la construcción de la democracia

LUIGI FERRAJOLI

Teoría del garantismo constitucional

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

EDITORIAL TROTTA

La construcción de la democracia

La construcción de la democracia
Teoría del garantismo constitucional

Luigi Ferrajoli

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

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

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

SEPS
SEGRETARIATO EUROPEO PER LE PUBBLICAZIONI SCIENTIFICHE

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

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Título original: La costruzione della democrazia.
Teoria del garantismo costituzionale

© Editorial Trotta, S.A., 2023
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Luigi Ferrajoli, 2023

© Perfecto Andrés Ibáñez, traducción, 2023

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN: 978-84-1364-201-7
Depósito Legal: M-28349-2023

Impresión
Gráficas Cofás, S.A.

MIXTO
Papel procedente de fuentes responsables
FSC® C004370
FSC
www.fsc.org

A Marina,
luz de mi vida

CONTENIDO

Prólogo 11
Introducción. Meta-teoría del derecho y de la democracia 17

Primera parte
TEORÍA DEL DERECHO

I. El derecho positivo 49
II. El estado legislativo de derecho 95
III. El estado constitucional de derecho 139
IV. Por un constitucionalismo más allá del estado 195

Segunda parte
TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

V. La democracia constitucional. Democracia formal y democracia sustancial 247
VI. La democracia formal. Democracia política y democracia económica 299
VII. La democracia sustancial. Democracia liberal y democracia social 359
VIII. La democracia cosmopolita. Los crímenes de sistema. Por una Constitución de la Tierra 419

Índice de nombres 477
Índice general 485

PRÓLOGO

La democracia está hoy en crisis incluso en los países donde, hasta hace pocos años, parecía irreversible. Las razones y los factores de esta son múltiples y heterogéneos: la quiebra de la representatividad y de la calidad de los gobernantes; el crecimiento de las desigualdades, y el ocaso de los principios de libertad y de justicia en el horizonte de la política; la deslocalización de los poderes políticos y económicos que cuentan, fuera de los confines de los estados nacionales y de sus controles políticos y jurídicos; la general inercia frente a las amenazas para el futuro de la democracia, la paz y la misma estabilidad del planeta, provenientes del desarrollo de poderes globales incontrolables y de actividades industriales ecológicamente insostenibles.

Uno de los factores de esta crisis es la idea, paralizante y difusa, de que no existen alternativas a lo que está sucediendo. Este libro está dirigido a hacer ver que existen alternativas, consistentes en la construcción de las garantías de las promesas de paz e igualdad en los derechos fundamentales contenidas en tantas cartas constitucionales e internacionales como forman parte de nuestros ordenamientos. En efecto, el paradigma normativo del constitucionalismo democrático será configurado como un paradigma formal, consistente en una sintaxis que, en cuanto tal, puede modelar cualquier conjunto de poderes, no solo estatales, sino también supraestatales, no solo públicos, sino también privados. Por tanto, allí donde se tome en serio el derecho vigente, la propuesta de una expansión de tal paradigma más allá del estado, no aparecerá ya como una simple opción política progresista, sino como la actuación impuesta por las innumerables cartas de derechos, tanto nacionales como internacionales. Será además argumentada como la única alternativa realista al futuro de catástrofes —ecológicas, nucleares, epidemiológicas, económi-

cas y humanitarias— destinado a producirse en ausencia de garantías de los derechos vitales, establecidos en esas cartas como límites y vínculos a los poderes de los estados soberanos y de los mercados globales.

La construcción de la democracia mediante una política racional a la altura de los actuales desafíos consiste, precisamente, en hacer realidad esta perspectiva. Como trataré de demostrar, en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, existe una relación isomórfica, por un lado, entre sus condiciones de validez jurídica y sus condiciones de legitimidad política y, por otro, entre los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y las correspondientes dimensiones de la democracia constitucional. De aquí el nexo funcional entre derecho y democracia, uno como instrumento de construcción de la otra, y entre teoría del estado constitucional de derecho y teoría de la democracia constitucional, la primera como necesario presupuesto de la segunda y esta, a su vez, como banco de pruebas de aquella. De aquí también, en un plano más general, el nexo entre derecho y política y entre teoría jurídica y teoría política, consistente en el hecho de que el derecho, por una parte, proporciona los ladrillos con los que se edifican los sistemas políticos y, por otra, es el lenguaje de la razón jurídica en el que pensamos los problemas políticos y sociales y sus posibles soluciones.

Naturalmente, la democracia no es solo una construcción jurídica. Es sobre todo una construcción social y política, dependiente de presupuestos extrajurídicos que, sin embargo, el derecho puede tanto promover como desalentar. La participación de los ciudadanos en la vida pública; la formación de su sentido cívico, basado en la adhesión a los principios constitucionales de legalidad, libertad y justicia; la maduración, en el debate político y en las luchas sociales, de una opinión pública que tome en serio el nexo entre paz, democracia, igualdad y derechos fundamentales; el desarrollo, en el sentido común, de la consciencia de las dimensiones cada vez mayores de los intereses públicos, en cuanto generales y comunes a toda la humanidad y, por ello, de la necesidad de una expansión tendencialmente planetaria del constitucionalismo a la altura de los poderes, de los problemas y de los desafíos globales.

Este libro ha nacido de la invitación, plural en su origen, que se me ha hecho de realizar una síntesis, pero también una actualización de los tres volúmenes —*Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*— publicados en esta casa editorial hace doce años. La síntesis consiste en la reducción a lo esencial, en los primeros cuatro capítulos, de las tesis de teoría del derecho formuladas en el primer volumen de *Principia iuris* y en la omisión en su totalidad del aparato lógico requerido por su axiomatización. La actualización consiste en la integración de la

teoría con nuevas tesis y, sobre todo, en el análisis de la actual crisis de nuestras democracias, enormemente agravada en estos últimos años, y en el señalamiento de las garantías y de las funciones y de las instituciones de garantía necesarias para su superación e implicadas e impuestas por el paradigma constitucional. Así, ha resultado un texto que reproduce sobre todo la estructura de *Principia iuris*, obra a la que a veces será necesario remitir para mayores desarrollos y profundizaciones. Es por lo que, además de una introducción metateórica, dedicada al objeto, al método y a la función de la teoría, el libro contiene una primera parte dedicada a la teoría del derecho, y una segunda dedicada a la teoría de la democracia. No obstante su nexo, las dos teorías son distintas a causa de su diverso estatuto epistemológico: formal y analítico el de la teoría del derecho, empírico y normativo el de la teoría de la democracia. Aunque en la primera parte se tracen las formas y las bases jurídicas de la segunda, dedicada a la democracia, el lector, sobre todo si no es jurista, podrá leer primero esta y después, si lo desea, ir a buscar sus fundamentos y gran parte de las categorías en la dedicada al derecho.

De este modo, el desarrollo de la democracia vendrá delineado como una compleja, imperfecta y nunca completa construcción, edificada en actuación del diseño normativo trazado en las cartas constitucionales tanto nacionales como internacionales. Esta construcción consiste en el planteamiento y en la introducción del conjunto de límites y vínculos a los diversos tipos de poder —públicos y privados, políticos y económicos, estatales y supraestatales— que son las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos, es decir, las prohibiciones y las obligaciones a ellos correspondientes. Por eso, el garantismo constitucional será concebido como la otra cara del constitucionalismo, del mismo modo que las garantías son la otra cara de los derechos, puesto que sirven para asegurar su máximo grado de efectividad. Resultará así un modelo de democracia multi-dimensional y multi-nivel, articulado en cuatro dimensiones —la política, la civil, la liberal y la social— correspondientes a otras tantas clases de derechos constitucionalmente establecidos y desarrollados en varios planos —las autonomías locales, los ordenamientos estatales, los supraestatales y los ordenamientos internacionales— cada uno de los cuales requiere funciones e instituciones de garantía a la altura de los respectivos poderes.

La debilidad y, en muchos casos, la carencia de estas garantías ha alcanzado en estos años su punto más bajo, más allá del cual la democracia, de no ser repensada y refundada en sus formas, en sus contenidos y en sus niveles, corre el riesgo de quebrar junto con la paz y los derechos fundamentales. La crisis se manifiesta en el desarrollo de poderes salva-

jes legitimado por dos concepciones regresivas y anticonstitucionales tanto de la política como de la economía. De un lado, la concepción elemental y populista de la democracia como soberanía omnipotente de las mayorías y de sus jefes, y no como sistema de reglas, límites y controles, de incompatibilidades y separaciones, de equilibrios y contrapesos entre funciones e instituciones de gobierno e instituciones de garantía; de otro, la concepción liberista* e igualmente elemental del mercado como lugar de las libertades, que desconoce la naturaleza de los poderes que es propia de los derechos patrimoniales y de los derechos de iniciativa económica, y legitima y secunda el carácter a su vez absoluto e incontrolado de estos. Es, pues, evidente que de las dos soberanías —la de la política y la de los mercados, ambas intolerantes con los límites y vínculos constitucionales— la segunda, por su carácter global, está destinada a prevalecer sobre la primera, siempre ligada a los estrechos horizontes de los estados nacionales.

De aquí se sigue una dramática distancia entre el paradigma normativo del constitucionalismo y la realidad de nuestros sistemas políticos, en la que nuestras democracias corren el riesgo de naufragar. Esta distancia no puede ser dejada de lado, como tienden a hacer las teorías normativistas, que atribuyen a la ciencia del derecho el único papel de describir los sistemas normativos, o sea, su deber ser jurídico, ignorando su inefectividad. Pero tampoco puede considerarse irreductible como, por el contrario, pretenden muchas doctrinas realistas, que describen el funcionamiento efectivo de tales sistemas, incluso su arribo a formas de democracia iliberal o de posdemocracia, desconociendo su ilegitimidad. Esta, por el contrario, debe ser analizada, criticada como ilegítima y, sobre todo, colmada por la refundación de la legalidad a la altura de los poderes globales y de la construcción de las garantías y las correspondientes funciones e instituciones de garantía implicadas e impuestas por los derechos constitucional e internacionalmente establecidos.

Esta perspectiva de un garantismo constitucional ampliado a los poderes extra- y supraestatales —en síntesis, la hipótesis de un constitucionalismo de los mercados y de un constitucionalismo planetario— es tachada de irrealista por gran parte de la filosofía política y jurídica, ligada a la idea de que solo el estado pero no el mercado, solo la política y no la economía, son lugares de poder y merecen, por tanto, como dice

* «Liberismo» es un término italiano —sin uso en castellano— que puede equivaler a «liberalismo económico». Va referido, por tanto, no a los derechos de libertad, sino a los derechos de autonomía en la esfera del mercado, que son derechos fundamentales, pero también poderes. En efecto, pues su ejercicio consiste en actos jurídicos que producen consecuencias en la propia esfera personal y en la de los demás. [*N. del T.*]

la propia expresión «estado de derecho», ser sometidos a reglas jurídicas. Pero este sedicente realismo será aquí criticado a partir de la idea opuesta de que, siendo realistas, la realidad de los actuales poderes salvajes de los estados soberanos y de los mercados globales no podrá sobrevivir sin producir catástrofes planetarias. La pandemia del coronavirus que ha explotado este año en todo el mundo, con sus centenares de millares de muertos, ha ofrecido la dramática confirmación de la tesis políticamente más relevante de las de este libro: la necesidad y la urgencia de un constitucionalismo más allá del estado, edificado mediante la introducción de garantías supranacionales de los derechos y de los bienes fundamentales de todos, como única respuesta racional y realista a las emergencias planetarias.

Por tanto, será necesario distinguir las razones políticas que hacen improbable esta perspectiva, de las razones teóricas que podrían oponérsele. En efecto, una cosa es decir que esta es una perspectiva improbable a causa de los potentes intereses que se oponen a ella; y otra que sea imposible en el plano teórico. Habitualmente se confunden ambos planos, que, en cambio, deben ser rigurosamente distinguidos. La perspectiva de una refundación de la democracia y del estado de derecho a la altura de los desafíos globales en acto es quizá políticamente improbable. Pero esto no quiere decir que sea teóricamente imposible. Si no quieren ocultarse las responsabilidades de la política, no debe confundirse conservación y realismo, descalificando como irrealista y utópico lo que simplemente no se hace y no se quiere hacer por ser contrario a los intereses y la voluntad de los más fuertes. Semejante actitud equivaldría a una abdicación de la razón y serviría para legitimar como inevitables los procesos de disolución en curso. Este libro pretende hacer ver que la alternativa del garantismo constitucional a estos procesos no solo es posible, sino necesaria y urgente, en el interés vital de todos y, al mismo tiempo, jurídicamente impuesta por los derechos humanos y los demás principios de justicia establecidos en tantas cartas constitucionales e internacionales como hoy existen.

En la redacción de este libro me he valido de las aportaciones críticas de muchos amigos y colegas a los que quiero aquí dar las gracias por haber discutido durante estos años *Principia iuris* y otros de mis trabajos, y por haber estimulado, con sus observaciones críticas, actualizaciones, precisiones y correcciones. Debo un agradecimiento particular, por haber leído este libro y por sus críticas, tanto más útiles cuanto más agudas, a Perfecto Andrés Ibáñez, Italo Birocchi, Alice Cadauro, Paolo Di Lucia, Dario Ippolito, Tecla Mazzarese y Giorgio Pino.

Introducción

META-TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA

1. *Cuatro puntos de vista sobre el derecho. La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos.* El derecho puede ser visto desde una pluralidad de perspectivas, correspondientes a otras tantas preguntas y a otras tantas respuestas en orden a la cuestión *de qué hablamos cuando hablamos del derecho.*

Con este interrogante podemos preguntarnos, en primer lugar, *cuál es el derecho vigente en un determinado ordenamiento*, y responder que consiste en un cierto conjunto de normas que disciplinan determinadas clases de comportamientos y son aceptadas como vinculantes en una determinada comunidad. Este punto de vista es el propiamente *jurídico*, interno al derecho, explicativo de sus formas de producción y de sus contenidos prescriptivos. Desde este ángulo, nos preguntamos por cuáles son, en un ordenamiento jurídico dado, las condiciones de *existencia* y las de *validez* de las normas pertenecientes a él. Cuáles son las fuentes de tales normas y quiénes los sujetos habilitados para producirlas. Y, sobre todo, qué establecen —qué obligaciones y qué prohibiciones, qué funciones y qué derechos— las normas del derecho vigente objeto de indagación. Qué técnicas reparadoras y sancionadoras garantizan su observancia. En síntesis: cuáles son las formas y los contenidos normativos del sistema jurídico objeto de nuestro interés.

En segundo lugar, podemos preguntarnos *para qué sirve y qué justifica el derecho*, y responder, por ejemplo, que sirve y está justificado por el orden y la convivencia pacífica que asegura, o bien por determinadas instancias de justicia que él mismo garantiza. Este es el punto de vista *axiológico* y normativo de la *justicia* o de la *legitimidad* del derecho. Las preguntas que suscita este segundo punto de vista externo al

derecho son diversas, y hacen referencia a la valoración y la justificación política del derecho del que se habla: cuándo puede decirse, y con fundamento en qué criterios, que una determinada norma, un determinado instituto, o todo un sistema de normas jurídicas son justos y cuando, en cambio, son injustos; cuáles son las finalidades perseguidas por el derecho; cuáles las condiciones cuya concurrencia legitima políticamente un cierto ordenamiento, una institución o una determinada norma jurídica; qué pretendemos del derecho de un ordenamiento dado para considerarlo justo.

En tercer lugar, cabe preguntarse *cómo funciona de hecho el derecho* en los diversos ordenamientos, y responder que tal funcionamiento consiste en lo que concretamente hacen las fuerzas políticas, los jueces y los demás actores jurídicos. Se trata del punto de vista empírico y *fáctico* explicativo —como el primero, pero externo al derecho al igual que el segundo— del grado de *efectividad* y de *inefectividad* de los sistemas jurídicos, así como de sus vicisitudes y transformaciones. Asumiendo este tercer punto de vista, con la pregunta se trata de obtener una respuesta a distintas cuestiones: cómo funciona de hecho y en qué medida un sistema jurídico dado consigue regular y condicionar los comportamientos humanos; cuál es el grado de observancia y cuál el grado de inobservancia de esta o aquella norma jurídica; qué técnicas normativas son las idóneas para garantizar los distintos tipos de derechos, la separación de poderes o la representatividad de los sistemas políticos; cuáles son, en fin, las razones históricas del nacimiento de este o aquel instituto jurídico, y cuáles los movimientos políticos, y las fuerzas sociales y culturales que en cada ocasión han contestado el derecho vigente y han dado lugar y determinado sus transformaciones.

En las tres clases de preguntas y en las correspondientes respuestas formuladas desde estos tres puntos de vista, es fácil reconocer los distintos enfoques disciplinares, correspondientes a otros tantos significados atribuibles a la pregunta «de qué hablamos cuando hablamos de derecho». En primer lugar, la *ciencia jurídica positiva*, que contempla el derecho de un ordenamiento dado desde el punto de vista interno de sus normas, comprobando sus condiciones de *validez* y analizando su significado; en segundo lugar, la *filosofía política normativa*, que mira el derecho desde el punto de vista externo de la *justicia*, justifica, o bien critica como injustos sus normas e institutos, y postula su defensa, reforma o supresión sobre la base de criterios axiológicos externos a aquel; en tercer lugar, la *sociología jurídica*, que observa el derecho desde el punto de vista externo de lo que de hecho sucede y estudia su grado de *efectividad*, pero también la *ciencia política*, que indaga su grado de eficacia y

funcionalidad en relación con las finalidades perseguidas por él, así como la *historiografía del derecho*, que tiene por objeto los orígenes y transformaciones históricas del derecho y de las instituciones jurídicas.

Ninguna de estas respuestas y de las correspondientes indagaciones pertenece a la *teoría del derecho*. Asumiendo como punto de vista el teórico-jurídico, con la pregunta inicial se trata de plantear un cuarto tipo de interrogantes: *qué son las normas y los demás fenómenos que pertenecen a eso que llamamos 'derecho'*. Más precisamente, desde este cuarto punto de vista hay que responder a preguntas del tipo: cuáles son los rasgos que diferencian los sistemas y los fenómenos jurídicos de otros sistemas normativos, como, por ejemplo, la moral o un galanteo de buenas maneras; en presencia de qué condiciones decimos que cierto comportamiento es un 'acto jurídico', que un determinado deber es una 'obligación jurídica', o que una cierta expectativa y un cierto interés constituyen un 'derecho subjetivo'; cuáles son los requisitos en presencia de los cuales puede decirse que una regla es una 'norma jurídica' y es jurídicamente 'válida'; qué entendemos con palabras como 'norma', 'persona', 'derechos fundamentales', 'competencia' o similares. Las respuestas a estas preguntas consisten en la estipulación del significado de las palabras con las que hablamos, ya no de este o aquel ordenamiento, de este o aquel de sus sectores, sino del derecho en cuanto tal, definiendo sus correspondientes conceptos mediante la identificación de sus rasgos estructurales y conectándolos dentro de un sistema de asertos dotados de alcance empírico y de capacidad explicativa de la fenomenología del derecho en su totalidad.

Así entendida, la teoría del derecho es una teoría *formal*: en el sentido de que no dice nada de los contenidos normativos de un sistema jurídico dado, ni sobre su validez, su justicia o su efectividad, sino que se limita a definir conceptos y a establecer las relaciones sintácticas existentes entre ellos[1]. No dice *cuáles son*, *cuáles es justo que sean*, o *en qué*

1. «La teoría general del derecho», ha escrito Norberto Bobbio (*Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1955, Introducción, p. VI), «es una teoría *formal* del derecho en el sentido de que estudia el derecho en su estructura normativa o, lo que es lo mismo, en su forma con independencia de los valores a los que sirve esta estructura y del contenido que encierra [...] Es inútil decir que esta idea, tal como se la conoce, ha sido elaborada por Kelsen», cuya «doctrina» o «teoría pura» es por eso «formal» en el sentido que se ha dicho. Sobre la naturaleza formal (o pura) de la teoría del derecho —cuyo reconocimiento, a mi juicio, es quizá la principal aportación que debemos a Hans Kelsen— y sobre el consiguiente carácter formal del paradigma constitucional como sintaxis lógica aplicable también al derecho privado y al derecho internacional, remito a mis *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez,

medida son observadas o *violadas* las normas de un cierto ordenamiento, las obligaciones, las prohibiciones o los derechos establecidos en él, o el sistema de límites y vínculos impuestos por un determinado sistema constitucional, sino solo *qué es* una norma, una obligación, una prohibición, un derecho subjetivo o el paradigma constitucional. Hay, por tanto, una asimetría entre este cuarto tipo de discurso sobre el derecho y todos los demás. La teoría del derecho elabora un aparato conceptual común a los otros tres tipos de discurso, que corresponden a otros tantos bancos de pruebas de su capacidad explicativa. Consiste en un sistema de conceptos y de asertos dirigido a identificar y analizar las estructuras del derecho en abstracto, con independencia de cuáles sean en concreto sus prescripciones, nuestra opinión sobre su justicia y cualquiera que fuere su grado de efectividad. Su nexo con los otros tres enfoques disciplinares está asegurado por la capacidad explicativa de las estructuras jurídicas formales elaboradas por ella en relación con las estructuras de los concretos ordenamientos jurídicos y políticos: ya se trate de las formas elementales de los sistemas normativos más simples y primitivos, de las más complejas del estado legislativo o de las, aún más complejas y articuladas, del estado constitucional de derecho.

Es en el paradigma teórico del constitucionalismo rígido donde este nexo alcanza las formas más completas, gracias a la razón jurídica que, de distintos modos, liga los diversos enfoques disciplinares: la filosofía política, la ciencia jurídica y la sociología del derecho. En efecto, en el paradigma constitucional, las *razones del derecho*, elaboradas históricamente por la reflexión filosófica sobre la justicia con la consiguiente proyección política, han sido incorporadas, bajo la forma de principios y derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, como *razones en el derecho*, objeto del análisis explicativo que compete a la ciencia jurídica positiva. Y, a su vez, tales razones operan (o no lo hacen) —en mayor o menor medida, según su grado de aceptación social y en función de las técnicas de garantía adoptadas en su apoyo— como *razones de derecho* del obrar fáctico, objeto de la investigación sociológica, politológica o historiográfica[2]. En fin, a veces, la acción concreta de los actores y las fuerzas sociales, en defensa de las razones inactua-

Trotta, Madrid, 2017, § 8.1 y 10.3, pp. 193-195 y 241-244, y *Constitucionalismo más allá del estado*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018.

2. Son los tres significados de «razón» que he distinguido en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, [10]2018, Introducción, § 2, pp. 22-23, y con los que he titulado, respectivamente, la segunda, la primera y la tercera parte de ese volumen.

das o de nuevas necesidades de tutela, hace emerger nuevas instancias de garantía y nuevas razones axiológicas *del* derecho, del que reclama e impone su incorporación a los sistemas jurídicos positivos como nuevas razones *en el* derecho, destinadas a operar, en la práctica social, como razones *de* derecho. Es a través de esta relación circular entre punto de vista axiológico o político externo, punto de vista jurídico interno y punto de vista fáctico externo, portador a su vez de nuevas instancias de justicia, como se desarrolla históricamente la construcción política, jurídica y social de la democracia constitucional.

En lo que resta de esta Introducción mostraré que no es posible ignorar los distintos enfoques disciplinares correspondientes a los diversos puntos de vista empíricos que acaban de distinguirse, debido a que corresponden a otros tantos niveles de indagación y de discurso, uno normativo en relación con el otro; que la teoría del derecho, gracias a su carácter formal, que hace posible su formalización en el plano metodológico, ofrece a estos diversos discursos un lenguaje y un sistema de conceptos comunes, que permiten tematizar las divergencias deónticas que se producen de hecho entre los distintos niveles, normativos y fácticos, que en ellos se expresan; que, en fin, la misma teoría estimula la verificación y la crítica de estas divergencias por parte de la ciencia del derecho y de la filosofía política y, sobre todo, su superación por medio de la práctica jurídica y política. En síntesis, en los próximos tres parágrafos, me ocuparé del *objeto*, el *método* y la *función* de la teoría del derecho. Se trata de las tres cuestiones metateóricas —*de qué habla, cómo se construye* y *para qué sirve* una teoría (del derecho)— correspondientes a las tres clásicas dimensiones del lenguaje distinguidas por Charles Morris: la (meta-teoría) *semántica*, dedicada a los significados de los signos y de las tesis teóricas según resultan de sus referencias empíricas a la fenomenología del derecho; la (meta-teoría) *sintáctica*, dedicada a las relaciones sintácticas entre los conceptos y los asertos de la teoría según resultan de los nexos lógicos que existen entre ellos; la (meta-teoría) *pragmática*, dedicada a las finalidades explicativas de la teoría y al papel crítico y proyectivo en relación con el derecho demandado por ella a la ciencia jurídica y a la práctica política, sobre la base del derecho mismo[3].

3. Estas son las tres cuestiones correspondientes a las tres dimensiones de la semiosis o teoría de los signos distinguidas por Ch. Morris, *Lineamenti di una teoria dei segni* [1938], trad. it. de F. Rossi-Landi, Paravia, Turín, 1954, cap. II, § 3, pp. 18-20: «Si consideramos la semiosis como la relación triádica de vehículo sígnico, *designatum* e intérprete, podemos aislar con fines de estudio numerosas relaciones diádicas. Se pueden estudiar

2. *La semántica de la teoría del derecho. Las referencias empíricas de la teoría y sus divergencias deónticas.* La primera cuestión —*de qué habla la teoría del derecho*— tiene que ver con la dimensión *semántica* de la teoría. Al igual que cualquier otra teoría empírica, la teoría del derecho es un complejo orgánico de enunciados en torno a un determinado objeto o universo de discurso que, en su caso, es, precisamente, el derecho. Para identificar tal objeto, de acuerdo con la clásica distinción entre los significados de «significado» debida a Gottlob Frege[4], es útil distinguir en él dos significados. En un primer significado, que llamamos «extensión», se entiende por «objeto» de la teoría el campo de indagación que constituye su referente empírico. En un segundo significado, que llamamos «intensión», con la misma palabra se alude a los contenidos informativos de la teoría en orden a la realidad de la experiencia jurídica.

La *extensión de la teoría* del derecho se identifica con la de los ámbitos de experiencia denotados por la palabra «derecho». Según un conocido principio lógico, la extensión de los conceptos y de los asertos de una teoría, es decir de sus referencias empíricas, varía en sentido inverso a su intensión[5]. Cuanto mayor es su extensión, tanto menor es su intensión, es decir, su capacidad de dar cuenta de los aspectos más complejos de los ordenamientos más evolucionados, que crece con la introducción de conceptos específicos, dotados de cada vez mayor intensión. A la inversa, cuanto mayor es su intensión, tanto menor es su extensión y, por tanto, la aplicabilidad de sus conceptos más específicos a sistemas jurídicos privados de las correspondientes referencias empíricas. Por ejemplo, conceptos como 'derechos fundamentales', 'representación po-

las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables. Llamaremos a esta relación *dimensión semántica de la semiosis*; el estudio de esta dimensión será llamado *semántica*. O bien el objeto de estudio puede ser la relación de los signos con los intérpretes. Llamaremos a esta relación *dimensión pragmática de la semiosis*: el estudio de esta dimensión tendrá el nombre de *pragmática*». Hay, en fin, una tercera «importante relación en la que los signos pueden llegar a encontrarse: la formal entre ellos mismos [...] Esta será llamada *dimensión sintáctica de la semiosis*; y su estudio tendrá el nombre de *sintáctica*» [trad. cast. *Fundamentos de la teoría de los signos*, Paidós, Barcelona, 1985].

4. G. Frege, «Senso e significato» [1892], trad. it. en Íd., *Logica e aritmetica*, ed. de C. Mangione, Bollati Boringhieri, Turín, 1965, pp. 374-404.

5. I. Copi, *Introduzione alla logica* [1961], trad. it. de M. Stringa, il Mulino, Bolonia, 1964, pp. 133-134 [trad. cast. de N. Míguez, *Introducción a la lógica*, revisión técnica de G. Klimowsky, Eudeba, Buenos Aires, [10]1971]; E. Nagel, *La struttura della scienza. Problemi di logica nella spiegazione scientifica* [1961], trad. it. de C. Sborgi y A. Monti, Feltrinelli, Milán, 1968, cap. V, § 3, p. 111 y cap. XV, § 2, p. 59 [trad. cast. *La estructura de la ciencia. Problemas de lógica de la investigación científica*, Paidós, Barcelona, 2006].

lítica', 'separación de poderes' y similares solo valen para el derecho de las actuales democracias constitucionales al carecer de referencias empíricas en otros ordenamientos, como, por ejemplo, los premodernos o los no democráticos. Pero esto no priva de validez también para estos a las tesis teóricas intensionalmente menos complejas que hacen uso de conceptos más elementales —como 'permiso', 'obligación', 'prohibición', 'sujeto', 'acto jurídico', 'norma jurídica' y similares— suficientes para asegurar su necesario alcance empírico y su conexa capacidad explicativa. Así pues, la teoría del derecho desarrollada en este libro procederá, como ya en *Principia iuris*[6], a través de sucesivas intensificaciones: sus primeros conceptos y asertos —'permitido', 'prohibido', 'lo que está permitido no está prohibido', 'acto', 'norma' y similares— son también los más generales y elementales, válidos, por tanto, asimismo para los ordenamientos más simples y algunos de ellos hasta para los sistemas normativos no jurídicos; mientras que los más complejos, elaborados en las partes más avanzadas del discurso teórico —como 'validez sustancial', 'invalidez sustancial', 'derechos fundamentales', 'antinomias' y 'lagunas'— guardan relación con aspectos específicos de la fenomenología jurídica, ligados sobre todo a los rasgos estructurales y a los contenidos normativos de los ordenamientos más avanzados como los de las actuales democracias constitucionales[7].

La *intensión de la teoría* consiste, en cambio, en sus contenidos informativos. El sistema de conceptos y de asertos elaborados en ella es común a los tres tipos de discurso que se han distinguido antes —la ciencia jurídica, la filosofía política y la sociología del derecho— que hablan, respectivamente, de lo que establece, de lo que sería justo que estableciera y de cómo funciona de hecho cualquier ordenamiento jurídico. Cada una de estas tres disciplinas ofrece una diversa *interpretación semánti-*

6. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* [2006], 3 vols., trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, [2]2016, vol. I (en lo que sigue, los tres volúmenes —I. *Teoría del derecho*; II. *Teoría de la democracia*; III. *La sintaxis del derecho*— serán citados, respectivamente, como *PiI*, *PiII* y *PiIII*, y las definiciones y los teoremas desarrollados en ellos, respectivamente, con las letras D y T seguidas por una numeración progresiva).

7. Como ha observado Marina Gascón Abellán, «Principia iuris: caracterización de una teoría jurídica», en T. Mazzarese (ed.), «Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris* de Luigi Ferrajoli»: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* 31 (2008), pp. 234-235, esta «*elasticidad*» extensional de la teoría desarrollada en *Principia iuris* la sustrae a dos posibles vicios en los que siempre corren el riesgo de incurrir las teorías del derecho: el de ser demasiado genéricas y por eso escasamente analíticas, y el de ser demasiado específicas y por eso solo válidas para ordenamientos complejos.

ca de los conceptos y de las tesis de la teoría desde tres diferentes puntos de vista sobre el mismo objeto: entendiéndose por «interpretación semántica» cualquier discurso que asocie a estos una referencia empírica[8]. Precisamente, la *ciencia jurídica positiva* interpreta este conjunto de conceptos y de tesis desde el punto de vista interno o jurídico de la *validez* de las normas, refiriendo a esta sus contenidos prescriptivos y valorando su conformidad y coherencia con las normas sobre su producción. La *filosofía política* interpreta este mismo conjunto de conceptos y de asertos desde el punto de vista externo y axiológico de la *justicia*, valorando críticamente los diversos ordenamientos y sus normas, según respeten y actúen o no valores ético-políticos que pueden estar o no constitucionalizados. En fin, la *sociología del derecho* interpreta tal sistema de conceptos y de asertos desde el punto de vista externo y fáctico de la *efectividad* de las normas objeto de indagación, sobre la base de la observación empírica de lo que, en acuerdo o en contraste con ellas, sucede o no en la práctica jurídica. Todos estos puntos de vista son necesarios para conocer, criticar y transformar los fenómenos jurídicos. Pero ninguno de ellos es suficiente para ese fin. Sobre todo, ninguno de ellos puede proponerse como exclusivo o exhaustivo y, por tanto, ignorar a todos los otros, como con frecuencia tiende a hacerse[9], si no es al precio de inevitables falacias ideológicas. En cambio, la metateoría semántica del derecho, al distinguir entre normatividad y efectividad, justicia y validez y entre validez y existencia de las normas jurídicas, permite distinguir los diversos puntos de vista como otros tantos enfoques disciplinares de los que la teoría puede recibir sustento y, a la vez, conectarlos mostrando que tales distinciones y disociaciones corresponden a

8. Sobre la interpretación empírica de las teorías, véanse R. Carnap, *Fondamenti di logica e matematica* [1939], trad. it. de G. Preti, Paravia, Turín, 1956, § 23, pp. 91 ss. [trad. cast. de M. de Mora Charles, *Fundamentos de lógica y matemáticas*, revisión y notas de J. Mascareño y Josefina Betancor, Madrid, 1975]; Íd., «Il carattere metodologico dei concetti teorici» [1956], en Íd., *Analiticità, significanza, induzione*, ed. de A. Meotti y M. Mondadori, il Mulino, Bolonia, 1971, donde las proposiciones interpretativas reciben el nombre de «reglas de correspondencia».

9. Recuérdense las palabras de Norberto Bobbio contra «la trampa del imperialismo de las disciplinas que coloca a los historiadores contra los filósofos, a los juristas contra los politólogos, a los sociólogos contra los historiadores, etc. En el vastísimo, cada vez más amplio, universo del saber, hay afortunadamente lugar para todos» y la utilidad de la reflexión metodológica consiste en «hacer más conscientes, a cada cual en su campo, de los límites de su propio territorio y del derecho a existir de otros territorios lejanos o cercanos» (N. Bobbio, «Las razones de la filosofía política», en Íd., *Teoría general de la política* [1990], ed. de M. Bovero, trad. cast. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2003, p. 107).

otras tantas *divergencias deónticas* entre el *deber ser* del derecho y su *ser* de hecho producidas con su desarrollo histórico.

