni mi calificación de la Unión Europea como federación, ni mi caracterización de la ONU como confederación.

La segunda solución consiste en admitir, con una ligera modificación de la definición D12.3, que los actos constituyentes pueden ser producidos también por sujetos artificiales, y no necesariamente por sujetos naturales como son siempre, en base al postulado P13 y a la tesis T7.58, los sujetos constituyentes. Es difícil decir cuál de las dos soluciones es preferible. A favor de la segunda solución, que igualmente no comportaría modificaciones relevantes en el desarrollo de la teoría, debemos reconocer que las constituciones, en efecto, son frecuentemente producidas por sujetos artificiales, como son por ejemplo las asambleas constituyentes. A favor de la primera, debemos sin embargo reconocer que, de tales asambleas, son a su vez constituyentes los sujetos naturales por quienes estas fueron instituidas: el acto constituyente, en tal caso, podría configurarse como un acto informal complejo que incluye, además de la emanación de la constitución, también la institución de la asamblea constituyente. En ambos casos, tanto la crítica de Anastasia como las posibles soluciones del problema, muestran de manera emblemática las ventajas del método axiomático: una tesis sostenida inaceptable obliga, para ser corregida sin incurrir en incoherencia, a remitirse a las opciones iniciales, expuestas de manera transparente en las asunciones primitivas.

4. En los orígenes del garantismo

Dedico pocas palabras, finalmente, a las evocaciones históricas y las referencias biográficas originadas con motivo del segundo de nuestros dos encuentros: el congreso organizado en Roma el 14 de diciembre por mis setenta años.

Dario Ippolito trazó dos orígenes diversos de la expresión “garantismo”. El primero está en el léxico político francés: precisamente en la obra *Le nouveau monde industriel et sociétaire* de Charles Fourier, publicada en 1829, y en numerosos escritos sucesivos de inspiración foureriana, en los cuales el término es entendido esencialmente en el sentido de “garantismo social” en apoyo de los sujetos más débiles. El segundo, más reciente, está en el léxico filosófico-jurídico italiano, en el cual “garantismo” es entendido sobre todo, en cambio, en el sentido de “garantismo liberal”: tanto en su primer empleo, hallado por Perfecto Andrés Bañez en *Storia del liberalismo in Europa* de 1925, como también en los escritos de los años sesentas y setentas de Giovanni Sartori y de Nicola Matteucci y después, obviamente, en los usos hoy prevalecientes en los cuales el garantismo se

especifica como “garantismo penal” y se liga a la reflexión iluminista sobre las condiciones de legitimidad de la justicia penal.

Ippolito, además, se detuvo sobre todo en la teoría del garantismo penal que desarrollé en *Derecho y razón*. Evidenció la derivación de la tradición del iluminismo penal y, en particular, de la unión entre utilitarismo y contractualismo que estuvieron en la base de los principios de legalidad y de ofensa en cuanto límites a la potestad punitiva. Ilustró con síntesis eficaz las líneas medulares, en particular la configuración y la legitimación de la jurisdicción como actividad tendencialmente cognitiva, gracias a las garantías sustanciales (la primera entre todas la de taxatividad) de la verificabilidad (y de la falsación) en abstracto, y a las garantías procesales de la verificación (y de la falsación) en concreto de las hipótesis legales del delito. Finalmente, trazó dos raíces: mi experiencia de juez, entre 1967 y 1975, “en contacto con la exigencia de los sucesos, en el alboroto de la lucha por el derecho y por los derechos en la Italia de los años 70’s”, y “la matriz marxista” de la concepción de la sociedad de la cual, él dice, es derivado, “con aparente paradoja, el paradigma liberal del ‘derecho penal mínimo’ construido en *Derecho y razón*”.