La primera divergencia deóntica es la, elemental, entre *normatividad* y *efectividad* de las normas, o sea, entre normas y hechos, derecho y realidad, el deber ser jurídico (o *de derecho*) y el ser de la concreta experiencia jurídica. Es el fruto de un primer cambio de las que a su tiempo llamaré las 'normas de reconocimiento' del derecho: el producido con la disociación entre normatividad y efectividad de las prácticas jurídicas acontecida con el paso del derecho puramente consuetudinario de los ordenamientos primitivos, en el que las dos figuras coinciden tendencialmente, al *derecho positivo* producido por fuentes formalmente distintas de las prácticas jurídicas y dirigidas, no a reflejarlas, sino a regularlas y modelarlas. De aquí la paralela disociación, que es un corolario del *formalismo jurídico*, entre enfoque *normativista* y enfoque *realista* de la fenomenología del derecho. El primero, propio de la *ciencia jurídica* como disciplina normativa, contempla los fenómenos jurídicos identificándolos con las *normas*; el segundo, propio de la *sociología del derecho* como disciplina descriptiva, observa los mismos fenómenos identificándolos con los *comportamientos* regulados por las normas[10]. Parafraseando la conocida distinción de Herbert Hart, uno mira al derecho vigente (*law in books*) desde el *punto de vista normativo interno*; el otro al derecho viviente (*law in action*) desde el *punto de vista fáctico externo*[11]. Por tanto, las referencias empíricas de las proposiciones jurídicas de la ciencia del derecho y de las fácticas de la sociología del dere-

10. Estos dos diversos enfoques o concepciones del derecho expresan, como escribió Kelsen en 1915 en ocasión de su célebre polémica con Eugen Ehrlich, «el contraste fundamental que amenaza con romper la ciencia jurídica, en lo que se refiere a objeto y método, en dos tendencias diferentes desde el fundamento» y que «nace a través del doble modo de consideración al que se cree posible someter el fenómeno jurídico. El derecho puede ser considerado como *norma*, es decir, como una determinada forma del *deber*, como específica regla-de-deber y, en consecuencia, construir la ciencia jurídica como una ciencia *normativa* y *deductiva de valores*, como la ética o la lógica. Pero se intenta también concebir el derecho como una parte de la *realidad* social, como hecho o proceso cuya *regularidad* se entiende de manera *inductiva y* explicada causalmente. Aquí el derecho es una *regla del ser* de un determinado comportamiento, y la ciencia jurídica es una ciencia de *realidad* que trabaja según el modelo de las ciencias naturales» (H. Kelsen, «Una fondazione della sociologia del diritto» [1915], trad. it. de A. Carrino, en E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Esi, Nápoles, 1992, pp. 67-68).

11. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* [1961], trad. cast. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, IV, § 1, pp. 64-77; V, § 2, pp. 110-113 y VI, § 1, pp. 127-131. Sobre la distinción entre «punto de vista externo» propio del sociólogo y «punto de vista interno» propio del jurista, véase también U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965, cap. VII, pp. 53-58 [trad. cast. de J. Hennequín, revisión

cho —de un lado las normas, de otro los hechos— son distintas y siempre virtualmente divergentes.

La segunda divergencia es la existente entre *justicia* y *validez*, es decir, entre el deber ser ético-político o externo (o *del derecho*) y el ser de los sistemas jurídicos. Es el fruto de un segundo cambio de las normas de reconocimiento y, por eso, de las condiciones de validez de las normas jurídicas. El producido con el nacimiento del *estado legislativo de derecho* y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. De aquí la separación, que es un corolario del *positivismo jurídico*, entre derecho y moral, o sea, entre validez y justicia: la juridicidad (o validez) predicable de una norma no implica su moralidad (o justicia) y, a la inversa, su moralidad (o justicia) no implica su juridicidad (o la validez)[12]. De aquí, también, la disociación y la autonomía entre el *punto de vista interno* de la *ciencia jurídica*, que mira al derecho positivo «que es», y el *punto de vista externo* de la *filosofía de la justicia*, que, sobre la base de criterios de valoración de tipo político y moral, mira y valora el mismo derecho «como debe ser», concibiendo las normas y las instituciones jurídicas vigentes como productos históricos, políticos y sociales por construir (o demoler), por defender (o criticar) y por conservar (o transformar). Una autonomía que, en cambio, resulta oscurecida por la confusión entre derecho y moral en ambas sus opuestas formulaciones: la del derecho con la moral, en el caso de las diversas versiones del *iusnaturalismo*, y la de la moral con el derecho, en el de las distintas versiones del *legalismo ético*, incluida su variante del *constitucionalismo ético* hoy difundida en gran parte del llamado «neo-constitucionalismo».

En fin, la tercera divergencia —jurídicamente la más importante en cuanto interna por completo al derecho positivo— es entre *validez* y *existencia* (que más adelante llamaré *vigor*), es decir, entre el *deber ser* jurídico o interno (o *en el derecho*) y el *ser* de las normas legales existentes, que no es sino la primera divergencia, entre normatividad y efec-

de A. Rentería, *Qué es el positivismo jurídico*, presentaciones de A. Rentería y M. Jori, Cajica, Puebla, 2001].

12. En este sentido, escribió Hart, «la separación de origen utilitarista entre derecho y moral es considerada un dato de hecho, que permite a los juristas tener mayor claridad de ideas» (H. L. A. Hart, «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale» [1958], trad. it. de V. Frosini, en Íd., *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, § 1, p. 16). «Entenderemos por positivismo jurídico», escribió también Hart, «la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así (H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., cap. IX, § 1, p. 230).

tividad, si bien producida dentro de la misma estructura normativa del propio derecho positivo. Esta divergencia ha sido generada por un posterior cambio de las normas de reconocimiento, y con ello de las condiciones de validez jurídica, producido con el *constitucionalismo jurídico*, es decir, con la estipulación, en constituciones rígidas, de límites y vínculos sustanciales a la producción legislativa y a la práctica del derecho, que es lo que son típicamente los derechos fundamentales. El efecto es que una ley es válida, no simplemente porque existente (o vigente), esto es, emanada según las formas que permiten reconocer la pertenencia a un ordenamiento dado, sino también porque es además coherente, en cuanto a los contenidos, con las normas constitucionales supraordenadas a ella. De aquí se sigue que, en el *estado constitucional de derecho*, todos los fenómenos normativos, a excepción de la constitución, pueden ser vistos simultáneamente como normas o como hechos. Como *normas* en relación con los hechos regulados por ellas, pero también como *hechos* respecto de las normas por las que son ellos mismos regulados. Así resulta posible que, dentro del propio discurso de la ciencia jurídica, puedan afirmarse tesis opuestas, si bien ambas fundadas, sobre un mismo fenómeno: que, por ejemplo, en un determinado ordenamiento todas las manifestaciones del pensamiento estén permitidas por una norma constitucional y, al mismo tiempo, que no todas lo estén al hallarse algunas de ellas prohibidas por leyes ordinarias como delitos de opinión; o bien, que todos los derechos subjetivos, según una norma constitucional, son accionables en juicio y, al mismo tiempo, que no todos lo son al no haber sido emanadas las normas para la justiciabilidad procesal de algunos derechos fundamentales. Pero no se trata de contradicciones, sino de violaciones de las normas constitucionales que, por comisión o por omisión, se manifiestan en el estado constitucional con la aparición de antinomias o de lagunas, es decir, del derecho jurídicamente ilegítimo: expresiones impensables, una verdadera «*contradictio in adjecto*»[13] según el paradigma paleo-positivista del estado legislativo, en el que validez y existencia de las leyes coinciden a causa de la ausencia de normas de grado supraordenado a estas.

Ahora bien, cada uno de los tres puntos de vista y de los enfoques disciplinares correspondientes que se han distinguido —el fáctico externo de la efectividad, el político externo de la justicia y el jurídico interno de la validez— de ser asumido como exclusivo y exhaustivo, ig-

13. Así H. Kelsen, *Teoría general del derecho* [1945], trad. cast. de E. García Máynez, Primera parte, cap. XI, H, b, p. 185; Íd., *Teoría pura del derecho*, trad. cast. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, § 35, j, ß, p. 277.

norando y, por eso, ocultando las divergencias deónticas que acaban de ilustrarse, dará lugar a dos opuestas falacias ideológicas[14]: la *falacia realista*, que identifica el derecho solo con el derecho efectivo, desinteresándose de su deber ser jurídico o político y, con ello, de su invalidez jurídica y de su ilegitimidad política, y la *falacia normativista*, que, a la inversa, identifica el derecho solo con el derecho válido o, peor aún, en su variante iusnaturalista, con el derecho justo, desinteresándose de su ser de hecho y, con ello, de su inefectividad.

Es solo con la integración de estos diferentes enfoques como pueden superarse tales falacias. A mi juicio, normativismo y realismo jurídico, lejos de ser enfoques alternativos para el conocimiento de los ordenamientos jurídicos, representan dos distintos modelos semánticos de la teoría del derecho, igualmente esenciales como correspondientes, uno, al universo lingüístico de las normas, el otro, al universo extralingüístico de los hechos[15]. Para que la ciencia jurídica positiva pueda dar cuenta de forma consistente de las antinomias y las lagunas resultantes de la divergencia que siempre existe virtualmente entre el *deber ser constitucional* o *legislativo* del derecho y su *ser legislativo o infralegislativo*, es necesario que tal divergencia sea asumida por aquella como su objeto privilegiado de indagación; que, por eso, en todo fenómeno normativo se reconozca la doble naturaleza de *norma* vigente, si visto desde abajo, esto es, desde el punto de vista de los hechos por ella regulados, y de *acto* normativo válido o inválido, si visto desde arriba, es decir, desde el punto de vista de las normas que regulan su producción; que, consecuentemente, se reconozca que los principios constitucionales —la igualdad, los derechos fundamentales, la paz—, precisamente porque no son des-

14. En el sentido de «ideologías» y de «falacias ideológicas», propuesto en *Derecho y razón*, cit., cap. IV, § 14.2, pp. 219-221, según el cual son tales las doctrinas o concepciones que reducen el «deber ser» del derecho a su «ser», o viceversa, en virtud de la indebida derivación de tesis prescriptivas a partir de tesis asertivas, o viceversa, en contradicción con la ley de Hume.

15. Generalmente, estos dos enfoques suelen considerarse hasta tal punto distintos y opuestos como para dar vida a diversas teorías del derecho, las normativistas y las realistas. El carácter normativista y a la vez realista que he atribuido a la teoría garantista del derecho ha sido bien ilustrado por M. Gascón Abellán en «¿Para qué sirve la teoría?», en *Congreso «Principia iuris» de Luigi Ferrajoli* (Universitat de València, 25-26 de abril de 2012): *Anuario de Filosofía del derecho* (2013), pp. 130-132, y por A. Rentería Díaz, «Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, LED, Milán, 2011, pp. 199-222. Sobre este asunto remito a mis trabajos: «Intorno a Principia iuris. Questioni epistemologiche e questioni teoriche», *ibid.*, § 14.1.3, pp. 239-248, y «Livelli di norme nel diritto e livelli di verità nella scienza giuridica», *ibid.*, pp. 293-309.

cripciones, sino prescripciones, no resultan contradichos, desmentidos o falsados, sino violados por lo que acontece o no en contradicción con ellos. Esta divergencia entre deber ser y ser en el derecho, entre normatividad y facticidad dentro del mismo universo del discurso es el argumento más interesante que el paradigma constitucional elaborado por la teoría asigna a la ciencia jurídica; que así resulta investida de la tarea de identificar las *antinomias* y las *lagunas* —en otras palabras, el *derecho ilegítimo* por inválido o lagunoso— y de promover su superación como condición de consistencia tanto del derecho positivo como de los discursos sobre él[16].

3. *La sintáctica de la teoría del derecho. La lógica del derecho y su explicación teórica gracias al empleo del método axiomático.* ¿Qué es lo que confiere a la teoría del derecho el carácter de teoría «general», en el triple sentido de que sus conceptos y sus asertos tienen que ver, no ya con este o aquel determinado ordenamiento, sino con cualquier experiencia jurídica, desde las más elementales a las más complejas; que, además, guardan relación no con esta o aquella disciplina o sector del derecho, sino con la fenomenología jurídica en su totalidad; que, en fin, son utilizables por todos los diversos puntos de vista o enfoques disciplinares desde los que el derecho puede ser objeto de examen o de investigación? Según la tesis que aquí se mantiene, lo que hace posible este carácter general y este papel de la teoría del derecho como tejido conectivo y terreno de encuentro de los diversos enfoques y saberes jurídicos, es su carácter *formal*, es decir, el hecho de que, como se ha dicho, ella no dice nada sobre los contenidos prescriptivos que son propios, o que es justo que lo sean, de un ordenamiento dado, ni tampoco sobre su concreto funcionamiento, sino que se limita a construir una sintaxis, elaborando conceptos y asertos capaces de dar cuenta de cualquier fenómeno jurídico, cualquiera que sea el punto de vista que se adopte.

Llego con esto a la segunda cuestión metateórica —*cómo se construye la teoría del derecho*— que se refiere a la dimensión *sintáctica* de

16. Preciso desde ahora que utilizo 'antinomia' y 'laguna' en un significado más restringido que el usual. Con estos términos, centrales en la teoría del garantismo constitucional, sobre la base de las definiciones D10.43 y D10.44, formuladas en *Pil*, § 10.19-10.20, pp. 644-654, designo solamente las antinomias y las lagunas entre normas de grado diverso; que —a diferencia de las que se producen entre normas del mismo nivel, y son solubles por el intérprete mediante la aplicación del criterio cronológico o del de especialidad, o bien de la analogía— son *vicios* o *violaciones* que solamente pueden ser eliminadas por intervenciones autoritativas de carácter judicial o legislativo. Volveré sobre esta cuestión en los § 4.2 y 4.3.

la teoría. El carácter formal de la teoría que está en la base de su carácter «general», se manifiesta en el método específico con el que puede ser construida y en su estatuto epistemológico, distinto del de los discursos de las disciplinas jurídicas positivas y del de la sociología del derecho, que ofrecen las dos posibles interpretaciones empírico-explicativas de aquel, una de tipo normativista y la otra de carácter realista. Los discursos de las disciplinas jurídicas, al verter sobre un objeto lingüístico que es el formado por los discursos del legislador, requieren como específico método de investigación el *análisis del lenguaje legal*, es decir, la lectura y la interpretación sistemática y crítica de esos datos empíricos que son los enunciados normativos que componen el derecho positivo. Los discursos de la sociología del derecho, al versar sobre un objeto en gran parte extra-lingüístico, como es el formado por los comportamientos de los asociados y en particular de los operadores jurídicos, requieren, en cambio, como método de indagación la *investigación sociológica*, esto es, la descripción y la explicación de los hechos y de las prácticas jurídicas. Por eso, tanto las tesis de la ciencia jurídica positiva como las de la sociología del derecho, son tesis de las que, en un sentido obviamente relativo y con amplios márgenes de aproximación, puede predicarse la 'verdad empírica': la llamada «verdad jurídica» de las primeras, basada en el análisis de lo que dicen las normas («con base en la norma *n*, es 'verdad' que»), y la llamada «verdad fáctica» de las segundas, basada en la observación de lo que de hecho acontece («con base en la observación de los hechos *h*, es 'verdad' que»). En particular, las reglas de uso de los conceptos de la ciencia jurídica positiva —por ejemplo, de «mutuo», «comodato», «hurto», «homicidio», «dolo», «culpa» y similares— son dictadas por las leyes, y demandan al jurista y al operador jurídico, mediante el análisis del lenguaje legal y la reelaboración y reconstrucción crítica, *redefiniciones lexicales* ancladas a los usos lingüísticos del legislador.

Distintos del todo son el estatuto epistemológico y el método de construcción de la teoría del derecho. A diferencia de los conceptos jurídicos antes indicados, pertenecientes a la que se puede llamar *dogmática jurídica*, a causa del valor de «dogmas» asociado a las normas positivas que explícita o implícitamente dictan sus definiciones, los conceptos de la *teoría del derecho* —como 'permiso', 'prohibición', 'norma', 'acto jurídico', 'derecho subjetivo', 'validez', 'ordenamiento' y similares— son conceptos de los que sería vano buscar su significado en las leyes. En efecto, pues es el propio teórico el que construye o reconstruye estos conceptos, mediante *definiciones estipulativas*, de las que, a diferencia de las *definiciones lexicales* de la dogmática, aun cuando opinables, no

tiene sentido argumentar la «verdad» o la «falsedad», sino solo la mayor o menor adecuación a la explicación del universo del discurso teórico, es decir, del derecho, dentro de la sintaxis de la teoría en su conjunto[17]. En definitiva, se trata de dos lenguajes —el *lenguaje teórico* de la teoría del derecho y el *lenguaje dogmático* de las disciplinas jurídicas positivas— distintos por su diferente método de formación, no menos diversos de lo que puedan serlo el lenguaje teórico de las ciencias naturales y su lenguaje observacional[18].

Se entenderá cómo, por este carácter artificial, el lenguaje teórico está bastante más expuesto que el de la dogmática, anclado siempre al análisis del lenguaje legal, a una cierta indeterminación y falta de rigor —piénsese en las innumerables nociones de términos como «norma», «derecho subjetivo», «validez», «competencia» y similares, acumulados en la literatura jurídica— que, en el discurso científico, dejan espacio a tesis inconsistentes o contradictorias y, en la práctica jurídica, a opciones arbitrarias, a veces ni siquiera conscientes. Pero es precisamente esta artificialidad la que permite superar tal indeterminación. Lo permite bastante más de lo que cabría en el caso del lenguaje de la dogmática, gracias a su posible formalización, de acuerdo con el carácter formal de la teoría. En efecto, pues si es cierto que el lenguaje de la teoría del derecho es un lenguaje artificial, es decir, construido por el propio teórico, entonces no solo *se puede*, sino que *se debe* —ya que, si es posible, resulta científicamente obligado— construirlo de la manera más rigurosa y desarrollar el discurso teórico de forma absolutamente coherente. Es lo que permite el método axiomático con el que la teoría del derecho, expuesta en la primera parte de este libro sin el aparato lógico que requiere, fue elaborada en *Principia iuris*.

Según este método —excepción hecha de un número limitado de conceptos asumidos como *términos primitivos* y de tesis asumidas como *postulados* o como *definiciones*— en la teoría no se admite ningún concepto que no haya sido *definido* mediante otros términos teóricos sobre

17. Sobre la distinción entre «definiciones lexicales», «definiciones estipulativas» y «redefiniciones», véase U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* [1959], nueva ed. al cuidado de A. Pintore, Giuffrè, Milán, 1985, cap. I, § 5, pp. 71-76.

18. Sobre esta distinción véanse R. Carnap, «Linguaggio osservativo e linguaggio teorico» [1958], en Íd., *Analiticità, significanza, induzione*, cit., § 1, p. 50; Íd., «Il carattere metodologico dei concetti teorici», cit., pp. 263-315; C. G. Hempel, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica* [1952], trad. it. de A. Pasquinelli, Feltrinelli, Milán 1961, § 5, pp. 27-30 y § 16-21, pp. 104-145 [trad. cast. de J. L. Rolleri, *Fundamentos de la formación de los conceptos de la ciencia empírica*, Alianza, Madrid, 1988], y por W. V. O. Quine, «La teoria e l'osservazione»: *Rivista di filosofia* I (1975), pp. 1-19.

la base de reglas de formación previamente establecidas, y no es aceptable ninguna tesis que no haya sido *demostrada* a partir de otras tesis de la teoría según reglas de transformación asimismo preestablecidas. De aquí resulta una reconstrucción de todo el lenguaje *teórico* de la ciencia jurídica, cuyo rigor y cuya claridad y precisión se hacen posibles precisamente por el hecho de que —a diferencia del lenguaje *dogmático* de las disciplinas jurídicas positivas, vinculado al léxico del lenguaje *legal*— es un lenguaje «artificial» o «convencional», elaborado por el propio teórico y por eso formalizable según sus reglas de formación y transformación. En efecto, de aquí se siguen múltiples ventajas: *a*) la *univocidad* semántica de todos los términos teóricos no primitivos, asegurada por su definición conforme a las reglas de formación preestablecidas; *b*) la *coherencia* interna del discurso teórico, asegurada por la demostración de todas sus tesis no primitivas, o teoremas, conforme a las reglas lógicas de transformación, igualmente preestablecidas; *c*) la explicitación y por eso *transparencia* y la exposición a la crítica de las opciones subyacentes a las asunciones, es decir, de los postulados y las definiciones, cuyo carácter ni verdadero ni falso es el precio que se paga a la verdad lógica, en relación con ellas, de todas las demás tesis de la teoría; *d*) la *fecundidad* del método axiomático de construcción de la teoría, que es un método no solo de control, sino también de descubrimiento, dado que sirve para mostrar cómo, con respecto a las premisas establecidas, no todas las tesis intuitivas son verdaderas y no todas las tesis verdaderas son intuitivas.

El empleo del método axiomático tiene, además, otra ventaja, todavía más importante, para la construcción de la teoría del derecho, que se presupone, aunque no se explicita, en este libro. Consiste en hacer patente el carácter lógico, y no solo jurídico, que, en los ordenamientos articulados en varios niveles normativos, como lo son típicamente los de las actuales democracias constitucionales, asume la normatividad de las normas sustanciales sobre la producción jurídica. Debido a la naturaleza lingüística del objeto regulado, esta normatividad tiene que consistir en la *coherencia* o en la *implicación* de las normas producidas con respecto a las normas que regulan su producción. Hay por eso una condición necesaria que se requiere para dar cuenta en el plano teórico de esta naturaleza lógica y no solo jurídica de la estructura en grados de los ordenamientos complejos. Consiste en la asunción de los principios de la lógica deóntica entre las tesis de la teoría: más precisamente, de los principios de no contradicción y de implicación —a los que en el próximo parágrafo llamaré *principia iuris tantum*— que presiden las relaciones entre las figuras deónticas en las que está articulada la sinta-

xis del derecho[19]. Es lo requerido por el método axiomático en *Principia iuris*, y ahora en el primer parágrafo de este libro, donde he asumido como primer postulado de la teoría una tesis de la lógica deóntica («de lo que no está permitida la comisión está permitida la omisión») y luego he definido, a través de los términos primitivos 'permiso' y 'expectativa', todas las diversas figuras deónticas, así como todas las situaciones y las normas jurídicas. De este modo, he podido derivar las relaciones de equivalencia, contradicción, contrariedad e implicación que conectan entre sí las modalidades deónticas activas, es decir, las facultades, las prohibiciones y las obligaciones, y las expectativas deónticas pasivas, ya sean negativas o positivas.

Esta asunción de la lógica deóntica como parte de la teoría se ha revelado esencial y, a mi juicio, parte constitutiva de cualquier teoría que pretenda dar cuenta tanto de la dimensión nomodinámica del derecho positivo, es decir, de los actos normativos con los que se producen las normas de un determinado ordenamiento en las formas que él establece, como de su dimensión nomoestática, esto es, de los significados o contenidos prescriptivos producidos y de su posible coherencia (o incoherencia) y plenitud (o ausencia de ella) con respecto a las normas sobre su producción[20]. A los fines de la descripción de un sistema

19. He aclarado esta necesidad desde *PiI*, § 1.3, pp. 109-115 y § 9.8-11, pp. 492-512. Después he insistido en ella en «*Principia iuris*. Una discusión teórica», en T. Mazzarese (ed.), «Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris*», cit., § 1.4, pp. 406-407; en «Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo*, cit., § 1.4, pp. 25-28; en «La logica nel diritto e nella teoria del diritto», en L. Baccelli (ed.), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 2012, § 3, pp. 116-118; en *La lógica del derecho*, cit., § 2.3, pp. 59-62 y § 8.2, pp. 202-204; en «Logica del diritto. Una risoposta a Riccardo Guastini»: *Analisi e diritto* 2 (2008), pp. 159 ss.; y, por último, en «Logica del diritto, metodo assiomatico e garantismo. A partire da Kelsen», en L. Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo, a partire da Kelsen*, ed. de P. Di Lucia y L. Passerini Glazel, Giappichelli, Turín, 2020, pp. 1-23.

20. La distinción entre nomo-estática y nomo-dinámica fue formulada por vez primera por Adolf Merkl en algunos ensayos de 1918, recogidos ahora en A. J. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. it. de C. Geraci, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 99-128 y 281-323. Pero su afirmación y su difusión se deben a la obra de Kelsen, en particular en *Teoría pura*, cit., § 34 a) y b), pp. 201-205. Sobre la distinción véanse A. G. Conte, «Nomostatica e nomodinámica», en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turín, 1965, vol. XI, pp. 321-323; L. Gianformaggio (ed.), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Turín, 1991, y la amplia bibliografía allí citada; P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1996. Las dos dimensiones serán redefinidas aquí en el § 2.3.

dinámico como es el derecho positivo —en el que las normas existen si han sido producidas y no existen en el caso contrario— es, en efecto, necesario asumir tesis del tipo «si un comportamiento está permitido, entonces no está prohibido» o «si para alguien existe la expectativa de un comportamiento, entonces existe para otro la obligación de realizarlo» no como simples tesis lógicas que pueden darse por descontadas y sobreentendidas, sino como tesis teóricas que es necesario explicitar para que, tomándolas como base, puedan reconocerse como violaciones la indebida producción y la indebida no producción de normas en contradicción con las normas supraordenadas a ellas.

En suma, solo de asumirse —gracias al método axiomático, que no permite sobreentender ninguna tesis, tanto más si obvia— como tesis de la teoría, las tesis de la lógica deóntica podrán leerse como *vicios*, o sea, como *violaciones* de las normas superiores, por comisión o por omisión, las contradicciones y las no actuaciones de las mismas por las normas inferiores, esto es, dar cuenta de las *antinomias* y de las *lagunas* que muy bien pueden producirse en el derecho positivo dado su carácter dinámico. En una teoría no axiomatizada, esas tesis, comenzando por el primer postulado según el cual «de lo que no está permitida la comisión está permitida la omisión», no se explicitan al ser consideradas implícitas, obvias, descontadas, poco importa si concebidas como tesis de la teoría, de la lógica, de la metateoría o de la metodología. Pero su falta de explicitación es, precisamente, la trampa que está en la base de las falacias normativistas y realistas de las que he hablado en el parágrafo precedente: la concepción del derecho solo como norma o solo como hecho, que ignora las posibles divergencias deónticas entre niveles normativos, y por eso entre la validez y la existencia de las normas y entre su existencia y su efectividad. En la obra de Kelsen, por ejemplo, el hecho de que las tesis de la deóntica resulten ignoradas o, en cualquier caso, no explicitadas como tesis teóricas fundamentales, produce el lamentable resultado de algunas graves aporías, como la tesis unas veces de la inexistencia y otras de la validez de las normas inválidas por contradecir las supraordenadas a ellas, y la tesis de la inaplicabilidad de la lógica al derecho, en virtud de la cual no es posible concebir antinomias ni lagunas[21].

21. Sobre estas aporías, remito de nuevo a *La lógica del derecho*, cit., caps. IV-VII y, en particular, al § 4.1 y a la nota 11 de este, donde cito los pasajes de Kelsen en los cuales, a veces en las mismas páginas, sostiene tanto la tesis normativista de la inexistencia como la tesis realista de la validez de las normas inválidas por hallarse en contradicción con las supraordenadas a ellas. Véase también la obra colectiva L. Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto*, cit.

Por el contrario, en una teoría axiomatizada, ninguna tesis fundamental puede permanecer implícita, inexpresada o sobreentendida, y menos aún las más obvias, como son las tesis lógicas, necesarias para dar cuenta de ese rasgo distintivo de los sistemas nomodinámicos que consiste en la posible existencia de normas contradictorias y en la posible inexistencia de normas implicadas por las normas sobre la producción jurídica. Es aquí, en este papel de la lógica explicitado por la formalización de la teoría, donde se revela la principal diferencia entre los sistemas normativos dinámicos y los estáticos. En los sistemas estáticos, como, por ejemplo, la moral, es imposible la hipótesis de que un mismo comportamiento sea prohibido por una norma y permitido por otra ya que, gracias al estatuto exclusivamente lógico que tiene en ellos la contradicción entre permitido y prohibido, si un comportamiento está permitido, entonces es inconcebible que pueda estar también prohibido, y viceversa. Por el contrario, en los sistemas dinámicos como lo es típicamente el derecho positivo, en los que las normas existen si producidas y no existen si no producidas, la asunción de la lógica deóntica como parte de la teoría es indispensable para dar cuenta de las antinomias y de las lagunas virtualmente generadas por la producción de normas en contradicción con normas supraordenadas y por la falta de producción de normas implicadas por estas, es decir, para entender el carácter lógicamente normativo y no inmediatamente operativo de los principios de no contradicción y de implicación; de modo que, si un comportamiento está permitido (o prohibido) por una norma supraordenada, entonces no puede decirse que no es, sino solo que no debe ser prohibido (o permitido) por las fuentes subordinadas a ella; y si una norma supraordenada formula la expectativa de la comisión o de la omisión de un comportamiento, entonces no puede decirse que existe, sino solo que, en virtud de la obligación, debe existir, para las fuentes subordinadas, la correspondiente obligación o prohibición de introducir uno u otro. La estructura en grados del estado constitucional de derecho resulta así concebida como una estructura lógica, además de jurídica, que impone a la legislación no contradecir la constitución y producir las normas implicadas por esta, y a la jurisdicción y demás actividades normativas hacer otro tanto con respecto a la legislación.

4. *La pragmática de la teoría del derecho. El papel de la teoría y su triple dimensión pragmática.* Se llega así a la tercera y última cuestión —*para qué sirve la teoría del derecho*— referente a la dimensión *pragmática*, es decir, el papel desarrollado por la teoría al fundar la crítica y la transformación del derecho positivo y, consecuentemente, el planeamiento

y la construcción de la democracia. Se ha dicho que la teoría del derecho es una teoría formal que se limita a elaborar una sintaxis —la sintaxis de ese universo lingüístico que es el derecho—, hasta el punto de que en *Principia iuris* ha resultado posible su formalización y axiomatización. Pero precisamente por este su carácter formal, sus conceptos y sus tesis, que son aptas para explicar y analizar las estructuras de cualquier sistema jurídico, está en la base de su papel y de sus diversas dimensiones pragmáticas.

La primera dimensión pragmática está ligada al carácter artificial del lenguaje teórico, cuyos términos y cuyos asertos, como se ha dicho en el parágrafo precedente, son el fruto de las opciones que presiden la estipulación de sus postulados y sus definiciones. Por consiguiente, precisamente porque es formal, y no a pesar de serlo, la teoría no puede ser ni puramente descriptiva ni puramente avalorativa al consistir en una construcción lógica basada en asunciones decididas por el propio teórico y por ello dotadas de una inevitable naturaleza prescriptiva. En efecto, tales asunciones son convenciones, por tanto, ni verdaderas ni falsas, y responden a opciones justificadas por la mayor capacidad explicativa acreditada por ellas frente a posibles alternativas, en el curso de la teoría.

También la segunda y todavía más importante dimensión pragmática de la teoría conecta con su carácter formal y, precisamente, con su posible interpretación semántica desde los tres puntos de vista empíricos aquí ilustrados en los parágrafos primero y segundo. En efecto, las tres divergencias deónticas entre el «deber ser» y el «ser» del derecho que, como se ha visto, son los rasgos distintivos de ese complejo universo lingüístico y normativo que es el derecho positivo, reclaman otros tantos tipos de juicios y de valoraciones críticas sobre él. El papel crítico frente al funcionamiento concreto de los sistemas jurídicos, promovido por la *sociología del derecho* desde el punto de vista externo de la *efectividad*; el papel crítico frente al derecho válido, promovido por la *filosofía política* desde el punto de vista externo de la *justicia*; el papel crítico, en fin, frente al derecho inválido y no obstante vigente, desarrollado por las *disciplinas jurídicas positivas* desde el punto de vista interno de la *validez*. Las primeras dos divergencias sirven para fundar la *valoración* y la *crítica externas* del derecho positivo, una sobre la base de la investigación sociológica acerca de los hechos, es decir, sobre las concretas disfunciones de los ordenamientos, la otra sobre la base de principios de justicia todavía no positivizados en las actuales constituciones rígidas y, no obstante, formulados por la filosofía política. La tercera divergencia, entre validez y vigor (o existencia), sirve, en cambio,

para fundar la *valoración* y la *crítica internas* del derecho vigente a partir de su «deber ser» jurídico positivizado por las constituciones, que la teoría obliga a desarrollar a las disciplinas jurídicas positivas y, por su cauce, a los operadores del derecho frente a la virtual presencia del *derecho ilegítimo*. Esta virtual presencia es el rasgo distintivo del paradigma constitucional, caracterizado precisamente por la sujeción a la ley de las leyes mismas, no solo en cuanto a la forma de los actos que las producen, sino también en lo relativo a los contenidos normativos producidos por ellos.

La principal implicación metateórica de esta divergencia entre validez y vigor concierne a la relación entre la lógica y el derecho, de la que he hablado al final del parágrafo precedente. En un sistema dinámico como es el derecho positivo no siempre los principios lógicos resultan observados por el derecho. En este, antinomias y lagunas estructurales no solo existen de hecho, sino que no pueden dejar de darse entre normas de distinto nivel, a causa de la divergencia que siempre existe virtualmente entre normatividad y efectividad y, por tanto, también entre el deber ser normativo y el ser efectivo del derecho. Por consiguiente, en el paradigma constitucional, coherencia y plenitud, reclamadas por la lógica a la teoría como condiciones de consistencia de cualquier discurso sobre el derecho, no son ni pueden ser caracteres intrínsecos del derecho que es objeto de la teoría; ya que este derecho es un sistema dinámico articulado en varios niveles, cada uno de los cuales es normativo frente al inferior y, por ello, siempre virtualmente violado o contradicho por este. En síntesis, la lógica es propia de los discursos *sobre* el derecho, mientras que no lo es, aunque debería serlo, de los discursos *del* derecho positivo, en relación con el cual, por eso, tiene un papel no descriptivo, sino prescriptivo.

Esto quiere decir que los principios de la lógica deóntica —como la contradicción entre lo que está permitido y lo que está prohibido, o bien la implicación entre la expectativa positiva o negativa y la obligación y la prohibición correspondientes— son, sí, principios *del* derecho, pero no principios *en el* derecho. No consisten en principios *internos* al derecho positivo, es decir, en los que se puede llamar *principia iuris et in iure*. Son *principia iuris tantum*, que, como principios *externos* al derecho positivo, le imponen la lógica que él, *de hecho*, no tiene, pero que, *de derecho*, debe tener. En un ordenamiento positivo nomodinámico, expresan el «deber ser» del derecho establecido por el derecho mismo, esto es, la normatividad, en relación con sus fuentes, de los principios establecidos *in iure*, es decir, por las normas de grado supraordenado a estas. Comportan, por un lado, la prohibición de las *antino-*

mias, o sea, de la producción de normas en contradicción con normas sustanciales sobre su producción, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales establecidos por las constituciones y, por otro, la obligación de colmar las *lagunas*, esto es, de producir las normas de actuación que introduzcan, en garantía de las expectativas en que consisten estos mismos derechos, las prohibiciones y las obligaciones que ellos implican[22].