Siempre es útil e instructivo reflexionar sobre las interpretaciones ofrecidas por otros de los propios recorridos intelectuales, sobre todo si, como las de Dario Ippolito, son ofrecidas con sólida cultura e inteligencia historiográfica. Sobre la primera raíz no tengo dudas. Es verdad, la experiencia de juez y mi participación en el grupo de *Magistratura Democratica*, entonces apenas constituido, fueron decisivas en mi formación. Esa experiencia me puso con los pies en la tierra frente a la abstracción de la lógica y de la teoría axiomatizada del derecho que precisamente en aquellos años estaba concibiendo, y me hizo entender muchos aspectos del funcionamiento práctico del derecho que, quizá, lamentablemente, habría ignorado siempre. Me hizo entender y, sobre todo, experimentar en la actividad jurisdiccional, aquella que más tarde llamé la “divergencia deóntica” entre el deber ser (constitucional) y el ser (legislativo y jurisdiccional) del derecho y, más específicamente, entre la validez (también sustancial) y la vigencia (solo formal) de las leyes y de los códigos que entonces –y por desgracia en gran parte también hoy– eran aún los heredados por el fascismo. Fue sobre esta base que maduré la idea del garantismo como la otra cara del constitucionalismo: la cara, precisamente, de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos, de cuya introducción o perfeccionamiento depende su efectividad. Pero sobre todo el garantismo penal, escribió con justicia Ippolito, fue la respuesta que la cultura penalista liberal, que en nuestro país fue siempre minoritaria y prevalentemente de izquierda, opuso a la legislación de emergencia y al derecho penal de excepción desarrollados en Italia en los años de terrorismo. Lo que una minoría de juristas y el grupo de magistrados democráticos sostuvimos fue que el estado de derecho no admite excepciones, dado que los principios valen sobre todo en los momentos difíciles y de emergencia; que la jurisdicción, como enseñó Beccaria, no conoce enemigos, sino solo ciudadanos e imputados; en suma, que la fuerza del derecho radica ante todo en su diferencia y asimetría respecto al crimen, de las cuales depende también su capacidad de deslegitimación política y moral y de aislamiento social de la subversión terrorista.

Más problemáticas, me parece, fueron mis relaciones con el marxismo y aquella que Ippolito llamó la “matriz marxista” de la teoría del garantismo desarrollada en *Derecho y razón*. Ciertamente, mi reflexión se inspiró y alimentó de la que entonces llamábamos “justicia de clase”. Algunos de mis escritos de los primeros años setentas resintieron, sobre todo en el lenguaje, de una configuración



marxista.²⁵ Rápidamente, sin embargo, encontré siempre más insoportable, y ciertamente incompatible con la opción garantista, el desprecio por el derecho que caracterizaba la ortodoxia marxista y que estuvo en el origen del fracaso de la grande esperanza del siglo que fue el comunismo real.²⁶ De la vulgata marxista, de hecho, el garantismo rechaza dos tesis de fondo para la teoría jurídica y política: en primer lugar la concepción misma del derecho, considerado no más como una superestructura que refleja la ley del más fuerte, sino al contrario, por lo menos en su paradigma constitucional, como un instrumento de tutela de los sujetos más débiles; en segundo lugar, la desvalorización como “burguesas” de las libertades fundamentales, ya no más amalgamadas a la propiedad, según la ideología lockiana acriticamente recibida por la tradición comunista, sino más bien, como se ha dicho antes, conceptualmente contrapuestas a estas y, en consecuencia, concebidas según la enseñanza liberal-socialista de Piero Gobetti, como las condiciones del libre despliegue de las luchas sociales, de la autonomía individual y colectiva y de la dignidad de las personas. Nos fue de ayuda, en este doble vuelco de la escolástica marxista –pienso que estará de acuerdo Salvatore Senese, con quien he compartido desde entonces gran parte de mi itinerario cultural- la enseñanza de dos grandes maestros del socialismo italiano: Lelio Basso y Vittorio Foa.

También yo sentí, y fuertemente, la fascinación del pensamiento de Marx: por su análisis de la explotación del trabajo y de las desigualdades sociales, por la fuerza y el radicalismo de su pensamiento crítico y por habernos enseñado, como afirmó Ippolito recordando el bellissimo pasaje de Norberto Bobbio, a ver el mundo desde el mismo punto de vista de los débiles y de los oprimidos, que identificamos con el punto de vista indicado por una porción del artículo 3 de nuestra Constitución, que comprende a quienes padecen los “obstáculos de orden económico y social” que limitan “de hecho la libertad y la igualdad” e “impiden el pleno desarrollo de la persona humana”. Pero sobre todo, me impresionó siempre el extraordinario rol histórico desempeñado por el pensamiento de Marx: por haber refundado la política moderna, abriéndole una prospectiva nueva de progreso y redefiniéndole los horizontes y los contenidos; por haber fundado la subjetividad política de los excluidos; por haber obligado a repensar radicalmente, sobre la base de la crítica de las relaciones de trabajo en la economía capitalista, los valores de la igualdad y de la libertad, y con ello, de la dignidad de la persona; en suma, por haber contribuido en Europa al nacimiento de los partidos socialistas de masa los cuales, no obstante sus dogmatismos ideológicos y sus degeneraciones burocráticas, promovieron la emancipación civil y la participación política de grandes masas de trabajadores y el desarrollo del Estado social y de nuestras democracias. Son estas lecciones que hoy, lamentablemente, las izquierdas parecen haber olvidado, condenándose a la exclusión o a la subordinación cultural de las derechas.