De aquí el papel crítico y proyectivo, por desarrollar en relación con el derecho positivo, que el paradigma teórico y formal de la democracia constitucional, estructurado en varios grados o niveles normativos, impone a la ciencia jurídica. De aquí el nexo entre derecho y democracia que caracteriza al paradigma garantista del constitucionalismo rígido y que, en la segunda parte de este libro, hará posible la interpretación semántica de la teoría formal del derecho por medio de la teoría de la democracia constitucional. En efecto, dentro de tal paradigma, los *principia iuris tantum* de la coherencia y la plenitud —con expresión en el hexágono de las oposiciones que será aquí diseñado en el inicio del primer capítulo— son, por un lado, principios analíticos lógicamente verdaderos, externos al derecho y descriptivos de su modelo teórico. Pero, por otro, son principios normativos que, del mismo modo que los principios de la lógica o de la matemática lo hacen a los discursos que utilizan, imponen al derecho coherencia y plenitud en relación con los *principia iuris et in iure* estipulados por las normas constitucionales y, por eso, internos al derecho como principios axiológicos propios. En suma, el paradigma teórico del garantismo constitucional, caracterizado por los desniveles normativos, impone a las disciplinas jurídicas positivas una función no de simple reconocimiento, sino también crítica y proyectiva en relación con la virtual presencia de antinomias y de lagunas. En virtud de tal paradigma, la ciencia jurídica positiva ya no puede limitarse a decir, según una clásica tesis de Bobbio, «lo que es el derecho»[23] al no poder dejar de decir también «lo que el derecho debe

22. Para un análisis más profundo del estatuto de tales principios, remito a *PiI*, Introducción, § 6-8, pp. 24-39; § 1.3, pp. 109-113; § 2.7, pp. 164-166; § 3.6, pp. 190-192; § 10.20, pp. 651-654. Son, por ejemplo, *principia iuris et in iure* del modelo teórico del garantismo penal, explícita o implícitamente dictados por el derecho positivo de los ordenamientos avanzados, los diez axiomas o principios penales y procesales que componen el sistema *SG* del derecho penal mínimo y que he formulado en *Derecho y razón*, cit., § 2, p. 93 y *passim*.

23. «Como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se caracteriza por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal, o, con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho

ser» y que igualmente forma parte, a un nivel normativo superior, del «derecho que es», aun cuando en los niveles normativos inferiores «ilegítimamente no es». Explicitando las relaciones lógicas de la coherencia y de la plenitud, solamente satisfechas por la observancia de las normas constitucionales por parte de todas las normas subordinadas a ellas, la teoría, como bien afirmó Letizia Gianformaggio, asume así un papel garantista en relación con el derecho mismo[24]. Sobre esta base, primero en el curso de la teoría del derecho y luego, con mayor amplitud, en los capítulos dedicados a la teoría de la democracia, se desarrollará el análisis crítico de las llamativas violaciones, por acción o por omisión, de los derechos fundamentales y de los demás principios de justicia establecidos en las cartas constitucionales, tanto nacionales como internacionales; se propondrán las reformas dirigidas a asegurar su efectividad mediante la construcción de adecuadas instituciones y funciones de garantía; se postulará, en fin, la expansión del paradigma constitucional, lógicamente implicada y normativamente impuesta por los derechos fundamentales establecidos en las distintas cartas internacionales, como conjunto de límites y vínculos a los poderes económicos de los mercados y a los poderes políticos de los estados.

Hay, en fin, una tercera dimensión pragmática de la teoría del derecho, ligada al papel performativo del sentido común que ella cumple en torno a esos objetos artificiales que son el derecho y la democracia. Los presupuestos jurídicos de la democracia trazados por la teoría del derecho serán efectivos en la medida en que cuenten con el sustento de no menos importantes presupuestos políticos, sociales y culturales. Recuérdense las solemnes palabras del último artículo de la Constitución francesa del año III: «El pueblo francés confía la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del poder ejecutivo, de los administradores y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, a la adhesión de los jóvenes y al coraje de todos los franceses». Es por lo que existe una circularidad normativa entre filoso-

que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar 'científica' [...] En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, el que asume frente al derecho una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral» (N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* [1965], trad. cast. de E. Díaz, E. Garzón Valdés, A. Greppi y A. Ruiz Miguel, prólogo de L. Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2018, cap. V, § 3, p. 105).

24. L. Gianformaggio, «*Derecho y razón* entre ser y deber ser», en Íd. (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, coordinación y supervisión de la trad. de P. Eiroa y N. Guzmán, Temis, Bogotá, 2008, pp. 25-30.

fía política, teoría del derecho, producción del derecho, sentido cívico y construcción de la democracia. En efecto, el paradigma constitucional sirve para estructurar, normativa y lógicamente, un universo simbólico hecho de modelos institucionales y de valores políticos —el estado de derecho y el principio de legalidad, la separación de poderes y la sujeción de los jueces a la ley, la igualdad, los derechos fundamentales y sus garantías— que fueron concebidos en gran parte por la filosofía jurídica y política, y después incorporados a las constituciones y han arraigado en la cultura jurídica progresista como presupuestos sociales y culturales de la efectividad tanto del derecho como de la democracia. Es por lo que, como corolario metacientífico de la tesis positivista del carácter artificial del derecho, hay que reconocer el papel, por así decir, performativo que la cultura jurídica tiene en relación con el derecho mismo y con el imaginario colectivo. En efecto, el derecho es un mundo de signos y de significados. Es el lenguaje necesario para tematizar los problemas políticos y sociales: para nombrarlos, para aclarar y precisar sus términos, para identificar sus múltiples aspectos, para proponer las concretas, posibles soluciones. Y por eso es como lo pensamos, lo teorizamos, lo proyectamos, lo interpretamos, lo defendemos, lo criticamos y lo transformamos, de modo que todos tenemos una parte de responsabilidad en cómo es. El horizonte del jurista no es el de simple espectador, pues forma parte del universo que describe y contribuye a construir con sus teorías.

5. *Un modelo integrado de ciencia del derecho. Garantismo constitucional y cultura jurídica militante.* Es así como, gracias a su carácter formal, la teoría del derecho, y específicamente la teoría del estado constitucional de derecho, puede hoy proponerse como el lugar en el que cabe, no solo recomponer las fracturas disciplinares internas que han marcado la historia de la ciencia jurídica, sino también superar el actual divorcio entre ciencia jurídica, filosofía política y sociología del derecho.

Hay un aspecto singular del saber jurídico y político. Los diversos puntos de vista empíricos y los correspondientes enfoques disciplinares del estudio del derecho distinguidos por la metateoría semántica —las disciplinas jurídicas positivas, la filosofía política y la sociología del derecho—, aun versando sobre los mismos fenómenos, coinciden en una sustancial ignorancia recíproca. Los juristas, por lo común, ignoran la filosofía política y la sociología y solo leen libros de derecho, que, por lo demás, son leídos únicamente por juristas. Por su parte, los sociólogos y los filósofos, incluso los filósofos de la política, ignoran o únicamente conocen de forma sumaria el derecho, cuya enseñanza está au-

sente, no solo de la escuela secundaria, sino también de las facultades de Filosofía y de Sociología. Así sucede que los juristas, sociólogos, economistas y filósofos de la política se ocupan exactamente de las mismas cosas: del poder, las libertades, las instituciones, las relaciones entre autoridad y libertad, las relaciones entre estado y mercado, la esfera pública, la administración de justicia, la distribución de la riqueza y las formas de la democracia. Pero lo hacen con métodos y lenguajes diversos, ignorándose unos a otros o, lo que es peor, proponiéndose cada uno de ellos como privilegiado o incluso exclusivo.

Esta ignorancia e incomunicabilidad recíprocas son tanto más sorprendentes cuando, en los siglos XVII y XVIII, se produjo una estrecha relación entre filosofía y ciencia jurídica. A excepción del derecho civil, que tiene una tradición milenaria que se remonta al derecho romano, todas las principales disciplinas jurídicas —el derecho público, el derecho penal, el derecho internacional— son hijas de la filosofía política de esos siglos. Tienen origen, en gran parte, en el nacimiento del estado moderno, cuyos padres constituyentes fueron los clásicos de la filosofía política racionalista e ilustrada —de Grocio a Hobbes y a Locke, de Montesquieu a Rousseau, a Beccaria y a Kant— que teorizaron sus principios de justificación y legitimación, sus fundamentos de razón y sus formas de organización de los poderes públicos: de la doctrina del contrato social, que es una especie de metáfora de las futuras constituciones como pactos de convivencia civil, a la teorización de los derechos naturales; de la teoría de la soberanía a la de la separación de poderes; de la refundación garantista del derecho penal al nacimiento de la ciencia jurídica internacionalista.

Estos nexos entre ciencia del derecho y filosofía política se disolvieron en la segunda mitad del siglo XIX. Desde entonces, los estudios jurídicos y los sociológicos y filosófico-políticos, por formación de base y por organización académica de los planes de estudios, han permanecido distantes y separados unos de otros a causa de una doble impermeabilidad: de un lado, por el carácter autorreferencial y el aislamiento cultural de la ciencia jurídica que, en nombre de su tradición milenaria, siempre ha defendido su propia autonomía respecto de las ciencias sociales; del otro, por la inaccesibilidad del saber jurídico a los no juristas, debido a su carácter cada vez más técnico y especializado, que ha acabado por inhibir el conocimiento de las categorías elementales del derecho a los sociólogos y a los teóricos de la política, habitualmente dotados de una cultura principalmente histórica y filosófica. A lo que hay que añadir que el divorcio de la ciencia jurídica de la filosofía y de las demás ciencias sociales fue declarado abiertamente, entre finales del ochocien-

tos y principios del novecientos, sobre todo por los juristas, que expulsaron la reflexión filosófica sobre los fundamentos axiológicos y racionales del derecho y promovieron, en nombre de la «autonomía» y de la «cientificidad» de sus disciplinas, el método técnico-jurídico como único método científico, intolerante con las contaminaciones filosófico-políticas y sociológicas[25].

La introducción de las constituciones rígidas y la afirmación del paradigma constitucional han establecido un nuevo nexo entre disciplinas jurídicas, de un lado, y filosofía política y sociología jurídica, del otro. En efecto, las constituciones han incorporado principios y valores en gran parte correspondientes a los elaborados por la tradición filosófica ilustrada —el principio de igualdad, la dignidad de la persona, los derechos de libertad y la separación de poderes— a los que han añadido los derechos sociales y la representación política. Estos principios, que la concepción técnico-jurídica había excluido de la reflexión iuspublicista[26], se han transmutado —gracias al grado supraordenado a la ley conferido por la rigidez de las constituciones a los enunciados constitucionales— de principios ético-políticos en principios de derecho positivo, que la ciencia jurídica no puede ignorar a causa de su carácter jurídicamente vinculante en relación con la legislación ordinaria. De este modo, la crítica jurídica interna y el planeamiento institucional ya no están vedados a la ciencia del derecho, sino que, por el contrario, vienen impuestos por el proyecto constitucional, que ya no es un proyecto político externo al derecho, sino el proyecto jurídico diseñado por las constituciones, como normas supremas del derecho mismo. No solo. Es, sobre todo en tiempos como los actuales, de crisis profunda de la

25. He ilustrado esta vicisitud en *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1996 [trad. cast. de A. de Cabo, *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, prólogo de M. Carbonell, Universidad Autónoma de México, México, 2010].

26. Recuérdese la tesis de la irrelevancia jurídica de los principios y de los conceptos elaborados por el pensamiento filosófico, expuesta por Santi Romano en un célebre ensayo de hace un siglo: «Si nuestro estudio quiere ser de derecho, entendida la palabra en sentido estricto», escribió, deben permanecer ajenos a él «esos viejos problemas de los que se ocuparon los constitucionalistas del periodo doctrinario», como «la teoría del llamado estado o gobierno legítimo; la controversia de si el pueblo tiene o no el derecho de darse el ordenamiento que considere mejor; la admisibilidad del llamado derecho a la resistencia colectiva o a la revolución; los problemas del origen y, especialmente, de la justificación de la soberanía; y, procediendo de este modo, el examen de las doctrinas que fundan el estado sobre la fuerza, sobre elementos contractuales, y similares», hasta los temas de los derechos naturales y del poder constituyente (S. Romano, «L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione» [1901], ahora en Íd., *Scritti minori*, Giuffrè, Milán, 1950, vol. I, p. 108).

democracia, cuando este papel crítico y proyectivo viene impuesto por el paradigma teórico y normativo del constitucionalismo con una necesidad y urgencia tanto mayores cuanto mayor es la distancia entre las prácticas jurídicas y políticas existentes y sus fuentes constitucionales de legitimación y de (des-)legitimación.

De aquí resulta un modelo integrado de ciencia jurídica dentro del cual la teoría del derecho, por su carácter formal, puede favorecer el encuentro entre los diversos enfoques disciplinares del estudio del derecho y el rol crítico de cada uno de estos desarrollado o promovido de diversas maneras en relación con el derecho existente: la crítica del *derecho injusto* desde el punto de vista axiológico y político externo, del *derecho inválido* desde el punto de vista jurídico interno y del *derecho inefectivo* desde el punto de vista sociológico externo[27]. En efecto, la teoría, al dar cuenta de las divergencias deónticas entre justicia y validez, entre validez y vigor, y entre vigor y efectividad, permite distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles del discurso, uno normativo y crítico en relación con el otro, y así huir de las diversas falacias ideológicas —realistas, normativistas, iusnaturalistas y ético-legalistas— que, como se ha visto, se siguen tanto de su confusión como de su ignorancia recíproca[28]. Y, sobre todo, hace posible el desarrollo de una teoría de la democracia que tome en serio las constituciones y sus promesas normativas, elaborando el sistema de garantías capaz de conferir la máxima efectividad a los principios de justicia estipulados en ellas. Es, pues, evidente la diversidad de los estatutos de la teoría del derecho y de la teoría de la democracia: formal y analítico el primero, empírico el segundo, como el de la ciencia jurídica y el de la sociología del derecho, y además normativo al consistir en el desarrollo de los principios de justicia y democracia constitucionalmente establecidos o por establecer, así como de sus condiciones de efectividad.

27. Marina Gascón Abellán ha ilustrado bien el papel crítico asignado a estos tres diversos enfoques disciplinares de las tres divergencias deónticas entre el «deber ser» y el «ser» del derecho estudiadas por la teoría del derecho, dentro de «un modelo integrado de ciencia jurídica en el que la teoría del derecho representa la columna vertebral» (M. Gascón Abellán, «¿Para qué sirve la teoría?», cit., p. 132). Sobre la divergencia interna al derecho entre validez y vigor y sobre la «trampa del positivismo normativista» proveniente de su incomprensión, recuérdense las incisivas páginas de L. Gianformaggio, en *Las razones del garantismo*, cit., pp. 25-30.

28. Como se verá en los § 4.6 y 8.10, el engaño más frecuente es el generado por la falacia realista, que ignora las tres divergencias, en cuanto plasma, tendencialmente, el punto de vista político externo sobre el jurídico interno, el punto de vista jurídico de la constitución sobre el de la legislación, y el punto de vista de la legislación sobre el fáctico de la práctica jurídica y del concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas y políticas.

De este modo, se presenta un cambio profundo y singular de la naturaleza y el papel de la ciencia jurídica. El viejo paradigma legislativo, dentro del cual la validez y existencia de las normas legales coincidían, imponía a la ciencia jurídica el enfoque puramente descriptivo y avalorativo del derecho positivo que, como he recordado en el parágrafo precedente, fue señalado por Bobbio como el primer significado de positivismo jurídico. En el pasado, eran la política y la legislación las concebidas como el lugar de las transformaciones institucionales y de las reformas en sentido progresivo. Por el contrario, la ciencia jurídica, al igual que la jurisdicción, tenía un papel tendencialmente conservador, que hallaba expresión en el método técnico-jurídico y en la tesis de la legitimidad de la crítica del derecho solo desde el punto de vista político externo y no del jurídico interno, según la célebre máxima de Bentham[29].

El paradigma del garantismo constitucional, con fundamento en los principios dictados por las constituciones, ha invertido este papel al imponer a la legislación la actuación de los derechos constitucionalmente establecidos, a la jurisdicción la comprobación y la reparación de sus violaciones, y a la ciencia jurídica la crítica del derecho inválido y la promoción del derecho debido, uno indebidamente producido por la política y el otro indebidamente no producido por esta. Así, aquel confiere a la ciencia jurídica un papel de defensa de la democracia constitucional y un nuevo atractivo, vinculándola al «programa de lucha por la justicia»[30] diseñado por las constituciones y por las cartas internacionales de derechos. No me cabe la menor duda de que el garantismo constitucional, en virtud de su estructura lógica, reclama hoy de los juristas, junto al máximo rigor metodológico, una cultura jurídica militante[31].

29. «Obedecer puntualmente, criticar libremente»: es la máxima con la que Jeremy Bentham expresa el principio del imperio de la ley en el estado de derecho (J. Bentham, *A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* [1776], in *Works of Jeremy Bentham*, Russell and Russell, Nueva York, 1962, vol. I, Preface, p. 230 [trad. cast., *Un fragmento sobre el gobierno*, ed. de E. Bocardo Crespo, Tecnos, Madrid, 2010]).

30. Así M. Gascón Abellán «¿Para qué sirve la teoría?», cit., pp. 127 y 140; Íd. «Principia iuris: caracterización», cit., p. 243.

31. He ilustrado el paradigma garantista de la democracia constitucional, además de en *PiI* y *PiII*, en *Derecho y razón*, cit., parte V; en *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, y en *La democrazia costituzionale*, il Mulino, Bolonia, 2016. Sobre tal paradigma se han desarrollado varios debates que quiero recordar aquí por las muchas precisiones e integraciones sugeridas por ellos y que he tenido en cuenta en este libro: L. Gianformaggio, *Las razones del garantismo*, cit.; L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Ma-

Este libro está dedicado a la elaboración teórica de ese paradigma. Se halla dividido en dos partes —la primera trata de la *teoría del derecho*, la segunda de la *teoría de la democracia*— divididas a su vez, cada una, en cuatro capítulos. En la primera parte se desarrollarán los conceptos y las tesis jurídicas que permiten identificar las tres divergencias entre «deber ser» y «ser» del derecho, correspondientes a otras tantas fases históricas de la modernidad jurídica. El primer capítulo, dedicado al *derecho positivo*, después de un análisis de las relaciones lógicas que median entre figuras deónticas activas (es decir, las facultades, las obligaciones y las prohibiciones) y figuras deónticas pasivas (esto es, las expectativas positivas y las negativas), concibe el derecho positivo como un fenómeno artificial, enteramente producido por actos sobre la base de normas que prefiguran las situaciones de las que ellos son actuaciones y aquellas de las que ellos son efectos. El segundo capítulo, dedicado al *estado legislativo de derecho*, analiza la estructura del derecho positivo generada por la sumisión a la ley de todos los actos y de todas las situaciones y los *estatus*, las condiciones de validez formal y sustancial de esos actos jurídicos lingüísticos que son ejercicio de poderes, y las relaciones lógicas entre aquellas situaciones pasivas que son los derechos subjetivos y las modalidades activas que son sus garantías. El tercer capítulo, dedicado al *estado constitucional de derecho*, analiza la bastan-

drid, 2001; M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, al que repliqué en L. Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006; T. Mazzarese (ed.), «Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris*», cit.; L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, ed. de G. Pisarello y R. García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008; C. Sarzotti (ed.), «Principia iuris. La democrazia presa sul serio»: *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario* 3 (2008), pp. 7-103; G. Marcilla Córdoba (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009; P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo*, cit.; S. Anastasia (ed.), *Diritto e democrazia nella teoria di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 2011; D. Castiglione (ed.), «Symposium on Luigi Ferrajoli's theory of law and constitutional democracy»: *Res publica* 4 (2011), pp. 311-383; M. Atienza (ed.), «Un debate sobre el constitucionalismo. A propósito de un escrito de Luigi Ferrajoli»: *Doxa* 34 (2011), pp. 13-377, reed. en L. Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2013; L. Ferrajoli, L. L. Streck y A. Karam Trindade, *Garantismo, hermenéutica e (neo)constitucionalismo. Un debate com Luigi Ferrajoli*, Livraria do Advocado, Porto Alegre, 2012; L. Baccelli (ed.), *More geometrico*, cit.; *Congreso «Principia iuris» de Luigi Ferrajoli*, cit., pp.13-232; D. Ippolito y G. Pino (eds.), «Su Ferrajoli. La democrazia attraverso i diritti»: *Diritto & questioni pubbliche* XIV (diciembre de 2014), pp. 10-164; F. Riccobono y F. Romeo (eds.), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018; L. Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto*, cit.

te más compleja estructura del estado de derecho resultante de la sumisión también de las leyes a normas sobre su producción, tanto formales como sustanciales, consistentes, en democracia, en la representatividad política de las funciones de gobierno, en la separación de poderes y en los límites y vínculos sustanciales impuestos a la legislación por constituciones rígidas, en garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. En fin, el cuarto capítulo, dedicado al *futuro del constitucionalismo*, analiza la actual crisis del paradigma constitucional generada por la globalización, y plantea la posible y necesaria expansión de este más allá del estado, sobre la base de su articulación multinivel en las formas de un federalismo tendencialmente global.

En la segunda parte se analizan los principios y las estructuras normativas de la democracia constitucional, los procesos deconstituyentes producidos por sus violaciones y las posibles funciones e instituciones de garantía capaces de hacerles frente. A diferencia de la teoría formal del derecho desarrollada en la primera parte, la teoría de la democracia es una teoría normativa. Pero es fácil reconocer el paralelismo entre ambas teorías y la relación isomórfica entre los modelos de derecho generados por los diversos tipos de derechos fundamentales y las dimensiones de la democracia. El capítulo quinto se dedicará, por tanto, al análisis de la *democracia constitucional* y de sus dos dimensiones, la *democracia formal* y la *democracia sustancial*, generadas una por el válido ejercicio de los derechos-poder de autonomía, y la otra por la garantía de los derechos de libertad y los derechos sociales. El capítulo sexto tendrá por objeto el análisis de la *democracia formal* y de sus dos dimensiones, la *democracia política* y la *democracia económica* o *civil*, producidas una por la garantía de los derechos de autonomía política y la otra por la garantía y, al mismo tiempo, por los límites impuestos al ejercicio de los derechos de autonomía civil. El capítulo séptimo estará dirigido al análisis de la *democracia sustancial*, articulada a su vez en las dos dimensiones de la *democracia liberal* y de la *democracia social*, determinadas una por la garantía de los derechos de libertad y la otra por la garantía de los derechos sociales. En fin, el capítulo octavo se dedica a la posible construcción de la *democracia cosmopolita*, concebida no solo como una expansión del paradigma constitucional, sino también como su momento de la verdad, en coherencia con el universalismo de los derechos fundamentales: una expansión, además, cuya necesidad y urgencia determinada por las grandes emergencias —la ecológica, la nuclear y la humanitaria— se hará patente, con la particularidad de que de su calidad, como forma de reacción frente a estas, depende el futuro de la humanidad.

Primera parte

TEORÍA DEL DERECHO

Capítulo I

EL DERECHO POSITIVO

1.1. *Los modos deónticos. Las modalidades activas y las expectativas pasivas. El hexágono deóntico.* Partiré de una tesis lógicamente intuitiva: de cualquier comportamiento está permitida la comisión o está permitida la omisión. En efecto, no es posible que no esté permitida ni la comisión ni la omisión. Si no está permitida la comisión, entonces está permitida la omisión, y viceversa.

Defino, pues, mediante '*permiso de la comisión*' y '*permiso de la omisión*', otros cuatro términos teóricos: '*prohibido*' es aquello de lo que no está permitida la comisión; '*obligatorio*' es aquello de lo que no está permitida la omisión; '*facultativo*' es aquello de lo que está permitida tanto la comisión como la omisión; '*debido*' es aquello de lo que o no está permitida la comisión, o bien no está permitida la omisión. Es útil subrayar que tres de estos seis modos deónticos —el permiso de la comisión, el permiso de la omisión y el debido— no aparecen nunca solos, sino siempre conjuntamente con la afirmación o la negación de uno de los otros dos, dando así lugar a las definiciones de los otros tres. Los modos deónticos idóneos para calificar por sí solos un comportamiento son, así, solamente tres: el *facultativo*, que es aquello de lo que son permitidas (o no debidas) tanto la comisión como la omisión; el *prohibido*, que es aquello de lo que está permitida (y debida) la omisión y no está permitida la comisión; el *obligatorio*, que es aquello de lo que está permitida (y debida) la comisión y no está permitida la omisión. Es por lo que todos los comportamientos se dirán *facultativos*, *prohibidos* u *obligatorios*.

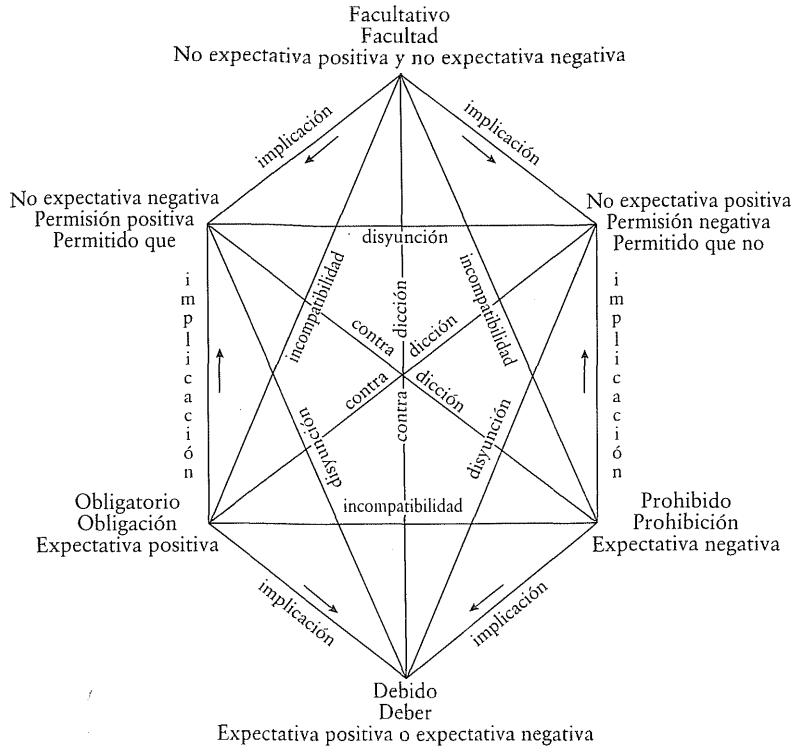
Además, las figuras de calificación deóntica no concurren solo como propiedades de comportamientos. Comparecen también para designar las relaciones que mantienen con los comportamientos cualificados por

ellas: por tanto, no el comportamiento facultativo, prohibido u obligatorio, sino su modalidad deóntica, es decir, la facultad, la prohibición o la obligación. Correlativamente a los seis modos que se han distinguido —el 'permiso de la comisión', el 'permiso de la omisión', el 'prohibido', el 'obligatorio', el 'facultativo y el 'debido'— defino, por tanto, otras tantas *modalidades deónticas*: la *permisión positiva*, que es la modalidad de aquello de lo que está permitida la comisión; la *permisión negativa*, que es la modalidad de aquello cuya omisión está permitida; la *prohibición*, que es la modalidad de lo que está prohibido; la *obligación*, que es la modalidad de lo que es obligatorio; la *facultad*, que es la modalidad de lo que es facultativo; el *deber*, que es la modalidad de lo que es debido, esto es, o prohibido u obligatorio. Y puesto que la permisión positiva, la negativa y el deber —al igual que el permiso de la comisión, el permiso de la omisión y el debido— no concurren nunca solas como figuras autosuficientes, sino siempre una conjuntamente con la afirmación o la negación de la otra, tendremos, según sus diversas combinaciones, solo tres tipos de modalidades deónticas: la *facultad*, la *prohibición* y la *obligación* que equivalen, respectivamente, a la permisión tanto de la comisión como de la omisión (o al no deber de la una ni de la otra), a la no permisión de la comisión (o al deber de la omisión) y a la no permisión de la omisión (o al deber de la comisión).

Por consiguiente, todos los comportamientos, al ser facultativos, prohibidos u obligatorios, suponen una modalidad activa, es decir, una facultad, una prohibición o una obligación, por la que son deónticamente cualificados. Además, las modalidades tienen una extensión más amplia que los correspondientes modos deónticos. Estas son, en efecto, identificables ya no con el «ser», sino con el «poder ser (pero también no ser)» del comportamiento cualificado por ellas. Por tanto, mientras un comportamiento facultativo, prohibido u obligatorio implica siempre la existencia de la facultad, la prohibición o la obligación correspondientes, a la inversa, no se puede decir que, dada una facultad, una obligación o una prohibición existe, sino solo que puede llegar (pero también no llegar) a existir el correlativo comportamiento facultativo, obligatorio o prohibido. En definitiva, modos y modalidades deónticas designan pares de conceptos conexos e interdefinibles y, sin embargo, sintácticamente distintos e igualmente necesarios, como se verá más adelante, al vocabulario de la teoría del derecho: los modos deónticos son necesarios a la teoría de los *actos jurídicos*, sean lícitos o ilícitos, preceptivos u obligatorios; las modalidades deónticas lo son a la teoría de las *situaciones jurídicas*, sean estas derechos o prohibiciones, poderes u obligaciones, responsabilidades o funciones.

Las seis modalidades hasta aquí definidas son figuras *activas* de calificación deóntica al estar adscritas a los mismos autores de los comportamientos cualificados por ellas. Introduzco ahora una nueva figura deóntica —la 'expectativa'— extraña al léxico tradicional tanto de la lógica deóntica como de la teoría del derecho, pero, según se verá, de importancia central en la teoría del estado constitucional[1]. Más precisamente, llamo *expectativa positiva* de la comisión de un comportamiento ajeno a la figura deóntica pasiva a la que corresponde, para otros, la modalidad activa de la *obligación* de tal comportamiento. Llamo *expectativa negativa* de la omisión de un comportamiento ajeno a la figura deóntica pasiva a la que corresponde, por parte de otros, la modalidad activa de la *prohibición* del mismo comportamiento. Por consiguiente, si alguien tiene la expectativa de la comisión de un determinado comportamiento, por ejemplo, un derecho de crédito, entonces existe, para otros, la obligación de su cumplimiento, en nuestro ejemplo la deuda; y viceversa. Si en cambio tiene la expectativa de la omisión de un determinado comportamiento, por ejemplo, una inmunidad, como la libertad de pensamiento o de palabra, entonces existe, para otros, la prohibición de su supresión o restricción; y viceversa. Es, pues, evidente que no existe ninguna expectativa, positiva ni negativa, correspondiente a las facultades. Llamo '*sujeto*' a cualquier individuo que sea autor de comportamientos, titular de modalidades o de expectativas, o bien sea en cualquier caso imputado de los unos o de las otras, y '*relación deóntica*' a la relación entre dos sujetos de los que uno es titular o imputado de la expectativa positiva o negativa de un determinado comportamiento y el otro lo es de la obligación o de la prohibición correspondiente.

1. La noción de expectativa (positiva o negativa) —idónea para generar, como ahora se verá, un hexágono de oposiciones deónticas— es extraña al léxico tradicional de los juristas, que generalmente la consideran una noción sociológica o en todo caso prejurídica: así, por ejemplo, R. Scognamiglio, «Aspettativa di diritto», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1958, vol. III, pp. 226-232, y A. Falzea, «Efficacia giuridica», *ibid.*, vol. XIV, 1965, pp. 480-481. No obstante, hay que recordar algunas utilizaciones del término, aunque sean marginales en A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padua, 1950, cap. XIII, § 5, p. 175 y cap. XXVIII, § 1, pp. 414-416, donde se habla además de «pretensión» y también de «expectativa jurídica», y en E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milán, 1953, § 12, p. 23; § 15, p. 57; § 18, p. 74 y § 30, p. 136 [trad. cast. de J. L. de los Mozos, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969], donde figuran las nociones de «expectativa de prestación», «expectativa de satisfacción» y «expectativa de cumplimiento». Antes que en *PiI*, § 2.1 y 2.3, pp. 138-141 y 145-151, propuse una formalización de este concepto en «Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho» [trad. cast. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero: *Doxa* 20 (1997), pp. 235-278].



Todas estas relaciones pueden representarse mediante un hexágono deóntico[2], que se revelará esencial, en el curso de este libro, para el análisis estructural de todas las situaciones jurídicas y, en particular, del concepto de derecho subjetivo y de las relaciones de implicación existentes entre aquellas expectativas positivas o negativas en las que, como se verá, consisten todos los derechos subjetivos y las obligaciones o las prohibiciones que son sus garantías.

2. El hexágono deóntico aquí diseñado es un desarrollo del clásico cuadrado de las oposiciones entre modos deónticos ('permitido que', 'no permitido que' [o 'prohibido'], 'permitido que no', 'no permitido que no' [u 'obligatorio']), que he integrado añadiendo las figuras de la 'facultad' y del 'deber' (una como conjunción de 'permisión positiva' y de 'permisión negativa', la otra como disyunción de 'prohibido' y de 'obligatorio') y, sobre todo, conectando tales figuras con las correspondientes expectativas deónticas pasivas. A su vez el cuadrado de las modalidades deónticas activas es una interpretación del cuadrado de las oposiciones lógicas entre pares de enunciados de forma sujeto-predicado, cuya primera intuición se remonta a Apuleyo de Madaura, del siglo II d.C. Tal cuadrado admite múltiples interpretaciones: existenciales, aléticas, deónticas, epistémicas (G. H. von Wright, «Deontic Logic»: *Mind* 60 [1951], pp. 1-15, reeditado en Íd., *Logical Studies*, Routledge

Todas nuestras oposiciones o relaciones deónticas están representadas en este hexágono: de un lado, las relaciones de las modalidades entre sí y, en particular, las *contradicciones* entre permisión positiva y prohibición, entre permisión negativa y obligación, entre facultad y deber; de otro, las relaciones de recíproca *implicación* entre expectativas (pasivas) y modalidades (activas) y, en particular, entre expectativas positivas y obligaciones, y entre expectativas negativas y prohibiciones correspondientes, así como entre los sujetos relacionados entre sí deónticamente como titulares de unas y otras.

El rasgo distintivo común a todas estas figuras de calificación deóntica, sean activas o pasivas, es el hecho de que el comportamiento cualificado por ellas, que llamaré '*actuación*', puede ser tanto cometido como omitido, tanto acaecer como no acaecer. Si no existiera esta posibilidad —si la actuación fuese imposible o por el contrario necesitada— no se daría modalidad o expectativa deóntica alguna dotada de sentido. En efecto, pues condición de sentido de las figuras deónticas es la posibilidad tanto del acaecimiento como del no acaecimiento de sus actuaciones, que por eso no son necesarias ni imposibles, sino siempre contingentes. Carecería de sentido un precepto que impusiera una acción necesitada, o bien imposible y generase la correspondiente expectativa positiva o negativa (por ejemplo, «debes respirar» o «no debes respirar durante una hora»[3]).

and Kegan Paul, Londres, 1957, pp. 58-74 [trad. cast. de J. Rodríguez Marín, *Lógica deóntica*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1979]). Las interpretaciones más conocidas e importantes son las formuladas: en términos ónticos o existenciales (alguno, ninguno, no todos, todos), en términos aléticos o modales (posible, imposible, contingente, necesario) y en términos deónticos. Sobre esta última interpretación, véase N. Bobbio, «Teoría de la norma jurídica» [1958], § 50, y «Teoría del ordenamiento jurídico» [1960], cap. III, § 3, ahora ambos en Íd., *Teoría general del derecho*, trad. cast. de E. Rozo Acuña, Debate, Barcelona, 1991, Parte primera, § 50, pp. 146-148, y Parte segunda, § 66, pp. 196-200. Pueden darse también otras interpretaciones del cuadrado de las oposiciones que podrían interesar a la teoría del derecho: por ejemplo, la formulada en términos de *intereses* en comportamientos propios o ajenos (interés que, interés que no, desinterés que y desinterés que no) estipulada en *PiL*, § 3.8, p. 198 y utilizable en la teoría del negocio jurídico; o la formulada en términos de *voluntad* (voluntad que, voluntad que no, no voluntad que, no voluntad que no), utilizable en la teoría de la culpabilidad.

3. «La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse» (H. Kelsen, *Teoría pura*, cit., § 4, c, p. 20). La normatividad supone, pues, la virtual divergencia deóntica entre deber ser y ser, entre normas y hechos, o sea, la posibilidad tanto de la actuación como de la no actuación de las prescripciones. Identifiqué en tal posibilidad la condición de sentido de las prescripciones en «Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1967), pp. 514-545.

1.2. *La asunción de la lógica deóntica como parte de la teoría, necesaria para dar cuenta de la positividad del derecho. Los actos jurídicos y su eficacia.* Los conceptos y las tesis desarrollados hasta aquí valen para cualquier sistema deóntico, sea jurídico, moral o de otro tipo. Sin embargo, en el derecho positivo la dimensión deóntica que en ellos se expresa —el «poder ser» o el «deber ser» de las actuaciones de las modalidades y de las expectativas— tiene una naturaleza específica que, como se dice en el § 3 de la Introducción, se refleja en el diferente estatuto, respecto del que es propio de los otros sistemas normativos, de sus relaciones lógicas. Este distinto estatuto depende del hecho de que el derecho positivo es un sistema *dinámico*, entendiéndose con tal expresión cualquier sistema en el que las figuras deónticas existen si y solo si producidas, y no, como en los sistemas puramente *estáticos*, si deducidas de otras figuras deónticas. En efecto, en un sistema de derecho positivo, no siempre puede decirse que si existe el permiso de un determinado comportamiento no existe la prohibición y si de él existe la expectativa positiva o negativa existe también la obligación o la prohibición correspondiente. Es muy posible que se hayan producido tanto el permiso como la prohibición del mismo comportamiento y que no se hayan producido la obligación o la prohibición correspondientes a las expectativas existentes.

Por eso las tesis de la lógica deóntica, que en los sistemas estáticos son solamente leyes lógicas, que hacen en ellos inconcebibles modalidades o expectativas contradictorias o incompatibles, en los sistemas dinámicos son también tesis teóricas —*principia iuris tantum*, como los he llamado en la Introducción— cuyo papel consiste en hacer reconocibles como *vicios* la existencia o la inexistencia de las figuras deónticas en contradicción con tales tesis. En efecto, en estos sistemas, como, por ejemplo, en el italiano, puede acaecer que de un mismo comportamiento, como la manifestación del pensamiento, exista la libertad, establecida por el artículo 21 de la Constitución y, al mismo tiempo, la prohibición como delito de las manifestaciones de pensamiento vilipendiosas consideradas delictivas por el Código Penal; o bien que, según sucede en el derecho internacional, existan diversos derechos sociales, como los derechos a la salud y a la educación establecidos por los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de 16 de diciembre de 1966 sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y, sin embargo, no existan las obligaciones de las concretas prestaciones correspondientes a ellos al no haber sido producidas, aun cuando debidas, las normas que garanticen su actuación ni las que sancionen sus violaciones.

De este modo se ha identificado un rasgo distintivo esencial del *derecho positivo* y un principio constitutivo del *positivismo jurídico*, tanto

más evidentes y relevantes en los ordenamientos articulados en varios niveles normativos, como el estado constitucional de derecho. Es la posible existencia, contrastante con los principios de *no contradicción* y de *implicación* representados en el hexágono deóntico, de *antinomias* y de *lagunas*, que la teoría tiene el cometido de tematizar, la ciencia jurídica debe descubrir, y los actores institucionales corregir y superar. Esta posible existencia depende del carácter positivo y, por tanto, de la artificialidad del derecho moderno, en cuyo reconocimiento consiste el enfoque positivista, es decir, la concepción del derecho, no como el espontáneo o necesario reflejo de leyes lógicas, de normas de derecho natural o de principios morales o de justicia, sino como un conjunto de prescripciones «puestas» o «causadas» por actos producidos por sujetos habilitados para su producción por el derecho mismo[4].

De aquí la centralidad teórica y el papel unificador de la entera teoría de los actos jurídicos —de los negocios privados a los actos administrativos, de los actos legislativos a las sentencias, de los delitos a los ilícitos civiles— que, a mi juicio, cumple una noción que asumiré como categoría básica del *positivismo jurídico*: el concepto de 'causa', obviamente en sentido jurídico. En este sentido, es *causa* cualquier comportamiento relevante por los efectos jurídicos que produce. En efecto, preguntémonos: ¿qué es lo que hace de un comportamiento —sea facultativo, prohibido u obligatorio— un *acto jurídico*? La respuesta a esta primera, elemental cuestión de teoría del derecho, está dada por la equivalencia que convenimos estipular entre «acto» y «causa»: *acto* es cualquier comportamiento que, precisamente, sea *causa* de *efectos* en el mundo del derecho; entendiendo como *efecto* cualquier cambio en la esfera jurídica del autor del acto y/o de otros sujetos. A la inversa, diremos, cualquier efecto o cambio jurídico es siempre el producto de un acto que es su causa y cuya comisión supone siempre, como la de todos los comportamientos, una facultad, una prohibición o una obligación. Así, hemos estipulado una definición de 'acto' idónea para dar cuenta de los actos jurídicos más diversos —de las leyes a las sentencias, de los contratos a las disposiciones administrativas, de los actos ilícitos a los cumplimientos, todos los cuales comparten su naturaleza de causas de algún efecto jurídico— y por eso también para fundar una teoría unitaria de todos los actos jurídicos que tienen en común el hecho de ser causas de efectos.

4. H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., Primera parte, X, B, a, p. 134: la «positividad» del derecho «consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos»; *ibid.*, D, p. 144: «el derecho es algo establecido en la forma prescrita por la constitución para la formulación de normas jurídicas».

El concepto de '*causa*', conviene recordarlo, pertenece al léxico civilista. Su significado se ha modificado progresivamente en estos dos últimos siglos. Inicialmente concebida como sinónimo de «propósito negocial»[5] y luego como la «razón económico-social» del negocio jurídico[6], la causa ha acabado por identificarse con la noción de «tipo negocial», es decir, del tipo normativo de negocio habilitado por el derecho para la producción de efectos[7]. Pero, en virtud del principio de legalidad, la tipicidad normativa de los actos es aún más evidente y por tanto descontada, en otros sectores del derecho, como el derecho penal y, en general, el derecho público. Es por lo que en tales sectores la doctrina jurídica no ha advertido la necesidad de anclarla a la tipicidad de la causa, que, en el derecho privado, al resultar requerida como razón de ser de los efectos producidos por los diversos tipos de actos, cumple, en

5. Es la orientación que se afirmó en Francia con el Code civil de 1804, cuyo artículo 1134 expresa la potencia de la voluntad negocial, equiparada por él a la fuerza de la ley: «les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites»; fórmula retomada por el artículo 1372 del Código Civil italiano, según el cual «el contrato tiene fuerza de ley entre las partes». La concepción voluntarista de la causa prevaleció también en la pandectística alemana, de acuerdo con el «dogma de la voluntad» que informaba la doctrina del negocio jurídico: baste recordar la clásica definición del negocio como «declaración privada de voluntad que mira a producir un efecto jurídico» formulada por B. Windscheid, *Diritto delle Pandette* [1862-1870], trad. it. de C. Fadda y P. E. Bensa, Utet, Turín, 1902, I, § 69, p. 264 [trad. cast. de F. Hinestrosa y T. Kipp, *Tratado de derecho civil alemán: Derecho de pandectas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976]. Y prevaleció también entre los juristas italianos del siglo XIX, y de comienzos del siglo pasado, de Vittorio Scialoja a Nicola Coviello, de Carlo Fadda a Francesco Ferrara. Sobre el itinerario histórico de la noción de causa como elemento general del contrato, concebido a su vez como forma paradigmática de la autonomía privada, véase la amplia reconstrucción de I. Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna* I. *Il Cinquecento*, Giappichelli, Turín, 1997.

6. Es la tesis de E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* [1943], Utet, Turín, ²1952, § 20-22, pp. 172-194 [trad. cast. *Teoría general del negocio jurídico*, Olejnik, Buenos Aires, 2018]; Íd., «Causa del negozio giuridico», en *Novissimo Digesto*, cit., vol. III, 1959, pp. 32-40.

7. A esta conclusión llega Salvatore Pugliatti, que definió la causa como «síntesis de los efectos jurídicos esenciales» que el negocio jurídico puede producir (*Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico* [1947], ahora en Íd., *Diritto civile*, Giuffrè, Milán 1951, pp. 111-119), y descalificó su «función económico-social» como elemento «extra-jurídico» y como «una escoria que se debería eliminar» (*ibid.*, p. 114). Pero recuérdese, antes aún, la definición objetivista de 'causa' ofrecida por Francesco Carnelutti: «la causa del negocio es el efecto jurídico por el cual se manifiesta la voluntad» («Sulla causa della transazione», en *Studi di diritto civile*, Athenaeum, Roma, 1916, p. 434). Sobre este intinerario del concepto de causa remito a *PiI*, § 5.3, pp. 252-256 y, antes aún a *Teoria assiomatizzata del diritto*, Giuffrè, Milán, 1970, § 3.2, pp. 45-50.

cambio, el papel de límite a la autonomía negocial. Pero, precisamente por eso, porque equivale a la noción de «tipo normativo», no existe ninguna razón para que el concepto de causa no sea oportunamente extendido, junto con el correlativo de efecto, a la fenomenología de los actos jurídicos en su totalidad, todos relevantes para el derecho en cuanto todos previstos por él como causas de efectos.

La idoneidad para causar efectos previstos por reglas, que con un término asimismo tomado del léxico civilista, llamaré *eficacia*[8], se concibe así como una connotación necesaria de todos los actos. Los actos, puede decirse, son todos eficaces, es decir, causa de algún efecto: de al menos un efecto, pero, por lo común, de una pluralidad de efectos. Casi siempre son figuras moleculares, en un doble sentido: en el de que a veces son el resultado de la comisión de varios actos; y en el sentido de que a menudo producen varios efectos. Los contratos, por ejemplo, además de ser concluidos sobre la base de una propuesta y de una aceptación, son causa de la constitución y/o de la modificación y/o de la extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, esto es, de derechos subjetivos y de las correlativas obligaciones entre las partes; los actos legislativos y los administrativos se perfeccionan como resultado de complejos procedimientos de actos instrumentales y son causa de la entrada en vigor de plurales normas o situaciones singulares; los actos ilícitos, a menudo consistentes en varios comportamientos, son causa de la responsabilidad de sus autores, que puede ser tanto civil como penal, y de la correspondiente obligación para un juez de aplicar la sanción correspondiente; los actos de incumplimiento son causa de la extinción de las correspondientes obligaciones y de los correspondientes derechos. En ningún caso existen actos que no sean causa de algún efecto. Y no existen efectos que no hayan sido causados por algún acto. Por eso 'eficacia' es sinónimo de «causalidad jurídica», obviamente en un sentido bien distinto del de «causalidad natural»: en el sentido, precisamente, de «relevancia jurídica», es decir, de la productividad de efectos a su vez jurídicos. Como se verá en su momento, hasta los actos inválidos son eficaces, consistiendo su eficacia en los mismos efectos producidos por los correspondientes actos válidos a los que se añade el

8. Es el significado de 'eficacia', bien distinto del de 'efectividad', expresado en el derecho italiano por los artículos 11 y 28 de las disposiciones sobre la ley en general [*preleggi*] y los artículos 1372, 1376, 2069, 2074, 2075 y 2077 del Código Civil italiano y por el título VII del Código Procesal Civil, dedicados a la «eficacia de las leyes», a la «eficacia del contrato» y a la «eficacia de las sentencias». El mejor análisis de esta noción de 'eficacia' sigue siendo el de A. Falzea, «Efficacia giuridica», cit., pp. 432-509.

ulterior efecto de su anulabilidad. De aquí se siguen tres importantes consecuencias.

La primera consecuencia de esta noción de acto —y precisamente de la tesis según la cual no se dan actos que no produzcan efectos— es la inconsistencia conceptual de la extravagante noción de «meros actos», de «actos meramente lícitos» o «meramente debidos», construida por la doctrina como categoría residual idónea para comprender todos los actos no negociales y no ilícitos. Estos llamados «actos meros» o «meramente lícitos», precisamente porque no producen ningún efecto, no son en modo alguno actos, sino comportamientos carentes de eficacia y por eso no jurídicos.

La segunda consecuencia de la misma noción —y, precisamente, de la tesis inversa a la precedente, según la cual no se dan efectos que no sean producidos por actos humanos— es más comprometedora. Consiste en la exclusión de nuestro vocabulario teórico de otro concepto del imaginario panjuridicista, el de «acto jurídico», que es, también él, una categoría residual[9] en la que se incluyen los eventos más heterogéneos —el nacimiento y la muerte, el granizo que destruye la cosecha, la lluvia que la hace crecer e incluso el tiempo y el espacio— todos explicables de forma más sensata como condiciones o circunstancias de actos o de situaciones jurídicas.

La tercera consecuencia, aún más importante, tiene que ver con la naturaleza del nexo entre el acto y su efecto. Este nexo, como se sabe, fue concebido por Kelsen como una relación de «deber ser» (*Sollen*) entre un antecedente y un consecuente, identificados, por lo demás, reductivamente, uno con un acto ilícito, el otro con una sanción. La dimensión deóntica (el deber ser) del derecho fue así asociada por Kelsen, elípticamente, a la misma relación de implicación entre dos actos —el ilícito y la sanción[10]— en vez de hacerlo, de manera más simple y más

9. Según este singular método de formación de los conceptos por una vía residual, que une la construcción tanto del concepto de «hecho» como del de «mero acto», primero, dentro de la categoría general de los «hechos jurídicos en sentido amplio», se aísla el «acto jurídico» y se califica a los hechos jurídicos que no son actos como «meros hechos»; luego se aísla el «negocio jurídico» dentro de la categoría de los actos y se califica a los demás actos como «meros actos». De este modo la única categoría definida es el «negocio», fuera de la cual están los actos que no son negocios y los hechos que no son actos. Así, por ejemplo, E. Betti, *Teoria generale del negozio*, cit., cap. introductorio, pp. 7-19 y § 4, pp. 72-79; y G. Mirabelli, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, Nápoles, 1955, que ofrece un extenso y variado inventario de los «meros hechos» y de los «meros actos».

10. *Teoría general del derecho*, cit., Primera parte, I, C, a, 5, pp. 41-43; D, b, pp. 53-55; Íd., *Teoría pura*, cit., § 4 b, pp. 18-23, § 17, pp. 89-90 y *passim*.

sensata, a las figuras deónticas que del acto constituyen su efecto específico. Por el contrario, según la relación de eficacia que se ha ilustrado, el nexo entre antecedente y consecuente se concibe como una implicación ya no de «deber ser», sino de «ser», no normativa sino asertiva, no de tipo deóntico, sino de tipo vero-funcional: por ejemplo, dado un ilícito, este produce, o sea, implica (no el deber ser, sino) el ser de su efecto, es decir, la obligación de aplicar la sanción y la correlativa expectativa en la que consiste la responsabilidad de su autor; dado un contrato, este produce como efecto, o sea, implica (no el deber ser, sino) la existencia de obligaciones o de expectativas; dada una sentencia, esta produce como efecto (no el deber ser, sino) el ser de las situaciones jurídicas dispuestas por ella; dada una ley, esta produce (no el deber ser, sino) la existencia de las normas que tienen expresión en ella. En suma, la dimensión deóntica del derecho reside en las figuras deónticas, que ahora llamaré 'situaciones', producidas por los actos como sus efectos en virtud de su eficacia, independientemente de su actuación (o de su no actuación), la cual concierne, en cambio, a la que más adelante llamaré su efectividad (o su inefectividad)[11].

1.3. *Las situaciones jurídicas, activas y pasivas, su actuabilidad y su efectividad. Los estatus.* Se llega así a una segunda, básica cuestión de teoría del derecho: ¿qué es lo que hace de una modalidad o de una expectativa deóntica una modalidad o una expectativa jurídica, o sea, la que convengo en llamar '*situación jurídica*' o simplemente '*situación*'? La respuesta a esta pregunta está dada por la definición teórica de situación. Entiendo por situación cualquier modalidad o expectativa que tenga entre sus posibles actuaciones al menos un acto jurídico. Descomponiendo esta suma lógica, llamaré '*situaciones activas*' a todas las situaciones consistentes en modalidades, es decir, en facultades, en obligaciones o en prohibiciones (de actos propios), y '*situaciones pasivas*' a todas las situaciones consistentes en expectativas, sean positivas o negativas (de actos de otros).

Esta noción de situación permite dar cuenta de las figuras de calificación jurídica más diversas: desde los poderes a los deberes, del derecho de propiedad a los derechos de crédito, de las obligaciones civiles a la responsabilidad penal, de los derechos fundamentales a todas las funciones públicas. Por consiguiente, es idónea para fundar una teoría unitaria de todas las situaciones jurídicas paralela a la teoría, asimismo uni-

11. Para una profundización crítica del «deber ser» (*Sollen*) kelseniano, remito a *La lógica del derecho*, cit., cap. I.

taria, de los actos jurídicos. La idoneidad, que llamo *actuabilidad*, para ser actuadas no ya, y por tanto no solo, por simples comportamientos, sino por al menos un acto jurídico, se configura, en efecto, como un rasgo necesario y suficiente de todas las situaciones: de los poderes jurídicos, sean funciones o potestades, que, como veremos a su tiempo admiten siempre al menos un acto preceptivo como su posible ejercicio; de los deberes, sean obligaciones o prohibiciones, cuya actuación es siempre un acto de cumplimiento o un acto ilícito; de los derechos reales, como el de propiedad, siempre actuable por actos de alienación además de por simples comportamientos de mero disfrute; de los derechos de crédito, consistentes en la expectativa positiva del pago de una deuda; de los derechos de libertad consistentes no solo en facultades, sino también en la expectativa negativa de su no lesión por actos ilícitos o actos inválidos; de los derechos sociales, consistentes en la expectativa positiva de las prestaciones obligatorias idóneas para satisfacerlos; de la responsabilidad, en fin, consistente en la expectativa positiva de resoluciones sancionatorias.

También las situaciones, como los actos, son generalmente, en un doble sentido, figuras moleculares. En primer lugar, porque consisten, por lo común, en una pluralidad de modalidades y/o de expectativas. En efecto, pues la distinción entre situaciones activas y situaciones pasivas es una definición exhaustiva pero no alternativa, pudiendo muy bien darse situaciones tanto activas como pasivas, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, que incluye la facultad de gozar, usar y vender el bien que tiene por objeto, y la expectativa negativa de su no lesión. En segundo lugar, porque, habitualmente, las situaciones están destinadas a ser actuadas por una pluralidad de actos y/o de meros comportamientos: piénsese en las funciones públicas o en los derechos civiles, ejercitables mediante una pluralidad indeterminada de actos preceptivos, o también, de nuevo, en el derecho de propiedad, cuyo ejercicio puede consistir tanto en actos de disposición como en una infinidad de comportamientos de simple uso o disfrute. Lo que cuenta es que, según la definición que se ha estipulado, todas las situaciones sean actuables por, al menos, un acto. De aquí se derivan tres consecuencias, análogas y paralelas a las ya derivadas de la definición de acto.

La primera consecuencia de nuestra definición —y precisamente de la tesis según la cual todas las situaciones tienen al menos un acto como posible actuación— es la inconsistencia conceptual de las figuras de «mera facultad» o de «mero deber», paralelas a las de «meros actos» y de «actos meramente lícitos» o «meramente debidos» y fruto del mismo panjuridicismo que subyace a estas. En ellas, por lo común, se incluyen,

de forma residual, todas las modalidades que no tienen como actuación un acto jurídico, sino solo comportamientos meramente lícitos o debidos: por ejemplo, la libertad de saludarse por la calle o el deber de observar las normas penales, que no son situaciones jurídicas, sino simples modalidades deónticas al no consistir tales conductas en actos jurídicos productores de efectos.

La segunda consecuencia de la misma definición —y precisamente de la tesis inversa a la precedente, según la cual no se dan actos sin que sus modalidades o expectativas sean situaciones— vale para configurar como situaciones jurídicas figuras como la autonomía negocial y, por otra parte, la anulabilidad generada por actos inválidos y la responsabilidad generada por actos ilícitos. En efecto, también la autonomía negocial admite como posible actuación un acto jurídico y, más precisamente, un negocio, y por eso se identifica con los específicos derechos fundamentales que en su momento llamaré 'derechos civiles' o 'de autonomía civil'. Y asimismo la anulabilidad y la responsabilidad son situaciones al consistir una en la expectativa de un acto de anulación y la otra en la expectativa de un acto sancionatorio[12].

La tercera consecuencia, seguramente la más importante en el plano teórico, vale para integrar lo dicho en el parágrafo precedente acerca de la naturaleza de la relación de eficacia entre el acto y su efecto. Es precisamente en la actuabilidad de las situaciones donde reside el «deber ser» o, mejor, el «poder ser» del acto que es su actuación y, al mismo tiempo, el sentido jurídico que lo hace inteligible en el mundo del derecho. En suma, en virtud de la doble relación de eficacia y de actuabilidad, dado un acto, este es causa de un efecto que, si es una situación es, a la vez, actuable mediante un acto.

De aquí se sigue el carácter contingente de todo acto de actuación, que puede ser tanto cometido como omitido: todas las situaciones son actuables, es decir, comportan la *posibilidad* de al menos una actuación consistente en un acto, pero no todas son actuadas[13]. De su actuación o

12. 'Anulabilidad' y 'responsabilidad' serán definidas más adelante, en los § 2.2 y 2.4. Mientras, como se dirá en la nota 8 del próximo capítulo, es frecuente en la doctrina configurar la responsabilidad como una situación pasiva, consistente en la expectativa de la posible condena a una sanción, no lo es la configuración como situación pasiva de la anulabilidad, que también consiste en la expectativa de la anulación del acto inválido del que es efecto.

13. Es en esta *posibilidad de existencia del acto* que es su actuación donde reside la diferencia, decisiva para el desarrollo de toda la teoría, entre la definición aquí propuesta de 'situación' y la que formulé en mi vieja *Teoria assiomatizzata del diritto*, cit., cap. II, § 2 y 4, pp. 64 y 79-81, en la cual, al no disponer de la lógica modal, definí 'situación'

falta de actuación dependen su 'efectividad' o 'inefectividad'. Cierto, pues defino la *efectividad* y la *inefectividad* como la actuación o la no actuación de las figuras deónticas en las que consisten las situaciones. Precisamente, las situaciones activas consistentes en potestades, funciones, libertades u obligaciones son *efectivas* cuando concurra su libre ejercicio o su cumplimiento e *inefectivas* cuando no concurra. Por el contrario, las situaciones activas consistentes en prohibiciones son *efectivas* cuando no concurra e *inefectivas* cuando concurra el acto que es su actuación, es decir, violación. Por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento es efectiva cuando no se perturba su ejercicio, inefectiva en caso contrario; una deuda es efectiva si se produce su pago, inefectiva en caso de impago; la prohibición de pisar un parterre es efectiva en la medida en que no resulte pisado e inefectiva en la medida en que, por el contrario, la prohibición resulte desobedecida.

Distinto es el caso de las situaciones pasivas, consistentes en expectativas positivas o negativas: su efectividad y su inefectividad dependen siempre de la efectividad o inefectividad del lado activo de la relación deóntica, es decir, de las correspondientes obligaciones o prohibiciones. Esta es una tesis central de la teoría del derecho, dado que en ella se basa la centralidad de las garantías, que, como se verá más adelante, son las obligaciones y las prohibiciones que conciernen a sujetos en relación deóntica con los titulares de las correspondientes situaciones pasivas, de los derechos subjetivos a la responsabilidad por los actos ilícitos y a la anulabilidad de los actos inválidos.

Con todo, las situaciones jurídicas no agotan la clase de las prescripciones. Son *prescripciones* no solo las situaciones, que consisten en figuras de calificación deóntica, sino también las figuras de calificación óntica, que convengo en llamar 'estatus' y que son figuras predicables, no ya, como las figuras deónticas, de comportamientos posibles, sino de sujetos o de objetos existentes. Son estatus, por ejemplo, la identidad de «persona», de «ciudadano», de «capaz de obrar» o de «bien demanial» en un ordenamiento jurídico. Los estatus, por lo común, son el presupuesto de modalidades o de expectativas deónticas: el *estatus* de persona física, por ejemplo, es el presupuesto de la titularidad de determinados derechos humanos; el estatus de capaz de obrar es el presupuesto de la potestad de un sujeto de realizar actos negociales. Por tanto, distinguiré todas las prescripciones en dos grandes clases: las situaciones,

como «cualquier figura de cualificación de la que exista al menos una actuación que es un acto jurídico», plasmando así la noción de situación sobre la de situación efectiva o, peor, en el caso de situaciones consistentes en prohibiciones, de situación inefectiva.

consistentes en figuras deónticas, es decir, en modalidades o en expectativas, y los estatus, consistentes en figuras ónticas.

1.4. *El principio de calificación deóntica y el principio de positividad. Cadenas y redes de actos y de situaciones. Las relaciones de grado.* En los dos parágrafos precedentes, con las definiciones de 'acto' y de 'situación', he identificado las primeras dos relaciones objetivas, en sentido *descendente*, en las que se articula la dinámica jurídica: la *eficacia*, en virtud de la cual dado un acto se produce un efecto, y la *actuabilidad*, en virtud de la cual dada una situación puede verificarse el acto que es su actuación.

Ahora identificaré otras dos relaciones, en sentido *ascendente*, entre actos y situaciones. Hay ante todo una relación ascendente consecuente a la tesis, enunciada en el § 1.1, de que todos los comportamientos son deónticamente calificados. Esta consiste en la *calificación deóntica* de los actos en virtud de los cuales, dado un acto, existe siempre una modalidad activa y, más precisamente, una situación jurídica, de la que él es actuación. También esta relación elemental vale para todos los actos jurídicos: para los actos preceptivos, como los negocios privados o las disposiciones públicas, cuya modalidad no es una facultad cualquiera, sino un poder jurídico, ya sea una potestad privada o una función pública; para los actos ilícitos, cuya modalidad no es una prohibición cualquiera, sino una prohibición jurídica, como lo son, por ejemplo, las prohibiciones penales; para los incumplimientos, cuya modalidad no es una obligación cualquiera, sino una obligación jurídica, como lo es típicamente la deuda.

En fin, la cuarta relación entre actos y situaciones es la, también ascendente, consecuente a la tesis de que todos los efectos o cambios en el mundo del derecho tienen causa en un acto. Es la tesis de la *positividad* de las situaciones, en virtud de la cual, dada una situación no constituyente existe siempre un acto de la que esta es efecto. También esta relación vale para todas las situaciones, excluida la que a su tiempo llamaré 'poder constituyente'. Para todas aquellas que consisten en situaciones generales o abstractas producidas por actos normativos, como son las normas; para los derechos patrimoniales y para las obligaciones civiles, habitualmente generadas por actos negociales; para las funciones públicas, generadas por actos administrativos o legislativos; para los derechos fundamentales y para las funciones legislativas o de gobierno, dispuestos comúnmente por constituciones. En suma, no existen derechos «naturales» o en todo caso situaciones que no sean efectos de actos jurídicos.

Tenemos así cuatro relaciones sintácticas —la eficacia, la actuabilidad, la culificación deóntica y la positividad— que, unidas entre sí, dan lugar a cadenas o secuencias de actos y situaciones que en su conjunto diseñan la entera estructura del derecho positivo y permiten captar su unidad interna. Con base en las primeras dos relaciones, *descendentes*, de todo acto desciende un efecto del que, si tal efecto es una situación, desciende un acto jurídico como su posible actuación, hasta llegar a un acto final o extintivo. A partir de las otras dos, *ascendentes*, se desarrolla el camino inverso: dado un acto es posible remontarse a la situación que es su modalidad o expectativa y, de esta, al acto que es causa de la situación, hasta llegar a un acto y a una situación originaria constituyente. Y sobre la base de estas cuatro relaciones y de las redes tejidas por ellas es como, en el próximo capítulo, será posible elaborar una tipología de los actos y de las situaciones: de todos los actos sobre la base de las situaciones de las que son actuación y/o de las que son efectos; de todas las situaciones sobre la base de los actos de los que son efectos y/o de los que son actuaciones.

A través de estas redes se produce la comunicación jurídica. En efecto, actos y situaciones son fenómenos lingüísticos interconectados como condiciones de sentido los unos de las otras: los primeros en cuanto reciben su sentido jurídico de las situaciones de las que son actuaciones; las segundas en cuanto, como se verá en el § 1.6, son ellas mismas los significados jurídicos expresados y producidos por los actos de los que son efectos. Es por lo que nuestras dos secuencias pueden ser reinterpretadas, recorriéndolas lo mismo desde abajo que desde arriba, como otras tantas redes de signos y de significados: de *signos* inteligibles sobre la base de las situaciones de las que son actuaciones, las que, a su vez, son significados expresados por signos producidos por actos preceptivos, hasta llegar a una situación originaria o no positiva que, como veremos, es el poder constituyente; de significados a cuya luz son inteligibles los actos y los signos que son sus actuaciones, a su vez, si son preceptivos, productores de significados prescriptivos, hasta llegar a un último acto habitualmente no lingüístico ni productivo de efectos consistentes en significados, como, por ejemplo, la extinción de una obligación o la ejecución de una sanción.

Así, nuestros dos pares de secuencias valen para ofrecer dos imágenes del derecho positivo: de un lado, para configurarlo como una *red* de actos que actúan situaciones y de situaciones producidas por actos, así como de actos productivos de efectos y de efectos consistentes en situaciones; del otro, como un *universo lingüístico* de signos y de significados, conectados entre sí por la calificación e inteligibilidad de los prime-

ros sobre la base de los segundos y de la ulterior producción o expresión de los segundos por parte de los primeros.

En ambos casos, estas cadenas o secuencias admiten dos diversas, posibles interpretaciones: una interpretación *horizontal*, en términos de sucesiones o transferencias de situaciones; y una interpretación *vertical*, en términos de niveles y desniveles normativos. Mientras que la secuencia horizontal concierne a la dinámica de la *esfera privada* y económica del *mercado*, la secuencia vertical concierne a la dinámica de la *esfera pública* de las *instituciones políticas*. A propósito de la primera hablaremos de *vicisitudes* de las situaciones jurídicas, generadas en el mercado por los actos de cambio que de ellas son, a la vez, causa y ejercicio: típica, porque virtualmente ilimitada, es la sucesión en la propiedad de los bienes inmuebles generada por los actos de transmisión de los derechos de propiedad. Pero, a propósito de la segunda hablaremos de *estructura en grados* del sistema jurídico, generada por los límites y los vínculos de forma y de contenido dictados por las normas sobre la producción de nivel superior a las normas producidas a un nivel inferior. La primera es una secuencia de actos y situaciones que se suceden en el tiempo; la segunda es una secuencia que designa y diseña una estructura normativa articulada en varios grados y niveles. Por otra parte, mientras que las secuencias horizontales se producen en cualquier sistema jurídico, la secuencia vertical es el rasgo distintivo de los sistemas jurídicos articulados en varios niveles normativos —como el estado legislativo de derecho y más aún el estado constitucional de derecho— en los cuales el derecho disciplina su misma producción.

Sobre todo, en relación con esta segunda secuencia, la vertical, para evitar insostenibles aporías sintácticas, resulta necesario explicitar las *relaciones de grado* existentes entre actos y situaciones *de grado supraordenado* y actos y situaciones *de grado subordinado*. Es, en efecto, evidente que un acto no puede ser actuación de la misma situación de la que es causa, y que una situación no puede ser efecto del mismo acto del que es modalidad. Por eso diremos que un acto es de *grado supraordenado* a otro (que en relación con él es de grado *subordinado*) cuando es causa de la situación de la que otro es actuación; y que una situación es de *grado supraordenado* a otra (que, con respecto a ella, es de *grado subordinado*) cuando es modalidad del acto del que la otra es efecto. Solo sobre la base de estas relaciones de grado será posible identificar y comprender, en los § 2.2 y 2.3, las dos dimensiones que, en los sistemas jurídicos complejos y en particular en el estado constitucional de derecho, tienen tanto la validez jurídica como la legitimación democrática: la dimensión *dinámica* y *formal*, determinada por el paradigma positivista y

relativa a los actos prescriptivos, y la *estática* o *sustancial* injertada en ella por el paradigma constitucionalista y relativa a las prescripciones que aquellos producen.

1.5. *Las normas. Normas deónticas y normas constitutivas, normas téticas y normas hipotéticas. Una cuatripartición de las normas.* Situaciones y estatus pueden tener que ver con sujetos y comportamientos individuales, o bien con clases de sujetos o de comportamientos. En este segundo caso consisten en 'reglas' y, más precisamente, en 'normas jurídicas', es decir, en prescripciones de alcance *universal*: ya sea que dispongan o predispongan situaciones o estatus con carácter *general*, es decir, con referencia a clases de sujetos, o bien que los dispongan o predispongan *en abstracto*, esto es, con referencia a clases de comportamientos. También las *normas*, por tanto, están sujetas al *principio de positividad*, en virtud del cual son producidas por actos jurídicos normativos que llamamos '*fuentes*', como sus efectos. Por tanto, no existen normas jurídicas de derecho natural. Y tampoco existe la norma fundamental hipotetizada por Hans Kelsen. En efecto, en todos los sistemas de derecho positivo también las normas supremas, como las constitucionales, son normas positivas, o sea, producidas por un acto jurídico que en el § 3.10 llamaré '*acto constituyente*', a su vez, actuación de un poder originario que llamaré '*poder constituyente*', en virtud del *principio de calificación deóntica* de todos los actos.

Dentro del dominio de las normas introduciré dos grandes distinciones. La primera es la bien conocida en la literatura teórico-jurídica, entre 'reglas deónticas' y 'reglas constitutivas'[14], que aquí me limito a re-definir en relación con esa clase específica de reglas que son las nor-

14. De la abundante literatura en materia de normas regulativas y normas constitutivas, me limito a citar: J. R. Searle, *Come dedurre 'deve' da 'è'* [1964], trad. it. de R. Guastini, en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bolonia, 1980, pp. 155-168; Íd., *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* [1969], trad. it. de G. R. Cardona, Boringhieri, Turín, 1976, pp. 61 ss. y 238 ss.; A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* [1958], trad. cast. de G. R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, cap. I, pp. 12-19; Íd., *Direttive e norme* [1968], trad. it. de M. Jori, Edizioni di Comunità, Milán, 1968, cap. II, § 14, pp. 109-114; K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico* [1971], trad. it. de E. Pattaro, Etas Kompass, Milán, 1972, cap. VIII, pp. 244-262 [trad. cast. de L. López Guerra, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1980]; G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffré, Milán, 1974; Íd., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; N. Bobbio, «Norma», en *Enciclopedia Einaudi*, Einaudi, Turín, 1980, vol. 9, p. 898; R. Guastini, «Teoria delle regole costitutive»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 4 (1983), pp. 548-564; A. G. Conte, «Materiali per una tipologia delle regole», *Materiali per una storia della cul-*

mas jurídicas. Son *normas deónticas* las que disponen o pre-disponen figuras deónticas, es decir, *situaciones* —como «prohibido fumar», «todos tienen el derecho de manifestar libremente su pensamiento», o bien «con la compraventa las partes se obligan a la entrega de una cosa y al pago del precio acordado»— de las que sean identificables los actos que de ellas son actuación. Son, en cambio, *normas constitutivas* las que disponen o pre-disponen estatus, como «la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento» o «con el matrimonio se adquiere el estatus de cónyuge».