Por otra parte, mi reflexión sobre el garantismo, como aquella de tantos otros juristas de mi generación y ciertamente del grupo de *Magistratura Democratica*, habiendo nacido sobre el terreno penal, comprendía también el derecho laboral, el

²⁵ Me refiero sobre todo al ensayo, escrito con Salvatore Senese y Vincenzo Accattatis (1973: 149-182), *Per una strategia politica di magistratura democratica*, que presentamos como ponencia en el congreso de *Magistratura Democratica* llevado a cabo en Roma del 3 al 5 de diciembre de 1971 e impreso con el título *Per una Magistratura Democratica*, en “Problemi del socialismo”. [Hay traducción al castellano con el título “Por una <<Magistratura democrática>>”, contenido en *Política y justicia en el estado capitalista*]. Acentos marxistas también son reconocibles en Ferrajoli (1973: 105-122). [Hay traducción al castellano con el título “<<Magistratura democrática>> y el ejercicio alternativo de la función judicial”, contenido en *Política y justicia en el estado capitalista*].

²⁶ Una neta toma de distancia de la idea comunista de la extinción del Estado fue formulada en el pequeño volumen de Ferrajoli y Zolo (1978). Una crítica radical de esa idea fue desarrollada poco tiempo antes por Zolo (1974).

derecho ambiental y, más en general, el entero sistema constitucional en cuanto conjunto de límites y vínculos a todos los poderes, no solo públicos sino también privados, en garantía de todos los derechos constitucionalmente establecidos. En este sentido, la noción de garantismo en mi parecer es declinable no solo, de acuerdo con su doble origen, tanto en la dimensión liberal correspondiente a los derechos de libertad como en la dimensión social correspondiente a los derechos sociales; sino también en la dimensión política y en la civil, correspondientes a las otras dos clases en las cuales distinguí los derechos fundamentales, es decir, en la de los derechos políticos de la esfera de la representación política y en la de los derechos civiles de la esfera del mercado. La teoría del garantismo, en suma, es una teoría de los límites y de los vínculos constitucionalmente impuestos no solo a la política sino también a la economía; no solo al Estado sino también a los poderes, de otra forma salvajes, que se desarrollan a la sombra de su mistificación como libertad en la sociedad capitalista.

Se revela, bajo este aspecto, el uso instrumental y desviado que en el lenguaje corriente es hecho hoy por la derecha de la palabra garantismo: para designar la ausencia de límites, reglas y controles en las relaciones de los poderes de gobierno y de los poderes de la empresa; como si el único poder del cual se justifica la limitación -en ayuda, evidentemente, de la impunidad de los poderosos y de los poderes salvajes de la política y del mercado-, fuese aquél que en realidad es en sí mismo una función garantista, el poder judicial, destinado precisamente a la garantía secundaria de las violaciones del derecho y de los derechos perpetrados en vía primaria. De este reclamo absurdo al garantismo, antes que instrumental, habló Giovanni Palombarini, quien denunció el uso parcial a favor de los poderosos, al aplicarse políticas gubernamentales, abiertamente iliberales y antigarantistas, en temas de seguridad y en contra de los inmigrantes. Palombarini además rememoró nuestras batallas en defensa de los derechos de la persona en los años setentas en materia laboral y sobre todo en materia penal, contra las prácticas de la emergencia e inquisitoriales que venían afirmándose contra el terrorismo. Aquellas prácticas, recordemos, tuvieron una de sus manifestaciones más arbitrarias e inquietantes en el llamado “proceso 7 de abril” en contra de los grupos de la “Autonomía padovana” y romana, que precisamente Palombarini, en cuanto juez instructor en Padua, supo reconducir en los rieles de la legalidad, resistiendo a las pesadas campañas de la prensa en apoyo de una acusación -aquella de que en un grupo de profesores de Padua se escondiera el cerebro de las Brigadas Rojas- que se reveló insensata aun antes que infundada.

Pero Giovanni Palombarini nos llevó al pasado recordando, más en general, nuestra común dedicación en los orígenes del grupo de *Magistratura Democratica*: nuestras batallas por las garantías de los derechos y por la igualdad de los ciudadanos de frente a la ley; aquellas batallas en apoyo de la independencia interna y externa de los magistrados, la jurisprudencia garantista inaugurada en materia laboral y de defensa del medio ambiente; nuestras críticas a la jurisprudencia conservadora que ignoraba la Constitución y después a la legislación de excepción en los años oscuros del terrorismo; los procedimientos disciplinarios a los cuales, por aquellas críticas, fuimos entonces sujetos muchos de nosotros; la deontología judicial, destinada a la independencia y a la garantía de los derechos violados o incumplidos, que elaboramos en alternativa al viejo modelo del juez como puro técnico, de hecho culturalmente gravitando en la órbita del poder.