Es claro que el problema de la efectividad y de la inefectividad se plantea solo para las normas deónticas, las únicas para las que tiene sentido hablar de actuación o de no actuación de las modalidades y de las expectativas dispuestas o predispuestas por ellas. No se plantea, en cambio, para las normas constitutivas, que, al disponer o predisponer estatus, es decir, calificaciones ónticas o identitatarias de sus argumentos, son inviolables y por eso siempre efectivas sea cual sea lo que suceda: la capacidad de obrar, por ejemplo, con base en el artículo 2 del Código Civil italiano, se adquiere en todo caso con la mayoría edad, así como el estatus de cónyuge es de cualquier modo efecto del matrimonio.

En cuanto a las condiciones de efectividad de las normas deónticas, son las mismas ya ilustradas en el § 1.3 para las situaciones. Con una diferencia fundamental: tratándose de prescripciones universales, es decir, generales y/o abstractas, no basta una singular y contingente actuación o inactuación de ellas para afirmar, más allá del caso contingente, su efectividad o inefectividad. Para ellas deberá hablarse más bien de «*grado de efectividad*» y de «*grado de inefectividad*» sobre la base del número de actuaciones o no actuaciones que de ellas se produzcan en un tiempo y en un espacio determinados. Si, de este modo, llamamos '*observancia*' a aquello de lo que una norma dispone o predispone la obligación o la expectativa positiva, '*violación*' a aquello de lo que una norma dispone o predispone la prohibición o la expectativa negativa y '*ejercicio*' a aquello de lo que una norma dispone o predispone la facultad, esto es, la libertad o el poder, diremos que una norma deóntica tiene en el tiempo t y en el espacio e una efectividad de grado n si y solo si en tal tiempo y espacio concurre un número n de *observancias* o de *ejercicios*, mientras que tiene en el mismo tiempo y en el mismo espacio una inefectividad de grado m si y solo si en tal tiempo y espacio resulta *violada* un número m de veces. Es, pues, evidente que mientras que de

tura giuridica 2 (1985), pp. 345-368; G. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Cedam, Padua, 1988.

las normas que disponen o predisponen obligaciones, sobre la base de sus observancias o de sus inobservancias, son mensurables tanto la efectividad como la inefectividad, de las normas que disponen o predisponen prohibiciones, sobre la base de sus violaciones, solo es mensurable la inefectividad, y de las normas que disponen o predisponen facultades, es decir, libertades o poderes, sobre la base de su ejercicio, solo es mensurable la efectividad.

La segunda gran distinción —a mi juicio todavía más importante, aunque desconocida por la literatura teórico-jurídica, siempre dominada por la tesis kelseniana de que todas las normas jurídicas son normas hipotéticas[15]— es entre aquellas que he llamado 'normas téticas' y las que he llamado 'normas hipotéticas'[16]. Son *normas téticas* las que inmediatamente *disponen* —y son por consiguiente ellas mismas— situaciones o estatus de carácter general y/o abstracto: por ejemplo, las normas deónticas expresadas por los carteles «prohibido fumar» o «prohibido aparcar», los derechos fundamentales, las normas del Código Civil que confieren la capacidad jurídica en el momento del nacimiento y la capacidad de obrar al cumplir la mayoría de edad, o las que califican como bienes demaniales algunos bienes o lugares como los ríos, los lagos, las playas y similares. En estos casos, la prohibición de fumar, la de estacionar, la libertad de manifestación del pensamiento, la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y la condición de bien demanial son generadas inmediatamente por las normas téticas que las disponen. A la inversa, son *normas hipotéticas* las que no disponen nada inmediatamente, sino que *predisponen* situaciones o estatus como efectos de los actos hipotetizados por ellas: por ejemplo, las normas del Código Civil que predisponen obligaciones como efectos de los hipotéticos actos contractuales que ellas regulan, las que pre-disponen el estatus de cónyuge y los derechos y deberes que comporta el matrimonio hipotetizado y disciplinado por ellas, o las normas penales que pre-disponen penas en la hipótesis de que se cometan los delitos previstos por ellas. En todos estos casos las normas no disponen las obligaciones, los derechos, los estatus

15. H. Kelsen, *Teoría general*, cit., Primera parte, cap. I, C, c, p. 45: «Las normas jurídicas generales tienen siempre la forma de proposiciones hipotéticas» en las que «la sanción estipulada por la norma se hace depender de la realización de ciertas condiciones». Para la crítica de esta tesis, remito a *La lógica del derecho*, cit., pp. 13-20.

16. Antes aún que en *PiI*, cap. IV, § 4.5-4.6, pp. 222-228 y cap. VIII, § 8.2-8.3, pp. 399-406, introduje esta distinción en *los fundamentos*, cit., I, § 3, pp. 33-34; II, § 3, pp. 154-155 y 155-156, nota 32; III, § 2 y 5, pp. 291-292 y 329, de forma más analítica, en «Norme tetiche e norme ipotetiche» en P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003, pp. 237-247.

o las penas de que hablan, sino que las pre-disponen en la hipótesis de que alguno estipule un contrato, se case o cometa un delito.

Se trata de una diferencia estructural entre tipos de normas profundamente diversos. Mientras las normas téticas *disponen* ellas mismas las prescripciones que expresan, las normas hipotéticas las *pre-disponen* para la hipótesis de que se cometan los actos previstos por ellas. Las primeras son inmediatamente prescriptivas, al consistir ellas mismas en situaciones o en estatus jurídicos de carácter general y/o abstracto; las segundas lo son, en cambio, mediata e hipotéticamente, al ser las situaciones o los estatus no ya *dispuestos* por ellas, sino *pre-dispuestos* para el caso de que se cometan los actos hipotetizados por ellas como sus causas. Las normas téticas *son* ellas mismas *situaciones normativas* o *estatus normativos*; las normas hipotéticas son, en cambio, *normas de* situaciones o *de* estatus singulares, esto es, reglas que pre-disponen situaciones o estatus como efectos de los actos hipotetizados por ellas. Los destinatarios de las normas téticas —por ejemplo, «todos tienen derecho a manifestar libremente su pensamiento», «la capacidad de obrar se adquiere con la mayoría de edad», «prohibido fumar»— son por eso destinatarios actuales, identificados y exactamente determinados por ellas; mientras que los destinatarios de las normas hipotéticas —«si alguien comete el ilícito A, entonces debe ser castigado con la sanción B», «si dos sujetos formalizan un contrato, entonces se convierten en titulares de los derechos y las obligaciones estipulados en ellos», «el marido y la mujer adquieren con el matrimonio los mismos derechos y asumen los mismos deberes»— no son de ningún modo actuales, sino solo eventuales, indeterminados en abstracto y destinados a ser determinados en concreto solo por los actos singulares hipotetizados por tales normas.

Las dos distinciones son esenciales para dar cuenta de la fenomenología de los sistemas jurídicos. Cruzándolas, según el cuadro que sigue, se obtiene una tipología de las normas articulada en cuatro clases: las *normas tético-deónticas*, las *normas tético-constitutivas*, las *normas hipotético-deónticas* y las *normas hipotético-constitutivas*.

normas	deónticas	constitutivas
téticas	tético-deónticas	tético-constitutivas
hipotéticas	hipotético-deónticas	hipotético-constitutivas

Son *normas tético-deónticas* todas las que consisten inmediatamente en situaciones, es decir, en facultades, obligaciones, prohibiciones, expectativas o funciones, de las que sean configurables los comporta-

mientos que son su observancia o su violación: como las normas de las señales de tráfico, los derechos fundamentales y las normas de competencia que definen las funciones de una persona jurídica o de uno de sus órganos. Son *normas tético-constitutivas* las que adscriben inmediatamente estatus a sujetos o a objetos y de las que, en cualquier caso, no sean configurables actos de actuación, como las normas abrogativas, los artículos 1 y 2 del Código Civil italiano que confieren la capacidad jurídica a las personas físicas y la capacidad de obrar a los mayores de edad, los artículos 822-825 del mismo código que configuran como «bienes demaniales», es decir, parte del «demanio público la franja costera, las playas, radas y puertos, ríos, torrentes, lagos y demás aguas definidas como públicas por las leyes», o el artículo 1 de la Constitución italiana según el cual «Italia es una república democrática fundada en el trabajo». Son *normas hipotético-deónticas* las que pre-figuran situaciones, como las que pre-disponen obligaciones de forma para los actos que en el próximo capítulo llamaré 'formales', o las normas que predisponen las expectativas en las que consisten la responsabilidad y la anulabilidad como efectos de actos ilícitos o de actos inválidos, o bien las normas de competencia que atribuyen funciones a funcionarios de personas jurídicas o de órganos como efectos de los actos de nombramiento hipotetizados por aquellas. En fin, son *normas hipotético-constitutivas* todas las que pre-figuran estatus pre-disponiéndolos como efectos de los que a su tiempo llamaré 'actos constitutivos' —como el matrimonio, los actos de nombramiento o los de creación de personas jurídicas— y, por otra parte, todas las definiciones legislativas de institutos jurídicos.

Solo sobre la base de las diferencias de estructura entre normas téticas y normas hipotéticas es posible comprender y explicar fenómenos complejos que de otro modo no serían explicables. Señalaré algunos entre los más relevantes: la diferencia de estructura entre los derechos fundamentales, inmediatamente dispuestos por normas téticas, y los derechos patrimoniales, pre-dispuestos, en cambio, por normas hipotéticas como efectos de los actos preceptivos hipotetizados por ellas; la análoga diferencia entre los que llamaré 'bienes fundamentales', como, por ejemplo, los bienes comunes, cualificados como bienes demaniales por normas tético-constitutivas, y los 'bienes patrimoniales', pre-dispuestos, en cambio, por normas hipotético-deónticas como objeto de los derechos patrimoniales producidos por los actos hipotetizados por ellas; la ambivalencia de las normas de competencia, que son al mismo tiempo tético-constitutivas de las competencias y de las conexas funciones por ellas inmediatamente dispuestas a cargo de personas jurídicas o de sus órganos, hipotético-constitutivas de las mismas competencias y funcio-

nes predispuestas por ellas a cargo de los funcionarios encargados de su ejercicio por efecto de los actos de nombramiento hipotetizados por ellas y normas hipotético-deónticas que pre-disponen la competencia como requisito de forma de los actos con los que los funcionarios ejercen las funciones, precisamente, de su competencia; la complejidad de las normas penales, que se componen siempre de las normas tético-deónticas que disponen prohibiciones y de las normas hipotético-deónticas que pre-disponen la obligación de imponer la pena en la hipótesis de su violación; la diferencia entre las normas formales y las normas sustanciales sobre la producción, consistentes unas en normas hipotético-deónticas que pre-disponen las formas de los actos preceptivos cuya producción regulan, y las otras en normas tético-deónticas que imponen a estos los límites y los vínculos de contenido expresados, por ejemplo, por principios y derechos fundamentales; la ambivalencia de todas las normas tético-deónticas, como, por ejemplo, las normas constitucionales adscriptivas de derechos fundamentales, que, en el momento de su aplicación jurisdiccional a los actos ilícitos o inválidos que son sus violaciones, se ponen siempre de relieve como normas hipotéticas.

Hay, en fin, otra fundamental razón que convierte en central la categoría de las normas téticas, tan insistentemente negadas por Kelsen y por los kelsenianos con su tesis de que todas las normas jurídicas son hipotéticas. Esta categoría es esencial para comprender las relaciones entre derecho y lógica y para la identificación de las que, a su tiempo, llamaré *antinomias* y *lagunas* estructurales. En efecto, son normas téticas aquellas respecto de las cuales, como se verá mejor más adelante, encuentran aplicación los dos *principia iuris tantum* que, sobre todo en la democracia constitucional, imponen límites y vínculos al ejercicio de los poderes públicos. En primer lugar, la *coherencia*, en virtud de la cual son jurídicamente inválidas las normas lógicamente incompatibles con las normas téticas de grado superior a ellas, como las leyes ordinarias con respecto a la constitución, o las sentencias, los actos administrativos o negociales con respecto a las leyes ordinarias; en segundo lugar, la plenitud, en virtud de la cual, por ejemplo, son jurídicamente debidas las normas de actuación lógicamente implicadas por las normas téticas constitucionales adscriptivas de derechos fundamentales, es decir, la introducción legislativa de las prohibiciones o de las obligaciones correspondientes a estos.

1.6. *Situaciones, estatus y normas como significados prescriptivos. Derecho vigente y derecho viviente.* Llegados a este punto, preguntémonos en qué consisten, en el plano empírico, las situaciones, los estatus, las normas y, en general, las prescripciones. Cuál es el referente de palabras

como 'norma', 'situación', 'estatus, 'derecho subjetivo', 'facultad', 'prohibición', 'obligación', 'expectativa positiva' y 'expectativa negativa'. La respuesta a estas preguntas —necesaria para entender la base empírica de la teoría del derecho— remite a la naturaleza lingüística de los sistemas deónticos. En efecto, pues modalidades y expectativas, situaciones, estatus y normas no son sino *significados prescriptivos*, en cuanto tales expresados por *signos*, a su vez producidos por actos lingüísticos de tipo preceptivo. Por ejemplo, la prohibición de tránsito colocada al comienzo de una calle, es el significado de la señal expresada por el cartel vial que lo prescribe. Las obligaciones y los correspondientes derechos estipulados en un contrato no son más que el significado o el contenido prescriptivo del contrato mismo. La libertad de manifestación del pensamiento es el significado del enunciado que la establece y que, en el ordenamiento italiano, es el artículo 21 de la Constitución. La capacidad de obrar de los mayores de edad es el significado del artículo del Código Civil que la dispone. En síntesis, todas las situaciones jurídicas, los estatus y las normas son significados prescriptivos producidos por los actos de los que son efectos.

La tesis de que las situaciones, los estatus y las normas son significados y, por consiguiente, su producción da lugar a la *existencia* de significados prescriptivos es ciertamente una tesis dotada de relevantes implicaciones filosóficas[17]. Pero es una tesis necesaria si, de acuerdo con la opción positivista, se quiere afirmar la existencia o la inexistencia de

17. Sobre la añosa cuestión ontológica de la existencia o no de los significados prescriptivos, decisiva para el positivismo jurídico, véanse G. H. von Wright, *Norma e azione. Un'analisi logica* [1963], trad. it. de A. Emiliani, il Mulino, Bolonia, 1989, cap. VII, pp. 156-182 [trad. cast. de P. García Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970]; P. Navarro, M. C. Redondo, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 1994; R. Caracciolo, «Esistenza di norme e di sistemi normativi», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi normativi*, cit., pp. 223-242; Íd., «Existencia de normas», en Íd., *El derecho desde la filosofía. Ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 183 ss.; M. C. Redondo, «Algunas consideraciones ontológicas y epistémicas acerca del contenido del derecho», en S. Pozzolo (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Turín, 2002, pp. 29-80; R. Guastini, «Esistenza empirica di norme», en Íd., *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013, pp. 145 ss. La cuestión es análoga a la más general de la existencia de los significados, a su vez decisiva para el empirismo, afrontada por R. Carnap, «Empirismo, semantica e ontología» [1953], en Íd., *Significato e necessità* [1956], trad. it. de A. Berra, La Nuova Italia, Florencia, 1976, pp. 325-350, y por W. V. O. Quine, *Il problema del significato* [1961], trad. it. de E. Mistretta, Ubaldini, Roma, 1966; Íd., *La relatività ontologica e altri saggi* [1969], trad. it. de M. Leonelli, Armando, Roma, 1986. Pero no difiere de la de otras existencias de tipo no natural, sino cultural o social, como las creencias, los hábitos, las costumbres, las convicciones, las fes religiosas, las ideologías y similares.

normas o de situaciones jurídicas, y no solo de los signos y de los textos que las expresan. Se puede discutir sobre el significado del cartel vial «prohibido el tránsito de camiones»; pero es cierto que con base en él se puede afirmar que, cualquiera que sea el significado asociado a «camiones», para los conductores de camiones *existe* la prohibición de transitar por la calle señalizada con aquel. Naturalmente, se trata de una existencia jurídica y no de una existencia fáctica, así como la eficacia de los actos, es decir, su relevancia como causas de efectos a su vez jurídicos, es una causalidad jurídica y no una causalidad natural. Pero no podemos impedirnos, sin hacer imposible cualquier discurso sobre el derecho positivo, afirmar, como hace cualquier jurista u operador jurídico hablando de derecho, que, por ejemplo, Ticio o Cayo tienen tal derecho, tal obligación o están sujetos a tal prohibición; o que en el ordenamiento italiano existe tal norma, es decir, el significado prescriptivo, por más que opinable y controvertido, del signo o de los signos que lo expresan.

Hay, además, otra razón que hace necesaria la asunción de 'significado prescriptivo' como término teórico distinto de 'signo', de modo que, dado un signo, existe al menos un significado asociable a él. Esta asunción viene impuesta por la necesidad de no confundir, sino de distinguir entre signos y significados, entre los actos prescriptivos y las prescripciones, entre los actos normativos y las normas expresadas por ellos. Se trata de una necesidad impuesta por la que llamaré «regla de designación», decisiva en la construcción del lenguaje teórico. Según esta regla, para evitar ambigüedades sintácticas, un mismo término no puede referirse simultáneamente a diversos campos de denotación[18] como son, precisamente, los signos y los significados, las causas y los efectos,

18. La necesidad de que a cada término teórico corresponda, en todas sus circunstancias, «la misma extensión», es decir, la misma «clase de individuos» y el mismo «dominio de objetos» es ilustrada y explicada por R. Carnap, *Introduzione alla logica simbolica* [1954], trad. it. de M. Trinchero, La Nuova Italia, Florencia, 1978, § 11, pp. 72-75 y § 25, pp. 148-156. Es la «regla de designación» que he introducido en *PiI*, pp. 53 y 98-99, y que excluye las ambigüedades sintácticas provenientes del uso de un mismo término como predicado de entidades dotadas de referentes empíricos distintos. Ambigüedades sintácticas de este tipo son, en cambio, frecuentísimas en los discursos jurídicos e inevitables fuentes de equívocos conceptuales: piénsese, además de en el uso de 'norma' unas veces como acto normativo o fuente, otras como significado prescriptivo o regla, en el uso ambivalente, del que hablaré en el § 1.9, de 'persona jurídica' y de 'ordenamiento' con referencia a la misma entidad; o en el uso de 'sanción' unas veces como acto sancionatorio, otras como prescripción de una pena, en ocasiones como la pena misma prevista para un acto ilícito; o bien de 'propiedad' unas veces como situación jurídica, otras como cosa o bien. Añadiré que los campos designados por la teoría del derecho no son más de cuatro o cinco: los actos, los significados prescriptivos, sean situaciones, estatus o normas, los sujetos y las cosas.

los actos y las situaciones o los estatus producidos por ellos. En cuanto dotados de referentes empíricos diferentes, la distinción entre signos (o formas) y significados (o contenidos), los primeros expresados por los actos lingüísticos y los segundos asociados a ellos por los intérpretes[19], permitirá fundar dos tesis teóricas de gran importancia tanto para la teoría del derecho como para la teoría de la democracia, no por casualidad ignoradas por cuantos confunden las dos cosas.

La primera tesis es la distinción —en la que, como se verá a su tiempo, se funda la separación de poderes en virtud de su diversa fuente de legitimación— entre lo que podemos llamar 'derecho vigente' y lo que podemos llamar 'derecho viviente'. El *derecho vigente*, de acuerdo

19. Esta distinción entre 'acto normativo' (o 'fuente') y 'norma' (o 'significado normativo') es demasiado a menudo ignorada, en violación de la regla de designación que acaba de ilustrarse; con el resultado, por ejemplo, en la obra de Kelsen —que la introdujo solo en un escrito de 1958 («El concepto de orden jurídico», en H. Kelsen, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho* [trad. cast. de M. I. Azaretto, Fontamara, México, 1995, pp. 93-94]) y después en *Teoría pura* de 1960, cit., § 4, *b*, p. 13— de identificar la validez de las normas con la sola validez de los actos, a su vez banalmente identificada con su existencia dentro de una concepción enteramente dinámica del derecho. La distinción —primero entre «acto normativo» y «contenido del acto» y luego entre ««disposición» y «norma»— fue formulada por V. Crisafulli, «Atto normativo», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. IV, 1959, pp. 238-261; Íd., «Disposizione (e norma)», *ibid.*, vol. XIII, 1964, pp. 195-209; Íd., «Fonti del diritto (diritto costituzionale)», *ibid.*, vol. XVII, 1968, pp. 924-966. Análoga a la distinción entre significado y signo es también la relativa a 'norma' y 'formulación normativa', la primera como significado de la segunda y la segunda como signo de la primera, debida a G. H. von Wright, *Norma e azione*, cit., cap. VI, § 1, pp. 141-142, y entre «directivas» como «contenidos de significado» y «formas lingüísticas mediante las que aquellas se expresan» formulada por A. Ross, *Direttive e norme*, cit., § 9, p. 89. Giovanni Tarello, a su vez, adoptó una tripartición, distinguiendo entre enunciación (o acto lingüístico), enunciado (signo, o disposición) y significado (norma, o prescripción, fruto de interpretación), en «Introduzione al linguaggio precettivo» (1968), en Íd., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bolonia, 1974, pp. 135-269; Íd., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, § 14-15, pp. 105-108 [trad. cast. de Diego Dei Vecchi, *La interpretación de la ley*, Palestra, Lima, 2013]; tripartición retomada por R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Turín, 1985, cap. I, e Íd., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, cap. II, pp. 15-20, y, por último, por G. Pino, *Teoria analitica del diritto* I. *La norma giuridica*, Edizioni ETS, Pisa, 2016, cap. I, pp. 19-42. Una articulación en parte diversa de los fenómenos lingüísticos fue formulada por Ch. Morris, *Lineamenti di una teoria dei segni*, cit., p. 10, según el cual «el *intérprete* puede ser añadido como cuarto factor»: en efecto, «un objeto físico», por ejemplo, una nube o esto que estoy escribiendo, «*se convierten* en signos en cuanto los interpretamos» (*ibid.*, p. 6). Para los fines explicativos de esta teoría, al ser el acto lingüístico un acto de enunciación de signos, o sea, de enunciados o textos, he considerado suficiente —como escribí en *PiI*, cap. IV, pp. 238-239, nota 3— la distinción entre signo y significado, entendiéndose por 'signo' tanto el acto lingüístico como el enunciado expresado: dicho brevemente, la enunciación de un enunciado.

con la concepción positivista de la objetividad del derecho, consiste en el conjunto (cerrado, finito y determinado) de los signos, es decir, de los enunciados producidos por los actos preceptivos habilitados para la producción jurídica. En cambio, el *derecho viviente* consiste en el conjunto (abierto, infinito e indeterminado) de los significados atribuidos a tales signos por quien tiene encomendada su aplicación y, antes aún, su interpretación[20].

La segunda tesis es la distinción entre la validez, referida a los signos, esto es, a los actos que los producen, y la validez referida a los significados, o sea, a las situaciones y a las normas producidas y, por eso, la teorización, en el próximo capítulo, no solo de la *validez* y de la *invalidez formal*, referidas a la forma de aquellos actos lingüísticos preceptivos que entonces llamaré 'formales', sino también de la *validez* y de la *invalidez sustancial*, referidas, en cambio, a sus significados o contenidos. A esta tesis se conecta la distinción, central en esta teoría, como veremos, entre forma y sustancia tanto del derecho como de la democracia, y por ello la teorización de su doble dimensión, la *formal* y la *sustancial*, la primera sujeta a los límites y vínculos impuestos por la segunda como condiciones de validez jurídica y, al mismo tiempo, de legitimidad democrática.

1.7. *Las personas y las capacidades. Personas físicas o naturales y personas jurídicas o artificiales. La representación jurídica.* Todo acto y toda situación son adscritos a un *sujeto jurídico*, que es *autor* del primero y *titular* de la segunda, o bien que, en todo caso, es *imputado* del uno y/o de la otra. Son '*personas*' los sujetos dotados de ese específico estatus jurídico que es el '*status personae*', o sea, la '*personalidad*', que puede definirse como la suma lógica o la disyunción de otros dos estatus personales: la '*capacidad jurídica*', consistente en la idoneidad de un sujeto para ser titular de situaciones jurídicas, y la '*capacidad de obrar*' consistente en la idoneidad de un sujeto para ser autor de actos jurídicos. En síntesis, son personas todos y solo los sujetos jurídicos que están dotados de capacidad jurídica y/o capacidad de obrar.

20. Sobre la distinción entre derecho vigente y derecho viviente, remito a «Intorno a Principia iuris. Questioni epistemologiche e questioni teoriche», en P. Di Lucia (ed.), *Assiomatica del normativo*, cit., § 14.1.3.2, pp. 243-248, en respuesta a las intervenciones de A. Rentería Díaz, «Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli», *ibid.*, pp. 205-209, y de A. Gentili, «Scienza giuridica, negozio e popolo nei *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli», *ibid.*, pp. 96-105. He reformulado la distinción en «Diritto vivente e diritto vigente», en S. Anastasia y P. Gonnella (eds.), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, Roma Tre-Press, Roma, 2019, pp. 37-42.

No todas las personas son seres humanos. Junto a las personas humanas, que llamamos 'físicas' o 'naturales', existen las 'personas jurídicas' o 'artificiales', es decir, entidades dotadas de personalidad jurídica por el derecho e instituidas por él como centros de imputación de actos o de situaciones: así, las sociedades mercantiles, las fundaciones y, por otra parte, todos los entes públicos, comenzando por los estados. Por otra parte, no todos los sujetos jurídicos son personas. No lo son todos aquellos sujetos que, aun siendo imputables de actos o situaciones, no están dotados de personalidad jurídica: piénsese, por ejemplo, en los *nascituri*, las asociaciones no reconocidas, las sociedades simples, pero también en los sujetos colectivos como los pueblos, a los que el derecho internacional confiere el «derecho de autodeterminación» y de «disponer libremente de sus propias riquezas y recursos naturales»[21], e incluso en la humanidad, identificada por algunos tratados como el centro de imputación del llamado «patrimonio común de la humanidad»[22]. Los mismos seres humanos son hoy personas en virtud de normas de derecho interno y de derecho internacional[23]. Pero en el pasado existieron ordenamientos en los que algunos seres humanos, los esclavos, eran privados de personalidad.

21. En el artículo 1 de ambos pactos internacionales de 16 de diciembre de 1966 de «Derechos Económicos, Sociales y Culturales» y «de Derechos Civiles y Políticos».

22. En el artículo 136 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y en el art. 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre de 27 de enero de 1967. Sobre la noción de «patrimonio de la humanidad», cf. A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, il Mulino, Bolonia, 1984, pp. 440 ss.; B. Conforti, *Diritto internazionale* [1987], Editoriale Scientifica, Nápoles, ⁶2003, § 33.2 y 37.2, pp. 279-281 y 295-297; J. M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002, parte III; S. Senese, «Un nuovo soggetto di diritti: l'umanità», en E. Balducci (ed.), *Le tribù della terra: orizzonte 2000*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole, 1991, pp. 100 ss., a quien se debe la concepción de la «humanidad» como sujeto jurídico imputable, junto con los singulares seres humanos de carne y hueso, del «patrimonio común» estipulado en los tratados antes recordados. A un género de bienes diferentes se refiere la noción de «patrimonio de la humanidad» introducida el 16 de noviembre de 1972 por la Convención adoptada por la Conferencia General de la Unesco y consistente en una lista de lugares considerados de excepcional importancia desde el punto de vista cultural o natural: en total, según la última actualización de 10 de julio de 2019, se trata de 1121 sitios, localizados en 167 estados, de los cuales 869 bienes culturales, 213 bienes naturales y 39 mixtos.

23. El artículo 1 del Código Civil italiano afirma: «la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento»; y el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».

Así pues, las personas se distinguen en dos grandes clases: las '*personas naturales*' y las '*personas artificiales*'[24]. Son *personas naturales* las personas llamadas 'físicas', que llamo también 'naturales' porque su existencia no es el efecto de un acto jurídico, sino que es una existencia precisamente natural, esto es, extra- o pre-jurídica. En cambio, son *personas artificiales* las llamadas personas 'jurídicas', que también llamo 'artificiales' porque no solo su estatus de personas, es decir, su personalidad, sino su misma existencia es a su vez una existencia artificial, creada por un acto jurídico como su efecto. Por lo demás, artificiales, porque asimismo constituidos por actos específicos, son también los '*órganos*' en los que se articula cualquier persona jurídica, o sea, los específicos oficios o estructuras organizativas que se encuentran con ella en una *relación orgánica* en virtud de la cual todo lo que les es imputado a estos lo es también a la persona jurídica a la que pertenecen.

Es evidente que la producción de actos solo puede ser operada por personas físicas o naturales, es decir, por seres humanos, que son los únicos que pueden actuar y están, por tanto, dotados de capacidad de obrar. En efecto, los actos jurídicos son comportamientos empíricos, de los que solo pueden ser materialmente autores sujetos naturalmente existentes, y no ciertamente las personas jurídicas, que son ficciones, inexistentes en la realidad empírica no capaces de actuar personalmente y, por eso, carentes de capacidad de obrar. De donde se sigue que la personalidad de las personas jurídicas, puesto que, según la definición aquí convenida, la personalidad consiste en la capacidad de obrar o en la capacidad jurídica, no puede ser más que su capacidad jurídica. Las personas jurídicas o artificiales, al no estar en condiciones de ser personalmente autoras de actos, sino solo de ser titulares de situaciones, carecen, en definitiva, de capacidad de obrar y solo están dotadas de capacidad jurídica.

Con esto he puesto radicalmente en cuestión dos tesis sostenidas por la doctrina dominante, según la cual solo las personas físicas o naturales estarían dotadas de capacidad jurídica[25], lo contrario de las per-

24. Estas expresiones —*natural person* y *artificial person*— bastante más apropiadas que las ya consolidadas de «persona física» y «persona jurídica», figuran en T. Hobbes, *Leviatán*, trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, cap. XVI, § 2, p. 134.

25. Es la vieja tesis de Savigny: «Todo hombre singular, y solo el hombre singular, es capaz de derecho» (F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* [1840-1849], trad. it. de V. Scialoja, Utet, Turín, 1886-1898, II, § 60, p. 2 [trad. cast., *Sistema de derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005]), que ha pesado sobre toda la doctrina posterior. Recuérdense la definición de capacidad jurídica de F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* [1944], Jovene, Nápoles, ^{7}1962, § 1, p. 24 [trad. cast. *Doctrinas generales*

sonas jurídicas o artificiales, que, en cambio, solo estarían dotadas de capacidad de obrar, si bien por el cauce de sus órganos, identificados a su vez con sus funcionarios[26]. En efecto, la metáfora antropomórfica se toma tan en serio por la doctrina corriente que se la acoge como una imagen de la realidad. Puesto que la figura de la persona jurídica o artificial ha sido inventada para hacer de ella un centro de imputación de actos jurídicos, entonces se la asume como capaz de obrar y se explica esta su singular capacidad con la extravagante teoría de la relación orgánica que ella mantendría, de forma monstruosa, con las personas físicas de sus funcionarios. En síntesis, estos serían los órganos en sentido literal y material, a través de los cuales actúan las personas jurídicas artificiales[27].

del derecho civil, Olejnick, Buenos Aires, 2019], que la conecta con el estado de la persona física, y la de F. Galgano como «la aptitud del hombre para ser titular de derechos y deberes» (*Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padua, 1990, vol. I, § 28, p. 126). Pero casi toda la doctrina ofrece nociones análogas: por ejemplo, D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano* [1947], Utet, Turín, ^{6}1965, vol. I, § 68-69 y 74, pp. 145-146 y 150 [trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Sistema del derecho privado italiano*, EJEA, Buenos Aires, 1967]; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, ^{3}1951, § 49, pp. 119-121 [trad. cast. *Teoría general del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955]; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale* [1939], Giuffrè, Milán, ^{9}1957, vol. I, § 15, n.^{os} 7-12, pp. 217-222 [trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Tratado de derecho civil y comercial*, EJEA, Buenos Aires, 1954]. Francesco Ferrara sénior constituye una excepción: «las personas jurídicas por principio gozan de una capacidad jurídica general» (*Le persone giuridiche* [1915], Utet, Turín, ^{2}1958, § 83, p. 302 [trad. cast. *Teoría de las personas jurídicas*, Comares, Granada, 2006]).

26. Sostienen la tesis de la capacidad de obrar de las personas jurídicas gran parte de los autores citados en la nota precedente: por ejemplo, F. Messineo, *Dottrina generale del contratto (Artt.1321-1469 cod. civ.)*, Giuffrè, Milán, ^{3}1948, p. 146 [trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Doctrina general del contrato*, EJEA, Buenos Aires, 1952], y F. Santoro Passarelli, *Dottrine*, cit., § 58, p. 268, e incluso F. Ferrara sénior, *Le persone giuridiche*, cit., § 92, pp. 316-318, que, como se ha visto, también les reconoce la capacidad jurídica. La tesis, bastante aislada, de la incapacidad de obrar de las personas jurídicas fue sostenida por N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Società Editrice Libraria, Milán, ^{4}1929, pp. 219-222 [trad. cast. de F. J. Tena, *Doctrina general del derecho civil*, UTEHA, México, 1949], y retomada por A. Falzea, «Capacità (teoria generale)», en *Enciclopedia dei diritto*, cit., vol. VI, 1960, pp. 31-34: «las personas jurídicas no tienen capacidad de obrar, pero sí capacidad de imputación por actos y situaciones jurídicas» (p. 34).

27. La formulación más clásica de esta construcción en la doctrina italiana, se debe a Santi Romano, *Organi* [1944], en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán 1947, pp. 145-171 [trad. cast. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, EJEA, Buenos Aires, 1964], que declaró abiertamente su trasfondo ideológico. Partiendo de que no es «conveniente representar al estado, el ente soberano, el sujeto superior a cualquier otro, como una persona incapaz, un menor o un en-

A mi juicio, todo esto carece de sentido. El fenómeno de la imputación a las personas jurídicas y a sus órganos de los actos realizados por sujetos naturales en actuación de las situaciones de las que ellas son titulares se explica, de forma bastante más simple y banal, con el hecho de que 'autores' y 'titulares' no son los únicos posibles sujetos de actos o situaciones jurídicas. Un acto puede ser imputado a otro sujeto, además de a su autor. Y lo mismo puede decirse de las situaciones, igualmente imputables también a sujetos distintos de sus titulares. Es lo que sucede en el fenómeno de la *representación jurídica*: tanto en el de la *representación voluntaria*, generada mediante un poder, como en el de la *representación legal* o *necesaria* de los sujetos incapaces de obrar, que es lo que son, precisamente, las personas artificiales y sus órganos y no solo las personas menores de edad o de cualquier modo incapaces de entender y de querer.

Defino, en efecto, la *representación jurídica* como la relación deóntica en virtud de la cual un sujeto está obligado a satisfacer las expectativas y a tutelar los intereses de otro sujeto, al que son imputables los

fermo mental» (*ibid.*, p. 148), Romano observó que « el individuo que asuma la cualidad de órgano debe ser, no una persona que permanezca extraña al ente, fuera de él, sino un individuo incardinado en él, de modo que su voluntad y su acción puedan considerarse como voluntad y acción del ente: él no quiere y actúa por el ente, en vez y por cuenta del ente, sino, como se ha dicho, y hay que repetir, hace querer y obrar al ente, proveyéndolo de cualidades físicas y psíquicas que él, de otro modo, no poseería [...] Quien desconoce esta posibilidad muestra no darse cuenta de lo que el derecho puede realizar, con resultados que son verdaderamente admirables» (*ibid.*, pp. 154-155). Esta concepción organicista de la persona jurídica y de su relación con la persona física que la «hace querer y obrar» como órgano de ella, según las palabras de Romano, esta extrañamente difundida. Recuérdense, entre tantos, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, París 1920 [trad. cast. *Teoría general del estado*, FCE, México, 1948]: «Por órganos hay, pues, que entender esos hombres que, como individuos o colectivamente, están habilitados por la constitución para querer por la colectividad, y cuya voluntad, en virtud de esta habilitación constitucional, vale como voluntad general de la colectividad»; H. Kelsen, *Teoría*, cit., Segunda parte, I, B a, pp. 229-230: «La persona que cumple una función determinada por el orden jurídico tiene el carácter de órgano [...] Un órgano, en este aspecto, es un individuo que realiza una función específica [...] Los órganos del estado [...] se llaman funcionarios». De aquí resulta una imagen antropomórfica de las personas jurídicas, coherentemente representada por Domenico Barbero, según el cual los actos de la persona jurídica, por ejemplo, de una sociedad por acciones, no son «*en representación de la sociedad*», sino «actos *realizados por la sociedad*, naturalmente por medio de su 'órgano', así como la persona física se expresa por medio de sus 'órganos' (la cabeza, la mano, la boca) y estos sus órganos no se expresan (no quieren, no escriben, no hablan) *en* nombre de la persona física, sino que no son más que instrumentos *físicos*, a través de los cuales la persona misma, directamente y *en nombre propio*, quiere, escribe y habla» (D. Barbero, *Sistema*, cit., vol. I, § 121 pp. 196-198).

actos de los que es autor el primero en actuación de situaciones de las que es titular el segundo. Es así como los actos son imputados, además de a los sujetos representantes que son sus autores, también a los titulares de las situaciones de las que ellos son actuación; y, a su vez, las situaciones son imputadas, además de a los sujetos representados que son sus titulares, también a los autores de los actos que de ellas son actuación. Por eso, al contrario de lo que sostienen las opiniones corrientes, la relación entre los funcionarios y la persona artificial no es una «relación orgánica», que es solo la relación organizativa entre la persona artificial y sus órganos, sino una relación de representación jurídica, de tipo necesario o legal: precisamente, la *representación orgánica*, en virtud de la cual, como se verá más analíticamente en el § 2.7, la persona artificial y sus órganos, son representados, en el ejercicio de las funciones de las que son titulares, por las personas naturales de sus funcionarios que son sus representantes[28].

1.8. *Las relaciones jurídicas y las garantías. Garantías positivas y garantías negativas, garantías primarias y garantías secundarias. Garantismo constitucional y garantismos.* En el § 1.1 se ha dicho que un mismo comportamiento, si es actuación de una expectativa positiva lo es también de la obligación correspondiente, y si es actuación de una expectativa negativa lo es también de la correspondiente prohibición. Dicho brevemente, si un acto es actuación de una situación pasiva de titularidad de un sujeto, lo es también de la obligación o de la prohibición a cargo de otro sujeto.

Llamo 'relación jurídica' a la relación deóntica entre estos dos sujetos: dos sujetos, diremos, están entre sí en *relación jurídica* si uno es imputado de la situación pasiva consistente en la expectativa positiva o negativa de un acto y el otro de la situación activa consistente en la obligación o en la prohibición correspondiente. En este sentido, una típica relación jurídica es la relación de representación jurídica que acaba de ilustrarse; así como lo son la relación entre el titular de un crédito y el titular de la deuda correspondiente, o la existente entre el autor de

28. También sobre esta cuestión, como sobre la de la capacidad de las personas artificiales —sobre la que volveré en el § 2.7— he invertido las tesis dominantes, según las cuales la «relación orgánica» mediaría entre las personas jurídicas y las personas físicas que las hacen funcionar como sus «órganos». Incluso Falzea, que, como he recordado en la nota 26, reconoce la incapacidad de obrar de las personas jurídicas, sostiene la tesis de la relación orgánica y no representativa entre funcionarios y órganos, al ser imputados a estos los actos de los funcionarios «a través de una particular forma de imputación, diversa de la que opera en la representación» («Capacità [teoria generale]», cit., p. 32).

un ilícito, imputado de la expectativa de la condena a la sanción correspondiente, y el órgano judicial al que compete la obligación de la consiguiente condena sobre la base de la comprobación del ilícito.

En consecuencia, paralela y, por así decir, superpuesta a la red de las relaciones objetivas entre actos y situaciones ilustrada en el § 1.4, existe una red de relaciones intersubjetivas, es decir, de relaciones jurídicas, entre los sujetos jurídicos a los que se imputan los actos y las situaciones: precisamente, entre los sujetos titulares de expectativas, como son típicamente los derechos subjetivos que definiré en el próximo capítulo, y los sujetos titulares de las correspondientes garantías. En efecto, defino las *garantías* como la obligación correspondiente a una situación consistente en una expectativa positiva o la prohibición correspondiente a una situación consistente en una expectativa negativa: por ejemplo, una deuda es la garantía de un derecho de crédito, así como lo es la obligación de asegurar la salud o la educación correspondientes al derecho a la salud o a la educación; de forma análoga, la prohibición de perturbar el disfrute de un bien de propiedad es la garantía del derecho de propiedad, así como lo es la prohibición del homicidio y de la pena de muerte correlativo al derecho a la vida.

Llamo *garantías positivas* a las garantías consistentes en obligaciones y *garantías negativas* a las consistentes en prohibiciones. Hay una segunda distinción de las garantías todavía más importante, que ilustraré mejor en el § 2.9: entre 'garantías primarias' y 'garantías secundarias'. Son *garantías primarias* las consistentes en las obligaciones o en las prohibiciones inmediatamente correspondientes a los que, como veremos, son los derechos subjetivos. Son *garantías secundarias* todas las garantías jurisdiccionales o en todo caso de control, consistentes en la obligación de comprobar los actos que violan una garantía primaria, así como de anularlos o de sancionarlos.

De este modo se precisan el significado y el alcance explicativo de las dos secuencias o redes ilustradas hasta aquí —una de actos y situaciones así como de signos y significados, la otra de sujetos así como de relaciones jurídicas— correspondientes a otras tantas imágenes dinámicas del derecho positivo: la imagen *objetiva* de las vicisitudes y de la estructura en grados del sistema jurídico, que ligan entre sí a todos los actos y las situaciones, y la *intersubjetiva* de las relaciones jurídicas que ligan entre sí a todos los sujetos del ordenamiento. El conjunto de estas dos redes, sobre las que volveré en los próximos capítulos, sirve para componer el paradigma garantista del estado de derecho.

Por otra parte, también la red intersubjetiva de las garantías puede ser interpretada, al igual que la objetiva, tanto en sentido horizon-

tal como vertical. Mientras las relaciones horizontales son aquellas de las que está tejida la esfera civil de las relaciones jurídicas de mercado, las relaciones verticales son las relaciones entre los sujetos que producen normas y los sujetos llamados a actuarlas o a aplicarlas. Y mientras las relaciones horizontales de mercado son siempre redes de derechos y de garantías, al ser estas predispuestas conjuntamente con los derechos por las normas hipotéticas que los prevén como efectos de los actos negociales hipotetizados por ellas, en las relaciones verticales, como se ha visto al inicio del § 1.2, es muy posible que, a causa de la naturaleza dinámica del derecho, las garantías no lleguen a existir. Como veremos más adelante, es lo que puede suceder para las garantías de esas expectativas que son los derechos fundamentales cuya formulación, al ser operada, no por normas hipotéticas, sino por normas téticas, no conlleva, como sucede en el caso de los derechos patrimoniales, la producción simultánea de las garantías, es decir, la estipulación de los concretos deberes correspondientes a ellos a cargo de sujetos determinados, sino solo la obligación de introducirlas, esto es, de producir sus normas de actuación que, por lo demás, en un sistema dinámico, puede muy bien permanecer inactuada, sin que, como se verá más adelante, nuestros ordenamientos dispongan de garantías secundarias idóneas para reparar su indebida actuación. Es el caso de los derechos sin garantías, de los que hablaré én el § 4.3, a causa de las que, en el § 4.2, llamaré *lagunas estructurales*, responsables de una inefectividad a su vez estructural.

Se puede, por tanto, subrayar desde ahora la centralidad teórica de las *garantías*, que son la otra cara de los derechos y de las otras situaciones pasivas, y el papel del *garantismo*, que a su vez es la otra cara del constitucionalismo. En efecto, las garantías son el lado activo de las relaciones jurídicas, sin cuya activación las expectativas en las que consisten todas las situaciones pasivas, de los derechos subjetivos a la anulabilidad de los actos inválidos y a la responsabilidad por los actos ilícitos, permanecen inefectivas. Según el carácter patrimonial o fundamental de los derechos subjetivos y de sus garantías, se distinguirá entre el *garantismo patrimonial* y el *garantismo constitucional*. Dentro del garantismo constitucional se distinguirán varios tipos de garantismo democrático: el *garantismo liberal*, que designa las técnicas previstas para la defensa de los derechos de libertad frente a sus limitaciones indebidas y, en particular, el *garantismo penal*, que designa las garantías penales y procesales frente al arbitrio punitivo; el *garantismo social*, que designa el conjunto de garantías dirigidas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, la educación, a la subsistencia y la previsión social; el *garantismo político*, que designa las garantías requeridas

por los derechos políticos para asegurar la participación de sus titulares en la vida política y la representatividad de las funciones de gobierno; el *garantismo económico* o *civil*, que designa los límites impuestos a los poderes económicos del mercado para la tutela de los derechos de cuantos sufren su ejercicio; en fin, el *garantismo internacional* o *global*, que designa el conjunto de las garantías, por desgracia casi enteramente ausentes, para la tutela de la paz y de los derechos fundamentales establecidos en las diversas cartas, declaraciones y convenciones internacionales.

1.9. *Las instituciones como ordenamientos, si y solo si no figuran como sujetos jurídicos. Norma de reconocimiento y razón social.* Un conjunto de normas compone un *ordenamiento jurídico* cuando tiene en común las mismas *normas de reconocimiento*; entendiendo con esta expresión las normas que permiten reconocer los actos, las situaciones, los estatus y los sujetos pertenecientes a ese conjunto[29].

En la doctrina jurídica existe una grave aporía que afecta a la entera concepción de las que llamaré 'instituciones jurídicas', sean públicas o privadas, y cuya superación es necesaria para afrontar en los próximos capítulos gran parte de las cuestiones que les conciernen. Consiste en el hecho de que en la configuración de tales instituciones se confunden y sobreponen dos figuras heterogéneas: la de 'persona jurídica' y la de 'ordenamiento jurídico' que acaba de introducirse. De este modo —como sucede de manera paradigmática para el concepto de estado, pero en general para todas las instituciones— resultan nociones polisémicas e imágenes incompatibles, aunque interconectadas. Así se habla indistintamente, como si se tratase de sinónimos, de estado y de ordenamiento estatal, de municipio y de ordenamiento municipal, de región y de ordenamiento regional y hasta de órganos constitucionales —por ejemplo, el parlamento y el gobierno— y de sus ordenamientos. Y lo mismo puede decirse de las instituciones privadas, como una sociedad por acciones o una fundación científica, de las que se habla para desig-

29. La noción de «norma de reconocimiento» como norma que establece los criterios de validez de las normas de un ordenamiento dado fue introducida por H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., cap. VI, § 1, pp. 125-137. La redefinición que aquí se propone, paralela a la de 'razón social' que introduciré en este parágrafo, extiende su significado, como suprema norma formal sobre la producción, también a todos los sub-ordenamientos conexos a cualquier persona jurídica. No solo. En *PiI*, § 8.10, pp. 430-434, he propuesto, con la alternativa que se expresa en la definición D8.13, una noción de norma de reconocimiento válida no solo para los sistemas normativos dinámicos, sino también para los estáticos.

nar tanto su ordenamiento interno como su subjetividad externa. «Estado», «municipio», «región», «parlamento», «gobierno», «sociedad por acciones» son, en suma, usados y entendidos —en contraste con la regla de designación formulada en el § 1.6— tanto en el sentido de «ordenamientos» normativos, como en el sentido de «sujetos» o «personas jurídicas». ¿Cómo es posible que un sistema de normas sea también un sujeto o una persona jurídica? Es bien cierto que la personalidad de las instituciones es un fenómeno artificial, es decir, una ficción. Pero ¿hasta qué punto se puede impulsar la ficción sin caer en una representación imaginaria, metafísica y desviada?

Llegamos así al problema, ampliamente debatido en la teoría del derecho y en la dogmática, tanto privatista como publicista, de la naturaleza jurídica de esas entidades artificiales que son las instituciones, tanto públicas como privadas: todas concebibles como *ordenamientos normativos* y, al mismo tiempo, como *entes*, *sujetos*, o *personas jurídicas*. El dilema, para quien no acepte esta construcción anfibia, podría resolverse renunciando a una de sus dos connotaciones[30]. Pero sería un modo de eludir y no de resolver el problema. En efecto, pues ambas nociones son indispensables, dado que corresponden a las dos redes, una objetiva y la otra intersubjetiva, analizadas en los § 1.4 y 1.8. La que mira a una institución pública (estatal, regional, municipal, internacional o parlamentaria) o también a una institución privada (como, por ejemplo, una sociedad comercial) como a un ordenamiento, es esencial para dar cuenta de su objetiva estructura normativa y de la unidad de las normas que la componen, así como de las relaciones de coherencia o de antinomia que, como veremos, permiten predicar la existencia, la validez o la invalidez, formal y sustancial, de sus fuentes. En cambio, la que mira a las mismas instituciones como a sujetos o personas jurídicas es esencial para dar cuenta de las relaciones jurídicas intersubjetivas mantenidas en su interior entre sus diversos órganos y, en el exterior, con otros sujetos jurídicos, sean estos de derecho público titulares de funciones públicas o de derecho privado titulares de derechos patrimoniales y de obligaciones civiles.

30. Así G. Tarello, «Ordinamento giuridico» [1976], en Íd., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bolonia, 1988, pp. 173-204 [trad. cast. de J. L. Monereo, *Cultura jurídica y política del derecho*, Comares, Granada, 2003], que propone sin más abandonar el uso de la palabra «ordenamiento». Al contrario, negó la consistencia teórica del concepto mismo de persona jurídica R. Ihering (1852-1858), *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* [trad. cast. de E. Príncipe y Satorres, Imprenta de D. Carlos Bailly-Baillére, Madrid, 1891-1892, t. III, § 46; IV, § 65, 68, 70, 71], que consideró a las personas jurídicas como expedientes técnicos para hablar de entidades detrás de las cuales están los individuos de carne y hueso.

Estas dos imágenes de las instituciones —la objetiva o normativa y la subjetiva o antropomórfica— son claramente incompatibles y, no obstante, conexas, como las caras de la misma moneda. Es absurdo, a más de sintácticamente inadmisible, afirmar que un conjunto de normas y de fuentes, de significados y de signos, o sea, una lengua y un lenguaje, son sujetos jurídicos; o que, a la inversa, un sujeto jurídico es un conjunto de normas y de fuentes normativas. Por otra parte, es indudable que determinadas entidades, como precisamente el estado, los demás entes públicos y las sociedades mercantiles, además de equivaler a los respectivos ordenamientos, requieren la personalidad jurídica, esto es, un estatus subjetivo que permita configurarlos como sujetos de actos o de situaciones, sean públicas o privadas. Lo mismo puede decirse de todos los sujetos jurídicos artificiales aun carentes de personalidad jurídica, como los órganos constitucionales, las sociedades simples y las asociaciones no reconocidas. Volvemos, por tanto, a nuestro dilema. Las instituciones ¿son sujetos u ordenamientos? ¿Cómo puede superarse esa metafísica organicista y antropomórfica que se expresa en la absurda personificación de los ordenamientos y que ha ido sedimentándose en el imaginario de los juristas, a partir de la, bien que necesaria, configuración como «entes, «sujetos» o «personas jurídicas» de las instituciones correspondientes a ellos?

Para resolver este problema, es preciso desenredar la maraña teórica expresada por estas dos imágenes, una objetiva y la otra subjetiva, con las que simultáneamente se representan no solo el estado, sino, en general, todas las instituciones, tanto públicas como privadas. Al fin, a mi juicio, no hay más que un camino: explicitar, en la definición misma del concepto de '*institución*' su ambivalencia semántica, es decir, el nexo y a la vez la oposición entre 'persona' y 'ordenamiento', como modo de designar a ambas entidades y, al mismo tiempo, el carácter alternativo de sus posibles circunstancias. Pues bien, esta operación ha resultado posible en *Principia iuris*, por la formalización, en el *definiens*, de la relación de alternatividad entre 'ordenamiento' y 'persona'[31]. En efecto, cuando hablamos de una institución —como el estado, las regiones, los municipios, las sociedades mercantiles y en general cualquier ente, sea

31. Cf. *PiI*, § 8.10-8.13, pp. 430-446, donde la alternativa explícitamente estipulada en la definición D8.15 de 'institución' entre las circunstancias de una misma entidad, ya sea como 'persona', o bien como 'ordenamiento', y las consiguientes tesis T8.112-T8.113 según las cuales una institución, cuando no sea considerada como ordenamiento, es un sujeto jurídico, y viceversa, han hecho posible el respeto de la regla de designación formulada *supra* en la nota 18.

público o privado—, podemos referirnos a ella como a un *ordenamiento*, o sea, un conjunto articulado de fuentes y de normas y, por tanto, de signos y de significados, cuando la referencia no sea a la misma entidad considerada como *sujeto* o *persona jurídica*.

Defino, pues, '*institución*' como una entidad artificial que figura como ordenamiento *si y solo si no* figura como persona jurídica, y viceversa. En efecto, el análisis de tal concepto revela que cuando hablamos de una institución como de un ordenamiento y cuando hablamos de ella como un sujeto, nos referimos a la misma entidad considerada, sin embargo, bajo dos aspectos no solo diversos, sino alternativos entre sí: cuando hablamos de ella como de un ordenamiento, *no* hablamos ni podemos hablar de ella como de un sujeto, y cuando hablamos de ella como de un sujeto, *no* hablamos ni podemos hablar de ella como de un ordenamiento. Ya he llamado *normas de reconocimiento* de la institución considerada como ordenamiento a las normas que permiten reconocer los actos y las prescripciones pertenecientes a él y que, en el § 2.2, llamaré *normas formales* sobre la producción. Llamo ahora *razón social* de la institución considerada como *persona jurídica* —extendiendo a todas las instituciones este término, usado por el Código Civil italiano para las sociedades mercantiles (arts. 2292, 2314, 2567), y calcando además la noción de *artificial reason* usada por Hobbes en la primera página del *Leviatán*[32]— al conjunto de las que, en el § 2.2, llamaré *normas sustanciales* sobre la producción y que establecen la razón de ser o el fin para el que la persona ha sido instituida.

El Estado italiano, por ejemplo, tiene como norma de reconocimiento las normas sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos establecidas en la segunda parte de su Constitución, y como razón social la garantía de los derechos fundamentales y de los demás principios de justicia sancionados en la primera parte. A su vez, una sociedad por acciones puede ser considerada como un ordenamiento determinado por las normas de reconocimiento dictadas por su estatuto y por el conjunto de las demás normas subordinadas a estas que disciplinan su actividad y su organización interna; pero puede también ser considerada como persona jurídica, imputable de actos y de situaciones frente a otros sujetos e identificable sobre la base del fin o de la razón social también formulada en su estatuto y consistente en la finalidad, los intereses y las expectativas para cuya satisfacción ha sido instituida. Por ejemplo, la finalidad de lucro es al mismo tiempo la identidad

32. *Leviatán*, cit., Introducción, p. 14: «la *equidad* y las *leyes* son una *razón* y una *voluntad* artificiales».

de una sociedad mercantil y el fin o la razón social establecida en su estatuto como justificación de su institución, del mismo modo que la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos es la razón social del estado constitucional de derecho.

En suma, ordenamientos y personas jurídicas corresponden a representaciones no ya contrapuestas, sino alternativas de las instituciones, generadas por su estructural ambivalencia, que no puede ser ignorada si no es al precio de caer en falacias antropomórficas o normativistas. Si, en cuanto *ordenamiento*, una institución es el conjunto de las normas identificado por su *norma de reconocimiento*, en cuanto *sujeto jurídico* es la persona artificial cuyo estatus es identificado por su *razón social*. De esto se sigue que una institución, aun teniendo, tanto una norma de reconocimiento que une el conjunto de las normas pertenecientes a su ordenamiento, como una razón social que identifica su estatus de sujeto o de persona jurídica, nunca resulta tomada en consideración como ordenamiento y al mismo tiempo como sujeto, sino solo como una u otra de las dos cosas: como sujeto, cuando no sea considerada como ordenamiento, y como ordenamiento cuando no sea considerada como sujeto. Si alguien contrata el alquiler de un apartamento propiedad del Ayuntamiento de Roma, su relación jurídica no es con el ordenamiento municipal, sino con el Ayuntamiento de Roma considerado como persona jurídica. Cuando el Estado expropia un terreno por razón de utilidad pública, los que deciden y llevan a cabo la expropiación son uno o más órganos del Estado como persona y no, ciertamente, el ordenamiento estatal; del mismo modo que es el Tribunal de Roma como órgano judicial y no el ordenamiento italiano en su conjunto el que, por una causa determinada, acoge o rechaza una demanda, o bien absuelve o condena por un cierto delito. Por el contrario, cuando digo de una cierta norma que pertenece al ordenamiento italiano, que tal decisión es en él invalida o, peor, inexistente, o que tal comportamiento es en él calificable de ilícito, no tiene sentido, si no se quiere caer en un embrollo metafísico, referir tales tesis a la persona jurídica denominada «Estado italiano»: se dirá, simplemente, que el tal acto existe o no existe, es inválido o ilícito en el ordenamiento italiano. La misma ambivalencia afecta a todas las demás instituciones, sean públicas o privadas. Pensemos en una empresa mercantil. También esta puede ser tomada en consideración como persona, ya se trate de la persona física de un individuo empresario, o bien de una persona jurídica, por ejemplo, de una sociedad anónima. Pero puede, asimismo, cuando alcance una cierta dimensión de complejidad, ser tomada en consideración como ordenamiento, esto es, como un sistema de normas producido por quienes la han constitui-

do. Las normas que dentro de una empresa regulan los horarios de trabajo, las competencias de los distintos departamentos y empleados, o sus relaciones jerárquicas son normas de la empresa como ordenamiento, y no ciertamente como persona; mientras los derechos y deberes de los que la empresa es titular en sus relaciones jurídicas con otros sujetos son imputados a esta en cuanto sujeto o persona artificial, y no, por cierto, como ordenamiento. En definitiva, nunca se dirá que una determinada persona artificial *es* un ordenamiento, sino solo que *tiene* un ordenamiento[33].

Aun refiriéndose al mismo argumento, 'ordenamiento' y 'persona jurídica' son, dicho brevemente, figuras entre sí alternativas, que nuestra regla de designación no permite confundir. El primero es un sistema de normas ordenado según la red objetiva o normativa de las relaciones de grado entre actos, situaciones y normas, en la que reside la *estructura normativa* de los sistemas jurídicos. La segunda es una entidad que se toma en consideración como sujeto y que está inserta en la red intersubjetiva de relaciones jurídicas entre sujetos y entre poderes en la que reside la *estructura organizativa* de los mismos sistemas. Además, comenzando por el estado, solo de este modo puede concebirse conceptualmente la sujeción de las personas jurídicas a su propio derecho, o sea, a su ordenamiento, y por eso la misma configuración del 'estado de derecho' y de la 'democracia constitucional' como sujeción a su ordenamiento de todos sus órganos, incluidos los supremos órganos normativos.

En el próximo capítulo analizaré esta ambivalencia de todas las instituciones, cuando defina el 'estatuto' de una institución como el conjunto de las normas de competencia que operan como *normas de reconocimiento* de su ordenamiento, así como de las normas que establecen las expectativas y los intereses en cuya garantía reside la *razón social* por la que ha sido instituida. Como entonces haré ver, estos dos elementos corresponden a las dos dimensiones —una formal y la otra sustancial— de toda institución, reguladas, respectivamente, por las que llamaré 'nor-

33. Invierto de este modo la conocida tesis kelseniana según la cual todas las personas —no solo las jurídicas, sino también las físicas— son «la personificación de un conjunto de normas» (H. Kelsen, *Teoría general*, cit., Primera parte, cap. IX, C, f, p. 117), de modo que, en abierta violación de nuestra regla de designación, *son* y no *tienen* derechos y deberes: «La persona física o jurídica que 'tiene', como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, *es* esas obligaciones y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad» (Íd., *Teoría pura*, cit., § 33, *b*, p. 183).

mas formales' y 'normas sustanciales' sobre la producción de los actos y de las normas a ella pertenecientes. Y, como se verá en la segunda parte, corresponden, una a la representación política y a la autonomía negocial como fuentes de legitimación formal, y la otra a la garantía de los derechos fundamentales como fuentes de legitimación sustancial de esa específica institución pública que es la democracia constitucional.

Se resuelve así también otra *vexata quaestio*: la de la oposición, habitualmente instituida, entre «monismo» y «pluralismo jurídico» como modelos teóricos contrapuestos[34]. 'Ordenamiento' es cualquier conjunto de normas unificadas por una misma norma de reconocimiento y, si es un ordenamiento complejo, conectadas entre sí por relaciones de grado. Pero esto no excluye en absoluto que existan varios ordenamientos dentro de un mismo ordenamiento. En efecto, toda persona jurídica y a veces incluso sus órganos tienen un ordenamiento. Son ordenamientos los de las regiones italianas, o el de una sociedad por acciones, que también forman parte del ordenamiento de la República italiana porque la norma de reconocimiento consistente en su estatuto, aunque de grado superior a todas las pertenecientes a él, es producida por actos disciplinados por normas del ordenamiento italiano. Según se verá más adelante, solo los ordenamientos originarios, como típicamente los estatales, están dotados de normas de reconocimiento que llamamos *constituciones* y que no son de grado subordinado a ninguna otra norma al ser producidas por el *acto constituyente* mediante el que se ejercita el *poder constituyente*, a su vez de grado no subordinado a ningún otro acto o situación. Pero esto tampoco excluye —y es más bien deseable, como se dirá en el capítulo IV— que varios ordenamientos originarios, dotados de normas de reconocimiento producidas por diversos actos constituyentes, se unifiquen en un supra-ordenamiento de tipo federal o confederal, como lo es, por ejemplo, la Unión Europea y como podría llegar a serlo la Organización de las Naciones Unidas, sobre la base de una nueva norma de reconocimiento del conjunto que ponga en común órganos normativos y normas sobre la producción. Así pues, monismo y pluralismo no expresan modelos teóricos contrapuestos: en efecto, pues la pluralidad de los ordenamientos nacionales no excluye en modo al-

34. Sobre la cuestión de la unidad del ordenamiento y de la pluralidad de los ordenamientos, véanse N. Bobbio, «Teoría del ordenamiento jurídico», cit., en Íd., *Teoría general del derecho*, cit., cap. V; M. Corsale, «Pluralismo giuridico», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIII, 1983, pp. 1003-1026; F. Modugno, «Pluralità degli ordinamenti», *ibid.*, XXXIV, 1985, pp. 1-58. Al respecto, remito a *PiI*, § 8.7, pp. 417-422; § 8.11, pp. 434-436 y § 12.12, pp. 954-855. Sobre la cuestión, con respecto a las relaciones entre ordenamientos estatales y ordenamiento internacional, volveré en el cap. IV.

guno —y, obviamente, tampoco implica— la (posible y deseable) unidad supra-nacional de la que, como se verá en el capítulo VIII, dependen la paz y la misma supervivencia del género humano.

1.10. *El principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo. Sintaxis, semántica y pragmática del derecho positivo.* Llegados a este punto puede formularse el principio basilar del positivismo jurídico: el *principio de legalidad* como norma de reconocimiento del derecho existente. En este primer significado el principio de legalidad equivale al principio de positividad: es derecho todo y solo aquello que es puesto por el ejercicio de poderes conferidos por el derecho en las formas, cualesquiera que sean, establecidas por el derecho mismo[35]. Articularé este principio —que, como se verá en los § 2.3 y 3.1, en el estado legislativo y en el estado constitucional de derecho, asumirá caracteres bastante más complejos— en dos principios, uno relativo a los actos no constituyentes, y el otro a sus efectos y, en particular, a las situaciones. En virtud del primer principio, son actos jurídicos todos y solo los comportamientos previstos por normas como causas de efectos jurídicos y, al mismo tiempo, como actuaciones de situaciones jurídicas. En virtud del segundo principio, son situaciones jurídicas todas y solo las modalidades y las expectativas dispuestas o predispuestas por normas como efectos de actos y, a la vez, como modalidades o expectativas de otros ulteriores. Sobre la base de estos dos principios es posible configurar el sistema jurídico como un universo lingüístico normativamente ordenado por las secuencias objetivas y verticales de las relaciones de grado entre actos y situaciones, entre fuentes y normas, ilustradas en el § 1.4, y por las secuencias intersubjetivas y horizontales de las relaciones jurídicas entre situaciones pasivas y situaciones activas, entre derechos y garantías, ilustradas en el § 1.8. Y, gracias a la red generada por estas secuencias, es posible dar cuenta de la sintaxis, de la semántica y de la pragmática de ese universo lingüístico que es precisamente el derecho positivo.

35. En este sentido, correspondiente al uso alemán de *Rechtsstaat*, el principio está en la base de todos los ordenamientos jurídicos modernos, también de los más iliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente legal solo condicionada en lo relativo a la validez de su ejercicio. Es el significado lato o débil de «estado de derecho» conforme al cual, según escribe Kelsen, «todo estado [...] tiene que ser un estado de derecho, puesto que todo estado es un orden jurídico» (*Teoría pura*, cit., 41 *e*, p. 320), ya que «si se reconoce en el estado un orden jurídico, todo estado es un estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica» (*ibid.*, c, p. 315).

La red generada por las relaciones de grado, especialmente en las formas complejas asumidas por el principio de legalidad en el estado legislativo y luego en el estado constitucional de derecho, expresa, sobre todo, la *sintaxis* del derecho según resulta de su plenitud y de su *coherencia*, dependientes una de la falta de desgarros en la red, es decir, de la efectiva comisión de los actos preceptivos que cumplen las normas de nivel superior, y la otra de la compatibilidad de los significados prescriptivos expresados por estos con las normas del sistema a ellos supraordenadas. Lamentablemente, en la secuencia vertical, la red puede presentar agujeros y desmalladuras que comprometan su plenitud o su coherencia. Dada una norma, por ejemplo, constitucional, es muy posible que no adquieran existencia los actos normativos implicados e impuestos por las expectativas establecidas en ella y que por eso se produzcan *lagunas*; o bien que tales actos lleguen a existir, pero sean inválidos porque sus significados entren en contradicción con las normas supraordenadas a ellos y que, por eso, se generen *antinomias*. Por consiguiente, como se verá mejor a su tiempo, en el estado constitucional de derecho, plenitud y coherencia están, pues, virtualmente excluidas por la posibilidad, tanto de la válida actuación de las que en el próximo capítulo llamaré sus normas sustanciales sobre la producción jurídica, como también de su no actuación o de su no válida actuación. Estas consisten, no en rasgos, sino en requisitos de los sistemas jurídicos positivos. No describen su «ser», sino que prescriben su «deber ser». Como los he llamado en la Introducción, son *principia iuris tantum*, *non in iure*, externos y no internos al derecho. Pertenecen a la teoría del derecho, pero no al derecho, al que se imponen como principios normativos.

Nuestra red de actos y de situaciones expresa además la dimensión *semántica* del derecho, según resulta del nexo entre legalidad y certeza en orden a lo que es regulado por el derecho y, por tanto, del grado de consistencia normativa y de capacidad reguladora de las normas jurídicas. En efecto, pues el derecho es al mismo tiempo una lengua y un lenguaje, entendiendo por «lengua» el conjunto de las reglas de uso de las expresiones empleadas en un determinado «lenguaje». Es una lengua si se mira a las normas, que dictan las reglas de uso de las palabras del derecho, como sucede típicamente con la *legis-lación*; es un lenguaje si se mira a la práctica de los operadores jurídicos que hacen uso de tales reglas, como sucede típicamente con la *juris-dicción*. Solo si las palabras de la ciencia jurídica con las que las normas denotan sus argumentos son definidas por estas con relativa claridad y precisión, su uso en el lenguaje jurídico puede producirse con relativa certeza y ser verificable o refutable en una medida satisfactoria. Tómese, por ejemplo, el artícu-

lo 624 del Código Penal italiano sobre el hurto: es posible usar la palabra «hurto» en tesis judiciales plausiblemente argumentadas como «verdaderas» del tipo «*h* es un hurto» si y solo si estamos en condiciones de afirmar con relativa certeza que el hecho «*h*», probado por hipótesis, tiene las características de una «apropiación de la cosa mueble ajena» mediante «sustracción a quien la tiene, con el fin de obtener un provecho para sí» o para otros», señaladas en tal artículo[36]. Si llamamos *interpretación doctrinal* a la interpretación en abstracto del significado de las normas e *interpretación operativa* a la calificación, partiendo de ella, de un determinado argumento, diremos que la interpretación operativa de un enunciado normativo es tanto más cierta cuanto más unívoca sea su interpretación doctrinal, gracias al principio de estricta legalidad[37]. En suma, el carácter relativamente unívoco de la lengua del derecho es el presupuesto necesario de la comunicación jurídica mediante proposiciones de las que la verdad o falsedad sean plausiblemente decidibles.