A propósito de aquellos lejanos recuerdos, ante todo de uno, evocado tanto por Giovanni Palombarini como por Dario Ippolito, quiero también regresar: aquél de nuestra extraordinaria iniciativa que tomamos en 1971, inmediatamente después de las miles de denuncias y de procesos por los delitos de opinión o sindicales contra



obreros, estudiantes y sindicalistas.²⁷ Haciendo propia una propuesta mía, recordaron Ippolito y Palombarini, un pequeño grupo de jóvenes jueces emprendió la recolección de las firmas con el fin de realizar un referéndum abrogativo de los delitos sindicales y de opinión. Fue la primera iniciativa de referéndum en la historia de la República, poco después de la aprobación, en 1970, de la ley que instituía este. No fue logrado el requisito de las 500.000 firmas solicitado por la ley, dado que obtuvimos poco más de 300 mil. No obstante, esa experiencia marcó profundamente la identidad del grupo de *Magistratura Democratica* y de cada uno de nosotros. Por primera vez en la historia -pensemos en la rígida clausura grupal y corporativa de la magistratura de aquellos años- un grupo de magistrados estableció un contacto directo con los ciudadanos. Recuerdo que andábamos en las escuelas, en las fábricas, en las Casas del pueblo para hablar de los problemas de la justicia, de la Constitución no actuada, de la contradicción con sus principios del viejo código penal fascista y de gran parte de la legislación vigente, rompiendo con la costumbre de la separación que había caracterizado siempre la deontología de los magistrados.

Esa lejana experiencia en la magistratura fue una experiencia crucial que significó, para mí como para muchos otros, el descubrimiento del compromiso civil y político: por el carácter contagioso de la pasión política, que siempre se desarrolla gracias a su dimensión colectiva; por la particular naturaleza de la actividad judicial, que comporta un contacto cotidiano con la realidad y conjuntamente con el derecho y con sus aporías; por el nexo entre compromiso civil y compromiso científico promovido por la actividad judicial y por la reflexión colectiva, gracias a la conciencia teórica, de las dimensiones de ilegitimidad jurídica y del rol de adecuación del derecho a su deber ser constitucional que incumbe tanto a la ciencia jurídica como a la jurisdicción.

Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2005), "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción", en CARBONELL, M. Y SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, pp. 59-76.
- ARISTOTELES (1957), *Ética Nicomachea*, Laterza, Bari,
- ARISTÓTELES (2006), *Ética Nicomachea*, Mestas, Madrid.
- BARBERIS, M. (2011), *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- BOBBIO, N. (1954), "La teoria pura del diritto e i suoi critici", *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1954), *Formalismo giuridico e formalismo etico*, en BOBBIO, N., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1955), *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino.
- BOBBIO, N. (1965 [1961]), *Aspetti del positivismo giuridico*, en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 105 ss.
- BOBBIO, N. (1965), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano.
- BOBBIO, N. (1980), "Formalismo jurídico y formalismo ético", en *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, pp. 107-117.
- BOBBIO, N. (1980), "La teoría pura del Derecho y sus críticos", en *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, pp. 119 ss.

²⁷ Recuerdo dos dossiers sobre aquella ola de denuncias: *Repressione*, a cargo de los sindicatos metalmeccánicos FIM, FIOM, UILM, Editrice Tindalo, Roma, 1970 y *14.000 denunce. Chi, dove, come, quando, perché*, a cargo de L. Borgomeo y A. Forbice, Edizioni Stasind, Roma, 1970.