Pero la claridad y la univocidad del lenguaje legal son también una condición necesaria de la efectividad de las normas, en la que reside la dimensión *pragmática* del derecho. En efecto, esta dimensión supone que los significados expresados en la lengua jurídica sean socialmente comprensibles, y como tales compartibles y practicados en el lenguaje jurídico operativo. Necesito saber que habiendo comprado un billete de tren tengo derecho a subir en él; que las cosas que poseo no me serán arrebatadas por la mano de quien está dotado de una fuerza superior a la mía; que soy libre de hacer lo que quiero, salvo lo que está expresamente prohibido, sin ser obstaculizado ni incurrir en sanciones. Gracias a esta dimensión pragmática, es como la lengua jurídica funciona como derecho, es decir, regula, orienta y garantiza —por norma—

36. Como escribió Hobbes hace casi cuatro siglos, solo «si recordamos a qué se llama *hurto* y a qué *injuria*, *sabremos*, por los términos mismos, si es verdad o no que *el hurto es una injuria*. *Verdad* es lo mismo que *proposición verdadera*; ahora bien, es *verdadera* aquella proposición en la que el *nombre consecuente* que los lógicos llaman predicado abarca en su amplitud el *nombre antecedente* que se llama *sujeto*; y *conocer la verdad* es lo mismo que *recordar* que ha sido construida por nosotros mismos con el mero uso de los nombres» (*Tratado sobre el ciudadano* [1647], ed. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, cap. XVIII, 4, p. 193). He analizado este nexo entre legalidad y verdad en *Derecho y razón*, cit., caps. I-III, VII y IX, en particular en las pp. 5 ss., 45 ss., 62 ss., 94-97, 117-129, 155-164, 375-381 y 537-549.

37. Distinguí entre «interpretación doctrinal» e «interpretación operativa» en «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* (1966), pp. 290-304 y después en *Derecho y razón*, cit., § 4.2, p. 55, y § 11.2, pp. 158-160 y en *PiI*, § 4.4, pp. 220-222, § 6.12, pp. 320-321, § 8.8, pp. 422-424 y § 9.16, pp. 533-534.

sin que resulte necesario recurrir cada vez al uso de la fuerza. La fuerza de la sanción es obviamente necesaria: «Los convenios —escribió Hobbes—, cuando no hay temor a la espada, son solo palabras que no tienen fuerza suficiente para dar a un hombre la menor seguridad»[38]. Pero es claro que una vez predispuesta la sanción, no se necesita un policía en cada esquina para que yo esté seguro de pasear sin ser agredido; no hace falta que exhiba cada vez mis títulos de legitimación para actuar como ciudadano, como propietario, como padre o como docente. La fuerza de la sanción interviene solo cuando el derecho es violado, para reforzar y garantizar su función pragmática venida a menos en vía primaria. Como veremos en el § 2.10, en este caso se hablará de 'efectividad secundaria' de las garantías secundarias, que entra en acción cuando fallan las garantías primarias, esto es, las prohibiciones y las obligaciones violadas, con su consiguiente 'inefectividad primaria'. Pero, en la mayor parte de los casos, signos y significados jurídicos funcionan como normativos por la simple razón de que son socialmente compartidos o, en cualquier caso, respetados.

38. T. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. XVII, § 2, p. 141.

Capítulo II

EL ESTADO LEGISLATIVO DE DERECHO

2.1. *Actos formales y actos informales.* Este capítulo está dedicado al *estado legislativo de derecho*; entendiendo con esta expresión cualquier ordenamiento en el que el derecho regula la eficacia de todos los actos y la actuabilidad de todas las situaciones pertenecientes a él. Sobre la base de las diversas condiciones de eficacia y de actuabilidad, en las páginas que siguen, podrán formularse tanto una tipología de los actos como una tipología de las situaciones.

Ante todo, distinguiré todos los actos jurídicos en 'formales' e 'informales'. Los *actos formales* son todos actos lingüísticos, es decir, consistentes en las enunciaciones de signos idóneas para producir como efectos sus mismos significados. Por ejemplo, son formales los contratos, que son actos jurídicos lingüísticos que producen como efectos los derechos y las obligaciones expresados en ellos por los contratantes; las leyes, que igualmente son enunciaciones de conjuntos de signos cuyos efectos son sus significados, esto es, las normas establecidas por ellas; las sentencias y los actos administrativos, que también producen como efectos las prescripciones dispuestas en ellos. A la inversa, los significados de los actos formales son las situaciones, los estatus, las normas expresados y producidos por ellos como sus efectos. En cambio, son *actos informales* todos los demás actos, habitualmente no lingüísticos, cuyos efectos de derecho son predispuestos por las normas que los prevén, a causa de sus efectos de hecho. Por ejemplo, son informales, los delitos y, en general, los actos ilícitos, los cumplimientos y los incumplimientos de las obligaciones.

De estas dos categorías, la primera es, sin duda, la más importante, esencial para dar cuenta de la naturaleza lingüística del derecho posi-

tivo, es decir, de la red estructurada de signos y de significados en que consiste el estado de derecho. Preguntémonos antes de nada: ¿qué es lo que hace reconocible un acto lingüístico como *acto jurídico formal* y los *signos* expresados por él como signos de la *lengua jurídica*? Y, en consecuencia, ¿qué hace reconocible el significado de tal acto como su *efecto* y, precisamente, como un *significado prescriptivo* perteneciente a su vez al *lenguaje jurídico* y consistente en una norma, en una situación singular o en un estatus? Es evidente que semejante potencia del lenguaje no puede ser reconocida a cualquier acto lingüístico, sino solo a aquellos actos que son formulados en el lenguaje jurídico, o sea, en las *formas* preestablecidas por las reglas de la lengua del derecho por obra de sujetos dotados de la correspondiente capacidad o competencia. De la observancia de estas reglas dependerá la existencia de un acto formal, la pertenencia de los signos expresados por él a la lengua jurídica y la producción de sus significados como efectos jurídicamente relevantes e inteligibles en el lenguaje jurídico.

En suma, lo que hace reconocible a un acto lingüístico como acto formal es su *forma de producción*, directa o indirectamente establecida por la que he llamado su norma de reconocimiento. Así pues, llamo '*acto formal*' a cualquier acto que requiera, para su eficacia, una forma jurídica; entendiendo por '*forma*' el conjunto de requisitos, objetivos y subjetivos, predispuestos como obligatorios por específicas normas deónticas para que el acto previsto por ellas, por eso calificado de *formal*, adquiera existencia válida en el mundo del derecho, por ejemplo, como un negocio, una ley o una sentencia[1]. Como veremos a su tiempo, en democracia, tal forma es sobre todo la que, como fuente de legitimación de los actos preceptivos, asegura la autonomía de sus autores, actuada directamente en la esfera privada e indirectamente, a través de representantes, en la esfera pública.

1. Para un análisis más detallado, remito a las definiciones D9.1 y D9.2 de 'forma' y 'acto formal', en *PiI*, § 9.1-9.3, pp. 462-470. La naturaleza en sentido amplio «lingüística» de los actos formales no requiere necesariamente una forma verbal. Un comportamiento concluyente —por ejemplo, el acto de tomar un periódico en un quiosco y de pagar el precio al vendedor— no es un acto verbal, pero es ciertamente un acto formal, en sentido lingüístico, al ser reconocible e interpretable, por su forma inequívoca, como un signo dotado del significado jurídico de una manifestación de voluntad y, precisamente, de una propuesta de compraventa: satisface, en efecto, lo que John R. Searle ha llamado «principio de expresabilidad» (*Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* [1969], trad. it. de G. R. Cardona, Boringhieri, Turín, 1976, § 1.5, pp. 44-46 [trad. cast. de L. M. Valdés Villanueva, *Actos de habla. Ensayos de filosofía del lenguaje*, Cátedra, Madrid, 1994]).

Se entenderá la diferencia estructural de tales actos de todos los demás, que llamo '*actos informales*' porque carentes de forma al depender sus efectos de su simple sustancia material. Es el caso de los actos ilícitos y de los incumplimientos, para cuya eficacia o causalidad jurídica no se requiere ninguna forma de producción al estar su relevancia, por decirlo de algún modo, conectada únicamente a su eficacia o causalidad natural. Pero es también el caso de ese acto específico que, como se verá en el § 3.10, es el acto constituyente, que al no estar previsto por normas sobre su formación, tampoco está dotado de formas normativamente preestablecidas. Obviamente, también los actos informales no constituyentes, al igual que los actos formales, están previstos por normas que predisponen sus efectos y por eso los hacen relevantes en el mundo del derecho e inteligibles en la lengua jurídica. Ellos son igualmente reconocibles como tales gracias a las normas que los prevén y determinan su percepción *sub specie iuris*. Desde este punto de vista, todo el derecho es un universo simbólico y lingüístico, es decir, un mundo de signos y de significados, unos y otros inteligibles en la lengua jurídica sobre la base de las normas que califican a los primeros y predisponen los segundos confiriendo a unos y otros «sentido jurídico»[2].

Esta distinción entre actos formales y actos informales, desconocida por la doctrina tradicional, es esencial para comprender la fenomenología del derecho en su totalidad. Además de la naturaleza lingüística de los primeros y de la habitualmente no lingüística de los segundos, hay otras dos relevantes diferencias entre los dos tipos de actos. La primera diferencia se refiere a las situaciones de los que ellos son actuaciones. Todos los actos formales consisten en el ejercicio de las específicas

2. Que es, en la esfera jurídica, el específico «significado de la acción social» de que habla M. Weber, *Economía y sociedad*, trad. cast. de J. Medina Echavarría, J. Roura Parella, E. García Máynez, E. Imaz y J. Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, México, [2]1964, vol. I, Primera parte, cap. I, § 1, pp. 5-20. De «sentido específicamente jurídico», habla también Kelsen: un determinado hecho, escribe, «logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. [...] Que un hecho sea la ejecución conforme a derecho de una sentencia de muerte, y no un homicidio, es una cualidad esta —sensiblemente no perceptible— que aparece solo a través de un proceso intelectual: a partir de la confrontación con un código penal y el código de procedimientos penales. Que el intercambio de cartas, antes referido, signifique haber celebrado un contrato proviene exclusiva y únicamente de que esa situación fáctica encaja en ciertas disposiciones del Código Civil» (*Teoría pura*, cit., § 4, *a*, p. 17). Sobre el sentido jurídico asociado al acto por las normas o por las situaciones de las que es actuación, remito a *PiI*, § 4.7, 6.5, 8.8, 9.2 y 9.16.

situaciones activas que en el § 2.6 llamaré 'poderes', aunque, como entonces se verá, vayan acompañados de obligaciones de forma y de límites o vínculos de significado. En cambio, los actos informales consisten en la observancia de obligaciones, como los cumplimientos, o en el incumplimiento de las prohibiciones, como los actos ilícitos, o también en el ejercicio de facultades o de poderes, como lo son el acto constituyente, las costumbres, la gestión de negocios ajenos y la ocupación de cosas abandonadas.

La segunda y todavía más importante diferencia se refiere a los efectos de los que las dos clases de actos son causa. Los actos formales *solamente* producen efectos de derecho, obviamente relevantes en el plano económico y social, pero no apreciables en el plano material. En cambio, los actos informales producen *también* efectos de hecho. Los efectos de los primeros son enteramente artificiales y convencionales, relevantes para el derecho gracias a su forma. Los efectos de los segundos son sobre todo materiales, o, si se quiere, naturales, a los que el derecho conecta efectos jurídicos, precisamente a causa de su materialidad. Cuando un parlamento emana una ley, cuando un juez pronuncia una sentencia, cuando dos sujetos concluyen un contrato, no sucede inmediatamente nada, más allá de su enunciación, en la realidad material: los efectos de tales actos consisten solo en los significados prescriptivos expresados por los documentos producidos por ellos. Por el contrario, cuando se comete un delito o se cumple una obligación, se producen sus efectos jurídicos, como la responsabilidad por el primero o la extinción de la segunda, a causa de sus efectos empíricos y visibles en el mundo extrajurídico. De aquí la necesidad de que los actos formales, y no los informales, sean reconocibles por la forma de su producción. Un contrato es productivo de los propios significados como efectos jurídicos, en la medida en que sea producido por sujetos capaces de obrar en las formas predispuestas por el Código Civil. En cambio, un delito, un ilícito civil o un pago, producirán efectos jurídicos en la medida en que produzcan materialmente daños o ventajas que, precisamente como tales, merecen ser previstos o perseguidos por las leyes que los prevén. Es interesante señalar que la cadena de los actos y de las situaciones comienza y termina siempre con un acto informal: en el vértice (o en el origen) está el acto constituyente, que es informal porque no está regulado por ninguna norma jurídica; en la base (o en el fin) hay siempre, igualmente, actos informales, como, por ejemplo, las prestaciones obligatorias en actuación de derechos patrimoniales o de derechos sociales, o los actos ilícitos, como los delitos y los incumplimientos, o bien la ejecución de sanciones. Todo el derecho, puede decirse, está dirigido a gobernar —a

favorecer o a desalentar— mediante actos formales, los actos informales y sus efectos materiales.

2.2. *Los actos formales: formas y significados. Normas formales y normas sustanciales sobre la producción. Validez e invalidez, formal y sustancial. Actos preceptivos, decisiones y actos constitutivos. La anulabilidad de los actos inválidos.* Como se ha dicho, los actos formales son actos lingüísticos, idóneos para producir como efectos sus significados, si están dotados de una *forma* en *conformidad* con las normas formales que los prevén; y, a la inversa, deben ser dotados de una forma en cuanto son idóneos para producir como efectos jurídicos sus *significados*, a su vez en *coherencia* con las normas supraordenadas a ellos. Lo que tales actos dicen y producen en virtud de su forma, son sus efectos o significados prescriptivos, es decir, su *eficacia*. Lo que las situaciones permiten, prohíben o prescriben, en virtud de sus significados prescriptivos, son sus posibles actuaciones, es decir, su *actuabilidad*.

Estos dos elementos —la *forma* y el *significado*— son los que componen todos los actos formales. Si 'causa' es el término clave de la teoría del derecho positivo, 'forma' y 'significado' son los términos clave de la teoría del estado de derecho, correspondientes a las dos dimensiones asumidas en él tanto por el derecho como por la democracia. La primera dimensión, relativa a las *formas* (el «quién» y el «cómo»), se refiere a la *validez formal* de los actos preceptivos y, al mismo tiempo, a su *legitimidad democrática formal*, que, como se verá en la segunda parte de este libro está confiada, directa o indirectamente, al ejercicio de los derechos de autonomía política y de autonomía civil. La segunda dimensión, relativa a la sustancia, esto es, a los significados prescriptivos (el «qué») de los mismos actos, guarda relación con su *validez sustancial* y, al mismo tiempo, su *legitimidad democrática sustancial* basada, como entonces se verá, en los límites y vínculos impuestos a ellos por los derechos de libertad y los derechos sociales constitucionalmente establecidos[3].

3. No es inútil precisar que la palabra «sustancial» asociada a «validez» (e «invalidez») y a «normas sobre la producción» es un término teórico que al igual que el término «formal» y todas las demás nociones de la teoría del derecho, designa un concepto «formal», en el sentido metateórico aclarado en la Introducción, de que él no nos dice cuáles son o cuáles es justo que sean los contenidos o la sustancia dictados por las normas sustanciales como condiciones de la validez sustancial, sino solo que se trata de contenidos vinculantes para las fuentes inferiores. En este sentido, serían normas sustanciales también las constitucionales de un ordenamiento totalitario que, por ejemplo, establecieran una religión o una ideología antidemocrática de estado, imponiendo su respeto, como condiciones de validez sustancial, a las leyes y a las libertades de los ciudadanos.

Las normas deónticas que predisponen las formas y las que condicionan los significados de los actos formales constituyen las que convengo en llamar 'normas sobre la producción'. Dado que todo acto formal es siempre producido sobre la base de normas que regulan su producción, no hay razón para no extender la noción de *normas sobre la producción*, limitada en los usos corrientes a las normas sobre la producción de otras normas, a todas las normas, tanto formales como sustanciales, que disciplinan la producción de cualquier acto formal y que siempre son de grado supraordenado a este. Precisamente, llamaré *normas formales sobre la producción* a las normas hipotéticas que disciplinan la formación de los actos formales preestableciendo sus requisitos de forma, como, por ejemplo, la forma escrita, la observancia de determinados procedimientos y la capacidad de obrar o la competencia de sus autores. En cambio, llamaré *normas sustanciales sobre la producción* a todas las normas, habitualmente téticas, supraordenadas a las situaciones producidas, a las que imponen la coherencia con los significados dispuestos por ellas. Por ejemplo, un contrato tiene como normas formales sobre la producción a las normas del Código Civil que dictan sus requisitos de forma y como normas sustanciales a las que excluyen su validez por ilicitud de la causa. Una sentencia penal tiene como normas formales sobre la producción a las normas del Código Procesal Penal sobre la competencia del juez y sobre los procedimientos requeridos para su formación, y como normas sustanciales a las leyes penales aplicables. Una ley tiene como normas formales sobre la producción a las normas constitucionales sobre los procedimientos legislativos, y como normas sustanciales a las constitucionales que enuncian principios y derechos fundamentales.

Llamo *vigor* a la existencia del acto formal. Para que un acto formal esté en vigor, es decir, adquiera existencia, no siempre se requiere que sean observadas todas las normas formales sobre su producción, bastando habitualmente con que sea reconocible por su conformidad con alguna de estas, en ausencia de la cual tendremos que hablar de *inexistencia*. Por tanto, el vigor de un acto formal no implica su *validez formal*. Es una figura dotada de bastante mayor extensión, que incluye tanto la validez como la invalidez, equivaliendo a la existencia del acto, sea válido o inválido, y de los efectos que son sus significados. Muy bien puede suceder que no todas las formas del acto predispuestas por las normas formales sobre su producción sean perfectamente observadas y que, no obstante, el acto, aun viciado de *invalidez formal*, llegue a existir al ser las formas efectivamente observadas tenidas por las mismas normas como suficientes para reconocerlo como acto formal, o sea, como un

signo de la lengua jurídica. Naturalmente, no es la teoría, sino la dogmática de los singulares ordenamientos la que, sobre la base de sus normas formales, puede decir qué requisitos de forma serán necesarios para que un acto formal tenga existencia.

Por otra parte, tampoco la validez formal es suficiente para integrar la validez de un acto formal. A tal fin es además necesario que los significados expresados por tales actos sean coherentes con las normas de grado supraordenado a ellos. Por eso, es necesario distinguir no solo entre existencia y validez, sino también entre validez de las formas, es decir, de los actos, y validez de los significados, esto es, de las prescripciones producidas[4]. Llamo *validez formal* a la *conformidad*, y *validez informal* a la *disformidad* de las formas de un acto formal de las predispuestas por las normas formales sobre su producción. En cambio, llamo *validez sustancial* a la *coherencia*, e *invalidez sustancial* a la *incoherencia* de los significados del mismo acto formal con los significados de las normas sustanciales sobre su producción. La validez (y la invalidez) formal, al depender de circunstancias empíricas relativas a la forma, es una cuestión *también de hecho* (y no solo de derecho); la validez (y la invalidez) sustancial, al depender de la coherencia o de su ausencia entre significados prescriptivos, es, en cambio, una cuestión *solo de derecho* (y no también de hecho).

Llamo *actos preceptivos* a todos los actos formales que producen como efectos situaciones, normas o estatus. Según que produzcan situa-

4. La concepción simplificada de la validez como existencia, según he recordado en la nota 21 de la Introducción, fue sostenida reiteradamente por H. Kelsen, *Teoria general* cit., Primera parte, cap. I, D, c,) p. 56: «La existencia de una norma jurídica es su validez»; Íd., *Teoría pura*, cit., § 4, *c*, p. 23: «Con el término 'validez' designamos la existencia de una norma». De forma análoga, N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, ahora en Íd., *Teoría general del diritto*, cit., Parte primera, cap. II, § 9, p. 24: «Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica»; Íd., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, en Íd., *Teoría general*, cit., Parte segunda, cap. II, § 11, p. 191: «La pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina *validez* [...] Una norma existe como norma jurídica, o es jurídicamente válida, cuando pertenece a un ordenamiento jurídico»; Íd., *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Turín, 1996, p. 135: «La *validez* de una norma jurídica indica la calidad de tal norma por la que ella existe en la esfera del derecho o, en otros términos, existe como norma jurídica». Es la concepción común a toda la tradición del positivismo jurídico, de Hobbes a Bentham y a Austin, de Kelsen a Hart y a Bobbio, de Scarpelli a Gavazzi, a Conte y al primer Guastini: justificada, en cuanto a las leyes, en el estado legislativo, pero no en el constitucional de derecho. Para una crítica analítica, remito a «La semantica della teoria del diritto», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, edición de U. Scarpelli, Comunità, Milán, 1983, pp. 81-130, a *Derecho y razón*, cit., § 263, pp. 357-362, a *PiI*, § 9.9, pp. 497-500 y a las notas 24-31 a pp. 546-549 y a *La lógica del derecho*, cit., cap. IV.

ciones o normas, o bien estatus, distinguiré los actos preceptivos en 'decisiones' y en 'actos constitutivos'. Las *decisiones* son los actos preceptivos cuyos significados, al consistir en situaciones o en normas, no están normativamente preestablecidos, sino *decididos*, precisamente, por sus autores: como las leyes, las sentencias, los actos administrativos y los negocios jurídicos, a cuyos significados, dado que están decididos por sus autores, se exige, en el estado de derecho, la sujeción al derecho y la coherencia con todas las normas sustanciales supraordenadas a ellos. En cambio, los *actos constitutivos* son los actos preceptivos cuyos significados están rígidamente preconstituidos por las normas hipotético-constitutivas sobre su producción: como el matrimonio, la moción parlamentaria de confianza, las autorizaciones y similares. Mientras que los autores de las decisiones deciden el *quid* además del *an*, los de los actos meramente constitutivos deciden solo el *an* pero no el *quid*, preconstituido por las normas que los prevén[5]. En fin, llamo *actos instrumentales* a todos aquellos actos formales —como las propuestas, las demandas, los dictámenes, las autorizaciones, las aprobaciones, las ratificaciones, las notificaciones y las promulgaciones— ordenados en secuencias a las que llamamos *procedimientos*, predispuestas como requisitos de forma de los actos preceptivos.

Solo a propósito de las decisiones, pero no de los actos constitutivos, tiene sentido hablar de validez o de invalidez sustancial, además de formal, porque solo las decisiones deciden sus significados o contenidos y, por tanto, sus efectos. Es por lo que se hablará de *validez sustancial* de las decisiones cuando sus significados o contenidos sean cohe-

5. No obstante, la distinción de los actos preceptivos en decisionales y constitutivos no es alternativa, pudiendo muy bien un mismo acto preceptivo ser a la vez una decisión y un acto constitutivo: es el caso de las que cabe llamar *decisiones constitutivas*, o sea, de los actos preceptivos que dictan normas constitutivas de estatus jurídicos referidas a sujetos o a objetos, decidiendo ellas mismas sus condiciones y requisitos. Tales son, por ejemplo, las normas del Código Civil que atribuyen la capacidad jurídica en el momento del nacimiento o la capacidad de obrar a la edad de dieciocho años (y no en otros momentos). Son más raras las decisiones constitutivas singulares, es decir, productoras de estatus jurídicos no normativos ni enteramente predeterminados por la ley. Habitualmente, los actos constitutivos singulares, como el matrimonio, los nombramientos, las autorizaciones, el voto de censura y similares, constituyen estatus enteramente preconstituidos por normas hipotético-constitutivas. Pero pueden existir actos que en un determinado ordenamiento sean *solo* constitutivos, mientras que en otros serán *también* decisiones: como el matrimonio, que en el ordenamiento italiano es un acto solamente constitutivo al estar sus efectos totalmente predeterminados por el Código Civil, mientras que en otros ordenamientos, como el estadounidense, son también decisiones al estar admitidos acuerdos matrimoniales en torno a los derechos y los deberes de los cónyuges por efecto del matrimonio.

rentes, y de *invalidez sustancial* cuando, en cambio, sean incoherentes con las normas sustanciales sobre su producción. Hay además otra diferencia entre las decisiones y los actos constitutivos, ligada a sus diversos significados. Las normas y las situaciones establecidas mediante decisiones son siempre determinadas por esa particular actividad cognoscitiva que es su interpretación. Los estatus producidos por actos constitutivos —como el matrimonio, la disolución de las cámaras, la confianza en el gobierno, la ratificación de un tratado, el nombramiento de un funcionario, o el acto constitutivo de una institución— no varían con los distintos matrimonios, actos de ratificación o de nombramiento, sino que están rígidamente establecidos por las normas hipotético-constitutivas que los prevén y solo ellas son objeto de interpretación. Por consiguiente, la validez y la invalidez de una decisión consisten una en su validez, tanto formal como sustancial, la otra en su invalidez formal y/o sustancial. En cambio, la validez y la invalidez de los actos puramente constitutivos son siempre solo formales.

Llamo *vicios* del acto a todas las violaciones de normas sobre la producción que determinan su invalidez: *vicios de forma* o *formales* a las violaciones de normas formales; *vicios de significado* o *sustanciales* a las violaciones de normas sustanciales. Los vicios son sanables o insanables. Pero, de nuevo, es claro que establecer qué vicios y en qué condiciones son sanables y en cuáles no es algo que no corresponde a la teoría, sino solo al derecho positivo de los diversos ordenamientos y a sus prácticas jurisprudenciales. Al tener referentes diversos, validez formal y validez sustancial son entre sí independientes: una decisión válida formalmente puede no serlo sustancialmente y viceversa. Además, el grado de disociación de la validez formal del vigor y la frecuencia de las dos figuras de validez cambian según los tipos de decisiones. En los negocios privados la invalidez es habitualmente formal; en las sentencias y en los actos administrativos es generalmente tanto formal como sustancial. Estas diferencias, aparte de explicar las distintas concepciones de la validez elaboradas en los diversos ámbitos disciplinares, sirven para iluminar el diferente grado de discrecionalidad o de autonomía de los diversos tipos de poder: de los poderes públicos y de los privados, del poder legislativo, del administrativo y del judicial.

Llegados a este punto, preguntémonos en qué difiere la eficacia de un acto válido de la de un acto inválido. La diferencia radica en la *legitimidad* de los efectos —es decir, de las normas, las situaciones y los estatus— producidos por los actos válidos y en la *ilegitimidad* de los producidos por los actos inválidos. Pero ¿qué diferencia comporta la ilegitimidad de las normas, las situaciones y los estatus producidos por

actos inválidos, si es verdad que estos, al igual que las normas, las situaciones y los estatus legítimos no son inexistentes, sino solo prohibidos y, por tanto, vigentes? La diferencia consiste en el carácter provisional y precario de la eficacia de los actos inválidos, que incluye, más allá de la producción de las normas, las situaciones y los estatus que son sus significados, también el ulterior y específico efecto de su anulabilidad en cuanto ilegítimos y por eso prohibidos. Por consiguiente, llamo *anulabilidad* a la situación pasiva consistente en la expectativa positiva de la comprobación de sus vicios y de la caducidad de sus ilegítimos efectos, generada por un acto inválido, y *anulación* al acto constitutivo que, en actuación de la anulabilidad, comprueba tales vicios y produce la eliminación de sus efectos. En síntesis, los efectos de los actos inválidos son los mismos que los de los correspondientes actos válidos; pero son efectos provisionales, destinados a ser anulados —así, primero anulables y luego, eventualmente, anulados— mediante la comprobación jurídica de su ilegitimidad como efecto de la invalidez de los actos por los que han sido producidos.

2.3. *La estructura en grados del estado de derecho. Aplicación y respeto de las normas sobre la producción. Nomo-dinámica y nomo-estática. El principio de legalidad en el estado legislativo de derecho.* Se ha dicho que las normas sobre la producción, tanto formales como sustanciales, son de grado supraordenado a los actos formales y a las prescripciones cuya producción disciplinan. Por eso, vigor, validez, invalidez, legitimidad e ilegitimidad, tanto formales como sustanciales, suponen una red compleja de *relaciones de grado* entre actos y situaciones de distinto nivel, en virtud de las cuales la validez (y la invalidez) de los actos y la legitimidad (y la ilegitimidad) de las situaciones equivalen a la efectividad (y a la inefectividad) de las normas, formales y sustanciales, sobre su producción.

Esta red de relaciones de grado representa el fundamento de una teoría unitaria de la validez misma de todos los actos formales, sean normativos o singulares, preceptivos o instrumentales, decisionales o constitutivos, de derecho público o de derecho privado. Siempre, sobre la base de la observancia o inobservancia de las normas sobre su producción, será posible afirmar o negar el valor, la validez y la legitimidad de cualquier acto formal o de cualquier prescripción. Se recordará que en el § 1.5 he llamado 'observancia' a aquello de lo que una norma deóntica dispone o predispone la obligación y 'violación' a aquello de lo que dispone o predispone la prohibición. Ahora llamo *aplicación* al acto formal o a la decisión cuyas formas y/o cuyos significados sean obliga-

torios, es decir, observantes de las obligaciones predispuestas por las normas, formales o sustanciales, sobre su producción. En cambio, llamo *respeto* a la decisión cuyo significado no esté prohibido, es decir, no viole las normas sustanciales sobre su producción.

Distinguiré luego dos tipos de aplicación, según que las obligaciones se refieran a las formas o a los significados: la *aplicación formal* que es la operada por un acto formal cuyas formas consistan en la observancia obligatoria de las normas formales sobre su producción, y la *aplicación sustancial*, que es la operada por una decisión cuyos significados consistan en la observancia obligatoria de las normas sustanciales sobre su producción. Por ejemplo, decimos que un contrato consiste en la aplicación formal del artículo 1450 del Código Civil italiano cuando adopta la forma escrita requerida por este para estipular la compraventa de un bien inmueble; o que una ley consiste en la aplicación formal del artículo 72 de la Constitución italiana cuando, cada una de las Cámaras «la aprueba artículo por artículo y con votación final». En este sentido «acto formal» y «aplicación de una norma formal» son términos equiextensivos, dado que todo acto formal, al estar en cualquier caso dotado de alguna forma obligatoria, es siempre la aplicación formal de al menos la norma formal por la que tal forma es predispuesta. En cambio, decimos que una sentencia consiste en la aplicación sustancial de una norma sustancial sobre su producción, por ejemplo, de la norma sobre el hurto, cuando tal norma es empleada por un juez para denominar «hurto» al hecho sometido a su juicio, sobre la base de la regla de uso de la palabra «hurto» por la norma abstractamente predispuesta.

Cosa distinta es el *respeto*, que únicamente se refiere a las decisiones cuyos significados, al ser decididos por estas, no están predeterminados por las normas sustanciales supraordenadas a ellos, que solo imponen no ser contradichas ni violadas por ellos. Es lo que sucede en todas las decisiones mediante las que se ejercen poderes autónomos o discrecionales, como la función legislativa, las funciones administrativas y la autonomía negocial. Por ejemplo, una ley en materia de prensa será observante de las normas constitucionales sustanciales sobre su producción, y, en particular, del principio de la libertad de manifestación del pensamiento, cuando simplemente *respete*, o sea, no contradiga tal libertad; un negocio jurídico será observante de las normas sustanciales sobre su producción cuando su causa no sea ilícita, esto es, como impone el artículo 1343 del Código Civil italiano, *respete* o no sea contrario «a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres»; lo mismo puede decirse de un acto administrativo cuando sus disposiciones *respeten*, o sea, no contradigan normas legales.

De este modo, tenemos tres términos que designan tres fenómenos diversos: la *aplicación formal*, que concurre en cualquier acto formal, que, para su existencia, requiere siempre alguna forma que lo haga reconocible como tal y, para su validez formal, todas las formas previstas por las normas formales sobre su producción; el *respeto*, que concurre en todas las decisiones —autónomas como los actos negociales privados o discrecionales como las leyes y los actos administrativos— que deciden por sí mismos sus significados, a los que solo se impone la coherencia, es decir, la no incompatibilidad, con las normas supraordenadas a ellos; la *aplicación sustancial*, que se da en las decisiones cuyo significado, como sucede típicamente en las decisiones cognoscitivas de tipo jurisdiccional, está vinculado a las normas sustanciales por ellas, precisamente, aplicadas.

Sobre la base de estos diversos referentes empíricos —las *formas* y los *significados*— es posible ahora asociar la aplicación formal, y con ello la existencia, la validez o la invalidez formal, a la dimensión «nomodinámica» y el respeto y la aplicación sustancial, y con ello la validez y la invalidez sustancial, a la dimensión «nomo-estática» del ordenamiento. En efecto, *nomodinámica* y *nomoestática*, en el sentido de estas expresiones ilustrado en el § 3 de la Introducción, designan dos diversos fundamentos de las normas de derecho positivo: una la *conformidad* con las normas formales y la otra la *coherencia* con las normas sustanciales sobre su producción.

Así pues, no es cierto que, como afirma Kelsen, el derecho positivo sea «un sistema de naturaleza dinámica»[6]. En el estado de derecho, y sobre todo en el estado constitucional de derecho, que es un sistema de límites y vínculos al ejercicio de los poderes, el derecho es «esencialmente» un sistema estático, dentro del cual la validez de las normas, y en particular de las normas de ley, depende principalmente de su coherencia con las normas sustanciales supraordenadas a ellas. La estructura en grados de los ordenamientos de derecho positivo está relacionada tanto con su dimensión formal o dinámica como con su dimensión sustancial o estática, tanto con las fuentes como con las normas, tanto con la conformidad de las primeras como con la coherencia de las segundas con las normas, formales o sustanciales, sobre su producción. Si, en efecto, un sistema de derecho positivo no dinámico, es decir, carente de normas formales, es una contradicción en los términos, es también cierto que resulta difícil concebir un ordenamiento dinámico que no sea

6. H. Kelsen, *Teoría general*, cit., Primera parte, cap. X, B, a, p. 133; y cap. XI, B, g, pp. 156-157. Íd., *Teoría pura*, cit., § 34, c, pp. 205-208.

también estático, esto es, carente por completo de normas sustanciales sobre la producción. Un ordenamiento tal debería estar dotado únicamente de la norma formal *quod principi placuit legis habet vigorem*, que atribuye al príncipe el poder de legislar, juzgar y contradecirse a su gusto, no consintiéndole, sin embargo, emanar normas sustanciales sobre la producción de otras decisiones por parte de otros sujetos, aun cuando fueran sus subordinados o delegados suyos.

Es por lo que nomodinámica y nomoestática se configuran como las dos dimensiones, igualmente esenciales, del estado de derecho, presidido, respectivamente, por las normas formales y las sustanciales sobre la producción: la conformidad y la disformidad de las formas, de las que dependen el vigor y la validez formal, son un hecho dinámico; la coherencia y la incoherencia de los significados, de las que depende la validez sustancial, son, en cambio un hecho estático. Por tanto, con referencia a los actos formales, el principio de legalidad en el estado legislativo de derecho puede ser reformulado en términos más precisos y complejos que los utilizados en su primera, general formulación, en el § 1.10, donde ha sido articulado en el principio de legalidad de los actos y en el de legalidad de las situaciones. Llamo *principio de mera legalidad* o de *legalidad formal* al principio de legalidad consistente en la sujeción de la *forma* de los actos formales a *normas formales*; llamo *principio de estricta legalidad* o de *legalidad sustancial* al principio de legalidad consistente, en cambio, en la sujeción del *significado* de las decisiones a *normas sustanciales*. En virtud del primer principio, relativo a la dimensión *dinámica* del derecho, todos los actos formales están, como todos los demás actos, no solo previstos por normas deónticas y son, con base en estas, inteligibles y reconocibles, sino que son válidos formalmente, o cuando menos existentes o vigentes, en cuanto sean observantes, en el primer caso, de todas y, en el segundo, cuando menos de algunas de las formas establecidas en tales normas sobre su producción, por eso llamadas *formales*. En virtud del segundo principio, relativo a la dimensión *estática* del ordenamiento, los actos formales que son las decisiones, como los negocios, los actos administrativos, las resoluciones judiciales y, en el estado constitucional, incluso las leyes, precisamente porque no solo requieren, como todos los demás actos formales, la observancia de las formas preestablecidas para ellos, sino que además producen como efectos los significados decididos por ellos mismos, están vinculados a la observancia, es decir, a la no contradicción, de las normas sobre su producción, por eso llamadas *sustanciales*.