- BOBBIO, N. (1999 [1990]), *Ragioni della filosofia politica*, en BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Einaudi, Torino, pp. 24-39.
- BOBBIO, N. (2003), “Las razones de la filosofía política”, BOBBIO, N., *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, pp. 97-112.
- BOBBIO, N. (2004), “Jusnaturalismo y positivismo jurídico”, en BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, pp. 67-90.
- BOBBIO, N., (2004), “Positivismo jurídico”, en BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, pp. 37-66.
- BOVERO, M. (2000), *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- BOVERO, M., (2002), *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid.
- BOVERO, M. (2009), *La democrazia e le sue condizioni*, Notizie Editrice, Modena.
- BOVERO, M. (2010), “La democracia y sus condiciones”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 253, pp. 11-30.
- FERRAJOLI, L. (1973), “Magistratura Democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria”, en BARCELLONA, P. (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, pp. 105-122
- FERRAJOLI, L. (1978), “<<Magistratura democrática>> y el ejercicio alternativo de la función judicial”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, Editorial Fontanella, Barcelona.
- FERRAJOLI, L. (1983), *La semantica della teoria del diritto*, en Scapelli, U. (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 81-103.
- FERRAJOLI, L. (1993), “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione”, en Gianformaggio, L. (ed), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, pp. 477-486.
- FERRAJOLI, L. (1999), “La cultura jurídica en la Italia del Siglo XX”, en FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, pp. 169-229.
- FERRAJOLI, L. (1999), “La pragmática de la teoría del derecho”, en FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, pp. 109-139.
- FERRAJOLI, L. (1999), “La semántica de la teoría del derecho”, en FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, pp. 17-74.
- FERRAJOLI, L. (1999), *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2001), “Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre *Derecho y razón*”, en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?*, n. 2, pp. 15-86.
- FERRAJOLI, L. (2001), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma.
- FERRAJOLI, L. (2003), “La pragmática della teoria del diritto”, en COMANDUCCI P. y GUASTINI, R., *Analisi e diritto. 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, pp. 361-364.
- FERRAJOLI, L. (2004), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2005), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol. I. Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol. II. Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Vol. III. Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L. (2008), “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en FERRAJOLI, L., ATIENZA, M. y MORESO J.J., *La teoría del*



- derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 30-37.
- FERRAJOLI, L. (2008 [1989]), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- FERRAJOLI, L., (2008), “Sul nesso tra (teoría del) derecho y (teoría de la) democracia”, *Costituzionalismo.it.*, 3. Disponible en internet: <http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=297>. Revisado el 15 de julio 2011.
- FERRAJOLI, L. (2009), *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, en “Diritto pubblico”, n.1, pp.14-22.
- FERRAJOLI, L. (2010), “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, en *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, pp. 2771-2816.
- FERRAJOLI, L. Y ZOLO, D. (1978), *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano.
- GENTILI, A. (2011), “‘Scienza giuridica’, ‘negozió’ y ‘popolo’ nei Principia iuris di Luigi Ferrajoli”, en DI LUCIA, P., *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Editrice Universitaria, Milano.
- KANT, I. (1965 [1793]), *Sopra il detto comune: ‘questo può essere giusto in teoría, ma non vale per la práctica’*, III, *Contro Moses Mendelssohn*, en KANT, I., *Scritti politici e di filosofía della storia e del diritto*, Utet, Torino.
- KANT, E. (1986), *Sobre el dicho común: ‘esto puede ser justo en teoría, pero no vale para la práctica’*, Tecnos, Madrid.
- KELSEN, H. (1958), *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México.
- KELSEN, H. (1959), *Teoría generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1959.
- KELSEN, H. (2007 [1945]), *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, New Jersey.
- PINTORE, A. (2001), “Diritti insaziabili”, en FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma. pp.189 ss.
- PINTORE, A. (2005), “Derechos insaziables”, en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2008), “*Principia iuris*: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 31, pp. 336-337.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2009), “La teoría del derecho de *Principia iuris*”, en MARCILLA CÓRDOBA, G. (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 52 ss..
- RESCIGNO, G. U. (2008), “La democracia costituzionale di Luigi Ferrajoli”, *Costituzionalismo.it.*, 3. Disponible en internet: <http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=286>. Revisado el 15 de julio 2011.
- RESCIGNO, G. U. (2008), “La democracia costituzionale di Luigi Ferrajoli”, *Antigone. Cuadernos de crítica del sistema penal y penitenciario*, n. 3, pp. 41-50.
- FERRAJOLI, L., SENESE, S. Y ACCATTATIS, V. (1978), “*Por una <<Magistratura democrática>>*”, en *Política y justicia en el estado capitalista*, Editorial Fontanella, Barcelona.
- SENESE, S. (2008), “Consideraciones extravagantes de un ‘jurista empírico’”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 31, pp. 378-381.
- SENESE, S. et al. (1973) “*Per una Magistratura Democratica*”, en *Problemi del socialismo*, n. 13-14, pp. 149-182.
- SIEYÈS, E.-J. (1989), *¿Qué es el tercer Estado?*, Alianza, Madrid.
- SIEYÈS, E.-J. (1992), *Che cosa è il terzo Stato?*, Editori Riuniti, Roma.
- SIEYÈS, E.-J. (2002 [1788]), *Qu’est-ce que le tiers état?*, Éditions du Boucher, Paris.
- ZOLO, D. (1974), *La teoría comunista dell’estinzione dello Stato*, De Donato, Bari.