Forma y sustancia, signos y significados, actos y situaciones, fuentes y normas, procedimientos y contenidos, validez formal y validez sustan-

cial, nomodinámica y nomoestática, normas de reconocimiento y razón social, conformidad y coherencia, derechos instrumentales de autonomía civil y política, y derechos sustanciales de libertad y sociales se revelan, por tanto, desde ahora como las dos dimensiones en las que, según se verá analíticamente en el curso de este libro, se articula en su totalidad tanto la fenomenología del derecho como la de la democracia.

En efecto, puede afirmarse que la dimensión dinámica y formal es prevalente en el estado legislativo de derecho, en el que existencia y validez de las leyes coinciden y la dimensión estática y sustancial se refiere solamente a los actos y las prescripciones infralegales. En cambio, en el paradigma del estado constitucional de derecho, al que se dedicará el próximo capítulo, prevalece la dimensión estática y sustancial, que se extiende también a la validez de las leyes. Es sobre todo en este paradigma donde la dimensión estática y sustancial, referida a los significados, se revela, además, como una dimensión lógica. En efecto, pues, en él, respeto y aplicación sustancial resultan satisfechos el uno por la coherencia o no contradicción entre las normas de ley producidas y las normas constitucionales supraordenadas a ellas, y la otra, no solo por la subsunción o denominación judicial de los hechos comprobados sobre la base de las normas aplicadas a ellos, sino también por la actuación legislativa de las expectativas constitucionalmente formuladas a través de la introducción de las garantías que estas implican. En síntesis, consisten en el respeto o en la aplicación de las normas sustanciales sobre la producción jurídica y, al mismo tiempo, de los *principia iuris tantum* de no contradicción y de implicación formulados en el § 1.2 sobre la base de nuestro hexágono de las modalidades y las expectativas deónticas.

He insistido en esta distinción entre respeto y aplicación sustancial, entre no contradicción e implicación, porque se revelará esencial en los próximos capítulos, a los fines de una reformulación de la clásica separación de poderes, que es uno de los principios constitutivos de cualquier democracia constitucional. La separación entre aquellas que en el § 3.8 llamaré *funciones de gobierno*, sean legislativas o ejecutivas, que son poderes discrecionales a cuyo ejercicio se exige el simple *respeto* de las normas supraordenadas, y las que llamaré *funciones de garantía* que incluyen, no solo las jurisdiccionales de garantía secundaria, sino también, incluso antes, las que llamaré funciones administrativas de garantía primaria de los derechos fundamentales, a cuyo ejercicio, vinculado a la comprobación de sus presupuestos, se exige, en cambio, la *aplicación sustancial* de las normas supraordenadas. En efecto, pues, como se verá en los § 3.9, 4.9, 5.7 y 8.2, la separación entre estas dos clásicas funciones se justifica por la diversidad y contraposición de los

valores perseguidos por ellas: la autonomía de los actores del derecho, asegurada en democracia por las normas formales sobre los derechos fundamentales de autonomía civil y política, y los límites y vínculos impuestos a tales autonomías por las garantías de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Más en general, aquella permitirá el desarrollo de la entera teoría tanto del derecho como de la democracia constitucional, con referencia, de un lado, a las formas y, de otro, a la sustancia de las decisiones.

2.4. *Los actos informales. Actos ilícitos, cumplimientos e incumplimientos. La responsabilidad y las sanciones.* Los actos informales, ya se ha dicho, son habitualmente actos no lingüísticos cuya eficacia no requiere ninguna forma de actuación. Llamo *actos ilícitos* a los actos informales prohibidos cuyos efectos consistan en la expectativa de la aplicación de una sanción a cargo de sus autores, *cumplimientos* a los actos informales obligatorios cuyos efectos consistan en la satisfacción y, a veces, en la extinción de una obligación, e *incumplimientos* a los actos informales consistentes en la omisión de cumplimientos obligatorios y por eso en actos prohibidos como ilícitos. Mientras que los cumplimientos son siempre observancias de obligaciones que satisfacen las correspondientes expectativas positivas, los actos ilícitos, incluidos los incumplimientos, son siempre inobservancias de prohibiciones que violan las correspondientes expectativas negativas. Existen también actos informales *facultativos*: como el acto constituyente, consistente en el ejercicio desregulado de una facultad que en el § 3.10 identificaré con el poder constituyente; las costumbres que, como veremos en el próximo parágrafo, son fuentes informales de normas; la gestión de negocios ajenos; la ocupación de cosas muebles, como la *inventio thesauri* o el apoderamiento de *res derelictae* como actos de adquisición originaria de la propiedad.

En todos los casos se trata de los actos, por así decir, *iniciales* y *finales* de las secuencias o cadenas ilustradas en el § 1.4; las cuales, como ya he dicho, tienen inicio y fin en otros tantos actos informales. Tienen fin, cabe añadir, en un doble sentido: en el de que marcan *el fin* (es decir, la extinción) de la secuencia, tratándose de actos no lingüísticos y, por tanto, no expresivos de ulteriores significados deónticos destinados a ser actuados por actos posteriores, y en el sentido de que son lo que el derecho tiene *el fin* (esto es, el objeto) de impedir (en cuanto prohibido), de conseguir (en cuanto obligatorio), o de no impedir y de promover (en cuanto facultativo).

Al no ser los actos informales actos lingüísticos que requieren vínculos de forma o de significado, el *principio de legalidad* es para ellos bas-

tante más simple que lo es el de legalidad para los actos formales al estar referido únicamente, según la formulación expresada al comienzo del § 1.10, a las situaciones normativamente dispuestas o predispuestas de las que ellos, en virtud del *principio de legalidad de los actos*, son actuaciones, y a los efectos que, en virtud del *principio de legalidad de los efectos*, están normativamente predispuestos para ellos. Por ejemplo, en materia penal, el primer principio es el de legalidad de los delitos y el segundo el de legalidad de las penas[7].

Como se ha dicho en el § 2.1, los efectos de derecho de los actos informales están predispuestos por el ordenamiento a causa de sus efectos de hecho con el fin de desincentivarlos, como en el caso de los actos ilícitos, o, por el contrario, de incentivarlos, como en el caso de los cumplimientos. En este último caso, el efecto jurídico es obvio: se trata de la satisfacción y a veces de la extinción de la obligación de la que el cumplimiento es observancia. Más complejo es el efecto de los actos ilícitos. Según la célebre fórmula kelseniana, tal efecto consistiría en el «deber ser» de una sanción. En realidad, como se dijo en el § 1.2, este «deber ser» es una fórmula elíptica, que ha de descomponerse en una doble relación: la relación de *eficacia* entre el acto ilícito y su efecto, consistente en la expectativa (y en la obligación correspondiente) de la aplicación de una sanción, y la relación de *actuabilidad* entre tal expectativa (y la obligación correspondiente) y su actuación, consistente en la decisión que aplica la sanción.

Llamo *responsabilidad* al efecto de un acto ilícito consistente en la expectativa de la aplicación de una sanción, predispuesta por una norma hipotético-deóntica a cargo del autor del ilícito, y *condena* a la decisión que, en actuación de la obligación correspondiente predispuesta a cargo de un juez, dispone la *sanción*, es decir, la sujeción del autor del ilícito a una aflicción o a la obligación de una prestación. Diremos, por

7. Se refiere, en cambio a la ley penal la expresión elíptica «principio de estricta legalidad de los delitos» que impone la configuración legal de estos en términos lo más precisos y taxativos que sea posible. En efecto, este principio no tiene directamente que ver con los delitos, sino con el significado de las leyes penales que los prevén, identificándose con una regla semántica meta-legal de formación de la *lengua legal* que prescribe al legislador connotar los términos que denotan los delitos de la manera más precisa posible, para permitir su uso en el *lenguaje judicial*, como predicados de hechos comprobados, en tesis plausiblemente susceptibles de verificación y de refutación empírica. Por eso, cuando se habla del *principio de legalidad penal*, es necesario distinguir entre el *principio de mera legalidad*, que se refiere a los delitos, es decir, a su previsión por parte de la ley y está dirigido a los jueces, además de a los ciudadanos, y el *principio de estricta legalidad*, que se refiere, en cambio, a la ley y está dirigido al legislador. Para un análisis más minucioso de este principio, remito a *Derecho y razón*, cit., § 9, pp. 117-129 y § 28.3, pp. 378-381.

ejemplo, el efecto de un delito no es directamente la pena, sino la expectativa de la (o la sujeción a la) imposición de una pena, o sea, la responsabilidad penal, cuya garantía consiste en la obligación, a cargo de un juez, de la condena a la pena predispuesta para aquel.

Además, se pueden distinguir dos tipos de responsabilidad estructuralmente diversos: la *responsabilidad pasiva*, que consiste en la expectativa de una condena a una sanción consistente en la sujeción a una lesión, y la *responsabilidad activa*, que, en cambio, consiste en la expectativa de una condena a una sanción consistente en la obligación de una prestación. La primera forma de responsabilidad es típicamente la penal y consiste en la situación pasiva de quien está sujeto a sanciones coactivas y lesivas de carácter público. En cambio, la segunda es típicamente la civil y consiste en la situación activa de quien está obligado a la ejecución de una determinada prestación, como, por ejemplo, el resarcimiento del daño. Una, vale para caracterizar prevalentemente a los ilícitos de derecho público y típicamente a los delitos; la otra, prevalentemente a los ilícitos civiles. Prevalente pero no exclusivamente. En efecto, pues también la responsabilidad penal puede consistir en la sujeción de una condena a prestaciones, como, por ejemplo, al pago de una sanción pecuniaria. Y asimismo la responsabilidad civil puede consistir en la sujeción a una condena a sufrir una lesión, como, por ejemplo, la ejecución forzada.

Se da, por tanto, una significativa analogía estructural entre los efectos de los actos ilícitos y los efectos de los actos inválidos ilustrados al final del § 2.2. También la responsabilidad como efecto de los actos ilícitos, al igual que la anulabilidad como efecto de los actos inválidos, puede ser identificada con una situación pasiva: precisamente con la expectativa positiva de su comprobación y de la aplicación de la sanción correspondiente, por parte de un juez, al que corresponde la obligación de satisfacerla. Diremos, pues, que todos los actos prohibidos, sean ilícitos o inválidos, comportan la expectativa de una intervención judicial: de anulación del acto inválido o de condena por el acto ilícito. Al igual que la anulación de los actos inválidos, también la sanción de los actos ilícitos está siempre mediada por una resolución judicial cuya expectativa es el específico efecto del ilícito. La única diferencia es que mientras la anulación es la misma resolución que satisface la expectativa consistente en la anulabilidad y, con ello, extingue la secuencia de los actos y de las situaciones, la condena es la actuación de la responsabilidad, pero requiere a su vez ser seguida, precisamente, de la ejecución de la sanción.

Así pues, correlativamente a las dos clases de actos prohibidos, los *actos inválidos* y los *actos ilícitos*, tendremos dos tipos de efectos, la

anulabilidad y la *responsabilidad*, ambas consistentes en expectativas positivas que implican e imponen a un juez la obligación de actuar, es decir, la anulación de los primeros y la condena por los segundos[8]. En síntesis, se trata de la *justiciabilidad*, o sea, de la expectativa de obtener justicia frente a las transgresiones jurídicas, garantizada por las correspondientes obligaciones de anulación o de condena, como forma de remediar la inefectividad de las que he llamado garantías primarias o de impedir lo que sería peor, las acciones consistentes en hacerse justicia por propia mano. Es, pues, evidente que, en un sistema dinámico como el derecho positivo, tales obligaciones, aunque implicadas e impuestas por los actos inválidos o ilícitos de los que son efectos, requieren ser introducidas por específicos actos normativos, en ausencia de los cuales se producen las que en el § 4.2 llamaré 'lagunas secundarias'.

2.5. *Fuentes formales y fuentes informales. La costumbre.* Llamo *fuentes formales* a las decisiones normativas consistentes en actos formales, como los actos legislativos y las decisiones subordinadas a ellos, sujetas a normas formales y sustanciales sobre su producción. Además, existen también fuentes, es decir, actos productivos de normas, consistentes en actos informales, a los que, por eso, llamaré *fuentes informales.* Una fuente informal es el acto constituyente que, como se verá en su momento, es un acto informal, carente de formas jurídicas normativamente predispuestas.

Pero las fuentes típicamente informales son las *consuetudinarias.* Estas fuentes pueden ser definidas como actos informales cuya constante repetición es comúnmente interpretada como dotada de significado normativo. Por tanto, se llamará *costumbres* a todas las normas producidas por su repetida observancia, esto es, en virtud de su efectividad. Su rasgo caracterizador reside en la llamada *communis opinio iuris ac*

8. Como se ha dicho en la nota 12 del primer capítulo, a diferencia de la anulabilidad, la responsabilidad resulta a menudo configurada por la doctrina como situación jurídica. Me limito a recordar en tal sentido a R. Nicolò, «Tutela dei diritti. Art. 2740-2899», en *Commentario del codice civile*, A. Scialoja y G. Branca (eds.), Zanichelli, Bolonia, 1945, p. 3, que la caracteriza como «situación jurídica autónoma [...] a caballo entre el derecho sustancial y el derecho procesal»; A. Levi, *Teoria generale del diritto*, cit., cap. XV, p. 210, según el cual la responsabilidad es una «situación subjetiva»; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1964, cap. II, § 1 y 4, pp. 43 y 71-78, que concibe la responsabilidad como una situación consecuente a la producción de un daño ilícito. Recuérdese, además, la asimilación de la responsabilidad a los derechos como objeto de adscripción debida a H. L. A. Hart, «L'ascrizione di responsabilità e di diritti» (1948-1949), en Íd., *Contributi all'analisi del diritto*, trad. it. de V. Frosini, Giuffrè, Milán, 1964, § 6.1, p. 67.

necessitatis, esto es, en el sentido comúnmente compartido de su obligatoriedad, evidentemente generado por su intrínseca justicia, racionalidad, utilidad u oportunidad. También las costumbres están a veces previstas por normas del ordenamiento y se insertan en la jerarquía de las normas, a un nivel habitualmente más bajo respecto al de las producidas por fuentes formales. En el derecho italiano, por ejemplo, las normas que reconocen las fuentes consuetudinarias son dictadas por los artículos 1 y 8 de las disposiciones sobre la ley en general del Código Civil, que prevén los «usos» como «fuentes del derecho», estableciendo que «en las materias reguladas por las leyes y los reglamentos tienen eficacia solo cuando sean invocados por ellos». Pero, además de en los usos, piénsese también en la enorme importancia que en el funcionamiento de las instituciones públicas tienen las convenciones y las costumbres parlamentarias, como, por ejemplo, la práctica de las consultas realizadas por el jefe del estado o la de los llamados «mandatos de exploración» para la formación del gobierno; o también en la relevancia alcanzada por muchas prácticas administrativas, consolidadas hasta el punto de ser percibidas como normativas.

El aspecto más singular de las costumbres consiste en el hecho de que sus actos de observancia son también su fuente. Si no fuera un contrasentido excluido por la noción de relación de grado postulada en el § 1.4, parecería poder decirse que normas y fuentes consuetudinarias son normas y actos en relación de grado consigo mismos. En realidad, las relaciones que las normas consuetudinarias mantienen con sus fuentes son, no ya consigo mismas, sino con normas y actos antecedentes a ellas, aunque del mismo tipo y nivel. En síntesis, fuentes y normas consuetudinarias están subordinadas a las representadas por sus «precedentes» y supraordenadas a aquellas de las que ellas son los «precedentes». Se comprende que esta especial naturaleza de las costumbres incida profundamente sobre las condiciones de su existencia y legitimidad. Al consistir las fuentes consuetudinarias en actos informales, es decir, carentes de forma, es evidente que para ellas no cabe hablar de validez o invalidez formales. Pero tampoco puede hablarse de validez o de invalidez sustanciales de las normas consuetudinarias: en el ordenamiento italiano, por ejemplo, al estar prohibidas las costumbres *contra legem*, el vicio de sustancia que proviniera de su incoherencia con las leyes determinaría su inexistencia más que su ilegitimidad; donde no existiera semejante prohibición, en la consolidación de tales costumbres habría que reconocer el fenómeno del *desuso* de las leyes contradichas por ellas. De aquí se sigue la coincidencia entre efectividad, existencia y (no siendo posible hablar de validez) regularidad de las costumbres. Que son ras-

gos comunes al poder constituyente que, como se verá en el § 3.10, además de ejercido mediante un acto informal como es el poder constituyente, es asimismo siempre efectivo. La diferencia está en que, mientras que el poder y el acto constituyente, al igual que la constitución, están en el vértice del sistema, las fuentes consuetudinarias y las costumbres, por lo general, ocupan sus niveles más bajos, en confirmación de la tesis ya sostenida de que al comienzo y al final de las secuencias de los actos y de las situaciones hay un acto informal: *ex facto oritur ius, ad factum pervenit ius.*

En los ordenamientos modernos, obviamente, la gran mayoría de las normas es producida por fuentes formales, es decir, por actos lingüísticos expresados de determinadas formas como son las decisiones. Sin embargo, el fenómeno de la costumbre, que hasta hace algunos decenios, por su carácter informal, parecía un residuo premoderno y relativamente marginal, en la actual crisis del monopolio estatal de la producción jurídica y en la consiguiente incertidumbre de la jerarquía de las fuentes, ha recuperado una nueva relevancia y una nueva centralidad. Por dos razones. La primera, es el espacio nuevo y creciente que en la era de la globalización ha venido a ocupar la *lex mercatoria*, cuya principal fuente es precisamente la costumbre, esto es, la *oppinio iuris ac necessitatis* de que, en el vacío de derecho público heterónomo que, como se verá en su momento, caracteriza al mercado global, están asistidas las prácticas puestas en acto por la autonomía privada y arraigadas en el consenso de los operadores económicos.

La segunda razón está favorecida también por la crisis del monopolio estatal, y más específicamente legislativo, de la producción del derecho y del papel cada vez mayor adquirido, en los sistemas de *civil law* y no solo en los de *common law*, por la producción jurídica de tipo jurisprudencial. Es así porque, como se verá en el § 3.6, en el fenómeno *lato sensu* consuetudinario entran no solo los usos propiamente dichos, sino también los vínculos que en todos los ordenamientos —de hecho, si no de derecho— están asociados a los llamados «precedentes judiciales», o sea, a las costumbres interpretativas. En efecto, pues al fenómeno consuetudinario son reconducibles las interpretaciones consolidadas de las fuentes formales, de las leyes a las constituciones, que, precisamente por su constante repetición, están acreditadas como «dominantes» y son percibidas como vinculantes. En fin, son también asociables al fenómeno consuetudinario los cambios de sentido de los textos normativos producidos por la modernización de los hábitos y registrados por los cambios interpretativos: se trata de fenómenos conexos a la naturaleza lingüística del derecho, que, repito, es un mundo de signos y de

significados que, como en todas las lenguas, se acreditan sobre la base de los usos y las reglas de uso espontáneamente producidas por la práctica cotidiana.

2.6. *Situaciones activas y situaciones pasivas. Poderes y deberes. El poder jurídico en el estado de derecho. Potestades y funciones.* En los parágrafos precedentes he formulado una teoría sumaria de los *actos jurídicos*, distinguiendo en ellos dos clases, los actos formales y los actos informales, sobre la base de la forma lingüística requerida por los primeros y no por los segundos. Luego he definido las diversas figuras de observancia y de inobservancia de las normas sobre la producción de los actos formales —el vigor y la inexistencia, la validez y la invalidez, tanto formales como sustanciales— sobre la base de las relaciones de conformidad o de disformidad y de coherencia o de incoherencia en las que las formas y los significados de tales actos se encuentran con las normas formales y sustanciales sobre su producción. En fin, he ilustrado los distintos efectos de los diversos tipos de actos: las situaciones, las normas y los *estatus* producidos por los actos formales como sus significados y, en caso de invalidez, su anulabilidad; las extinciones de las obligaciones producidas por los cumplimientos; las diversas figuras de responsabilidad producidas por los actos informales ilícitos.

Es más difícil una teoría general y unitaria de las *situaciones jurídicas*. La ciencia del derecho no ha elaborado una tipología sistemática de las situaciones, sino solo una multiplicidad de clasificaciones heterogéneas ligadas a los diferentes ámbitos disciplinares: la teoría de los derechos subjetivos que, a su vez, es un aglomerado de doctrinas diversas, privatistas, procesalistas, constitucionalistas e internacionalistas; la teoría civilista de las obligaciones; las doctrinas penalistas del delito y de las correspondientes prohibiciones penales; las doctrinas políticas y las publicistas de la soberanía y de los poderes del estado; las doctrinas administrativistas de los poderes administrativos y las procesalistas de la función judicial; las teorías de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal. Una clasificación unitaria de las situaciones basada en distinciones exhaustivas y exclusivas es quizá imposible. Sin embargo, sí cabe identificar los principales tipos de situaciones sobre la base de sus nexos estructurales con los diversos tipos de actos de los que son actuación, esto es, ejercicio, observancia, violación o satisfacción, y con aquellos de los que, a su vez, son efectos.

A tal fin, partiré de la gran división de las situaciones realizada en el § 1.3: entre *situaciones activas*, consistentes en modalidades, y *situaciones pasivas*, que consisten en expectativas; que es una distinción ex-

haustiva pero no alternativa, dado que, como se dijo entonces, las situaciones tienen casi siempre una estructura molecular. Piénsese, por ejemplo, en los derechos subjetivos, que, además de consistir en expectativas de no lesión o de prestación, incluyen habitualmente también modalidades activas, es decir, facultades, y hasta poderes. Distinguiré luego las situaciones prevalentemente activas en 'poderes' y 'deberes'. Los *poderes* son las situaciones activas consistentes en las modalidades deónticas de actos preceptivos. Los *deberes* son las situaciones activas consistentes en la obligación o en la prohibición de actos jurídicos. Existe, pues, un parcial paralelismo entre la distinción de los actos en formales e informales y la de las situaciones en poderes y deberes: los poderes son ejercidos por actos formales preceptivos, sean decisiones o actos constitutivos, mientras que los deberes son actuados sobre todo por actos informales, como los actos ilícitos y los cumplimientos, que de ellos son, en un caso, violaciones, y, en otro, observancias. Pero la correspondencia es solo aproximada. Mientras que las actuaciones de los poderes son solo actos preceptivos, los deberes pueden concurrir como modalidades de cualquier acto, incluidos los actos formales: por ejemplo, las cargas son deberes de esos actos formales que son los actos instrumentales; además, algunos poderes, como las funciones públicas —por ejemplo, el poder del juez de emitir una sentencia— son también deberes; en fin, todos los poderes comportan las obligaciones de forma predispuestas como condiciones de validez formal de los actos preceptivos mediante los que se ejercen.

La situación activa más importante es, sin duda, el *poder jurídico*, que defino como la situación producida por una decisión y consistente en la modalidad de un acto preceptivo productor de efectos en la esfera jurídica propia y/o de otros. Claramente se trata de un poder bastante diverso de los poderes informales o de hecho, como son los poderes culturales, religiosos, afectivos o, en cualquier caso, extralegales y a veces ilegales. Con respecto a tales poderes desregulados, los poderes jurídicos se caracterizan por dos elementos, que hacen las situaciones activas más complejas y problemáticas. En primer lugar, aparte la figura completamente singular del poder constituyente, estos son siempre efectos de decisiones de cuya validez, determinada por la conformidad y coherencia con las correspondientes normas formales y sustanciales sobre la producción, depende su legitimidad. En segundo lugar, a su vez, consisten siempre en situaciones activas de cuya legitimidad depende la validez de los actos preceptivos que son su ejercicio.

Dentro de los poderes jurídicos distingo dos grandes clases, en función del tipo de intereses en cuyo apoyo son conferidos y por los que

son legitimados. Llamo *potestades* (o *poderes autónomos*) a los poderes conferidos en el interés de sus mismos titulares: tales son todos los derechos subjetivos que más adelante llamaré 'potestativos', como los derechos civiles y políticos de autonomía y los derechos patrimoniales activos, comenzando por la propiedad privada, cuyo ejercicio es, precisamente, un acto potestativo en cuanto realizado en interés exclusivo de su autor. En cambio, llamo *funciones* (o *poderes funcionales*), a los poderes adscritos a sujetos jurídicos no en su personal interés, sino en el de otros sujetos: son tales los poderes conferidos a entes públicos en actuación de su razón social, o bien a personas naturales en razón de su representación jurídica de intereses ajenos, sea esta voluntaria o necesaria. Por eso, mientras que las potestades, al ser en el interés de sus titulares, son siempre *poderes-facultad*, las funciones, al ser en el interés de terceros, son siempre *poderes-deberes*. Es evidente que para evitar indebidos *conflictos de intereses*, potestades y funciones serán incompatibles de tener a los mismos sujetos por titulares, cuando los personales intereses de los titulares de las primeras puedan entrar en contradicción con los intereses en garantía de los cuales se han conferido a estos las segundas.

Cruzando esta distinción con la establecida entre los poderes dispuestos por normas téticas y los poderes predispuestos por normas hipotéticas, como resulta del cuadro siguiente, se obtendrán cuatro tipos de poder. Son *potestades téticas* todas las potestades, por así decirlo, originarias y universales, es decir, consistentes, como los *derechos de autonomía* civil y política, en derechos fundamentales activos, según veremos en el próximo capítulo, dictados directamente por normas téticas. En cambio, son *potestades hipotéticas* todas las potestades, por así decir, adquiridas y singulares, como son típicamente las consistentes en *derechos patrimoniales*, según veremos en su momento, predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos, generalmente negociales, hipotetizados por ellas. Son *funciones téticas* las que llamaré *funciones institucionales*, porque inmediatamente dispuestas, con referencia a personas jurídicas o a sus órganos, por normas téticas. En fin, son *funciones hipotéticas* las que llamaré *funciones representativas*, porque predispuestas, con referencia a representantes, por normas hipotéticas como efectos de los actos por los que estos son designados.

La distinción entre *potestades téticas* y *potestades hipotéticas* está en la base y en gran parte coincide con la de derechos(-poderes) fundamentales y derechos(-poderes) patrimoniales de que hablaré en el próximo capítulo. Podemos configurar desde ahora las potestades como *poderes autónomos*, porque conferidos y ejercidos en el interés de sus mismos titulares sobre el presupuesto de que cada uno es el mejor intérprete de

poderes	poderes téticos	poderes hipotéticos
potestades	potestades téticas derechos de autonomía	potestades hipotéticas derechos patrimoniales
funciones	funciones téticas funciones institucionales	funciones hipotéticas funciones representativas

sus propios intereses, y las funciones como *poderes discrecionales*, porque conferidos y ejercidos en el interés de otros, ya sea en virtud de un mandato, como en las funciones privadas instituidas mediante poder, o bien, como en el caso de las funciones institucionales de las personas jurídicas, formulado en su estatuto. Además, el carácter discrecional de las funciones es una cuestión de grado al depender de la naturaleza de los intereses —públicos o privados, individuales o colectivos, inderogables o derogables— para cuya tutela son atribuidas.

En cambio, la distinción entre *funciones institucionales téticas* y *funciones representativas hipotéticas* se revelará esencial, en el próximo parágrafo, a los fines del análisis del funcionamiento de las personas jurídicas, titulares de las primeras, y de sus relaciones con las personas físicas de sus funcionarios, titulares de las segundas. Aquella permitirá, de un lado, analizar la complicada relación de representación orgánica en virtud de la cual las funciones institucionales solo son ejercibles a través de las funciones representativas y, del otro, plantear los temas —difíciles y complejos— de las competencias de los distintos sujetos implicados en tal relación y de las normas de competencia que las prevén.

En el modelo del estado constitucional de derecho, en todos los casos, todos los poderes jurídicos, a excepción del poder constituyente, son poderes regulados en lo relativo a las formas y a la sustancia de su ejercicio. Todos están sujetos a normas, formales y sustanciales, sobre la producción, tanto de las decisiones de las que son efectos como de los actos preceptivos que son su ejercicio. Se entiende que la elaboración de tales normas, dirigidas a limitar el ejercicio arbitrario de los poderes y a contener su tendencia a acumularse en formas absolutas[9], sea desde siempre el problema fundamental de toda doctrina racional y garantista del estado de derecho. En efecto, la alternativa entre poder regulado y poder desregulado equivale a la clásica alternativa entre el gobierno de

9. Como escribió Montesquieu, «es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites», *Del espíritu de las leyes* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, libro XI, cap. IV, p. 150.

las leyes y el gobierno de los hombres, caracterizados lúcidamente por Aristóteles uno como «razón» y el otro como connotado por «un elemento animal», «pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y a los mejores de los hombres»[10].

Este conjunto de normas sobre la producción confiere a los poderes jurídicos una particular complejidad estructural, que se manifiesta en el hecho de que su ejercicio está limitado y vinculado de diversas formas, unas veces en el *an* y en todos los casos en el *quomodo* y en el *quid*, por obligaciones y prohibiciones de la más diversa naturaleza, para la tutela de su pacífica convivencia y, por lo que se refiere a los poderes públicos, por los intereses públicos en función de los cuales son conferidos. En cuanto al *an* del ejercicio, a veces, como en el caso de esas 'potestades' que son los derechos de autonomía, el poder de tomar una decisión válida, por ejemplo, de concluir un contrato, es una facultad; otras veces, como en el caso de las 'funciones', es una obligación o cuando menos está asociado a obligaciones en atención a los sujetos en cuyo interés ha sido conferido; incluso, en relación con los actos inválidos con los que, de hecho, a veces se ejerce, es una prohibición. En cuanto al *quomodo*, también cuando se trata de una potestad, los actos preceptivos mediante los que se ejerce el poder jurídico están siempre sujetos a obligaciones de forma por las normas formales sobre su formación. En fin, el *quid*, es decir, el significado de tales actos —cuando no está inmediatamente predeterminado por normas hipotético-constitutivas, como en el caso de los actos puramente constitutivos— está siempre sometido a prohibiciones y a veces a obligaciones por las normas sustanciales sobre su producción: por las normas constitucionales y, precisamente, por los principios y los derechos establecidos en ellas, cuando se trate de leyes ordinarias; por las normas legislativas, cuando se trate de decisiones infralegales, como las sentencias, lo actos administrativos o los actos negociales.

En síntesis, en el estado de derecho, los poderes constituidos no son nunca «absolutos» o «soberanos». No son nunca facultades de decidir en todo caso, en cualquier forma y cualquier cosa. Como se verá en el parágrafo que sigue, son siempre situaciones moleculares complejas que tienen por válido ejercicio no cualquier acto, sino solo los tipos de actos preceptivos previstos y disciplinados, en cuanto a la forma y a los contenidos, por normas formales y sustanciales sobre su producción. En el estado de derecho, facultades, obligaciones y prohibiciones, incompati-

10. Aristóteles, *Política*, trad. cast. de J. Marías y M. Araujo, introd. y notas de J. Marías, III, 15-16, 1286a-1287a, pp. 100 y 103-104.

bles entre sí cuando tengan los mismos argumentos, concurren en la fenomenología del poder jurídico porque tienen argumentos diversos: el mismo *acto* preceptivo, cuya comisión (el *an*) puede ser, según los casos, facultativa, obligatoria o incluso prohibida; su *forma* (el *quomodo*), que es siempre argumento de obligaciones de conformidad y de correlativas prohibiciones de disformidad; su *significado* o contenido (el *quid*) que, cuando no es un estatus normativamente preestablecido, como en los actos constitutivos, es siempre objeto de prohibiciones de incoherencia y de obligaciones de aplicación, en relación con las normas supraordenadas a él.

2.7. *Representación orgánica, relación orgánica, competencia y normas de competencia. Los estatutos de las personas jurídicas.* En el § 1.7 he individualizado tres tipos de *representación jurídica*, o sea, de relaciones de imputación de actos y situaciones a sujetos distintos de aquellos que son sus autores o titulares. La *representación negocial* o *voluntaria*, que consiste en una relación jurídica entre representantes y representados originada por el acto de otorgamiento de un poder; la *representación legal* o *necesaria*, que consiste en la misma relación instituida por la ley, como es la representación de los menores y de las demás personas naturales incapaces de obrar; la *representación orgánica*, aquí configurada como representación jurídica también necesaria, en la que el representado es una persona jurídica o uno de sus órganos y el representante un funcionario, integrado de manera estable en el ordenamiento de una o del otro.

La definición de 'función' y la distinción entre 'funciones institucionales' y 'funciones representativas' realizada en el parágrafo precedente nos permiten ahora definir y analizar este tercer tipo de representación, que seguramente es el más importante de todos a los fines del análisis de las estructuras organizativas de las personas jurídicas, y en particular de las instituciones públicas y, al mismo tiempo, el más complejo, a causa de las complicadas y controvertidas relaciones que ligan a representantes y representados. Defino *representación orgánica* como la relación jurídica en virtud de la cual una persona artificial o un órgano suyo, titulares de las funciones institucionales atribuidas a ellos por normas téticas, son representados por personas naturales que llamamos *funcionarios*, imputadas a su vez, por normas hipotéticas, de las mismas funciones que ellas están en condiciones de ejercitar como autores de actos, a su vez imputados a la persona jurídica y/o a uno de sus órganos. Es por lo que, como se dice en el § 1.7, los funcionarios, en contra de la tesis mantenida por la doctrina corriente, no son órganos de las

personas jurídicas ligados a estas por una «relación orgánica» de identificación análoga a la que liga los órganos de su cuerpo a las personas físicas o naturales. Lo que liga a las personas jurídicas y sus órganos, por su naturaleza incapaces de obrar, es una relación de representación jurídica sin cuya mediación sería imposible imputar a tales entidades artificiales sus actos y los consiguientes efectos. Existe, por tanto, una relación biunívoca entre 'funcionario' y 'representación orgánica': el funcionario es siempre una persona física en relación de representación orgánica con una persona jurídica o con un órgano suyo en el ejercicio de las *funciones institucionales* de las que estos son titulares; a su vez, la representación orgánica es siempre una relación de representación entre una persona jurídica o un órgano suyo y la persona física del funcionario, titular de las *funciones representativas* de la una o del otro.

De este modo cae por completo la construcción organicista y antropomórfica de la teoría corriente de las personas jurídicas o artificiales. También los órganos requieren, necesariamente, representantes. Por eso los sujetos implicados en la representación orgánica, no son dos —persona jurídica y funcionario-órgano—, sino tres: la persona jurídica, el órgano y el funcionario. Los dos primeros son sujetos artificiales; el tercero es una persona física. Entre los dos primeros existe una relación que muy bien puede llamarse *relación orgánica*, pero que no tiene nada que ver con la representación y que tampoco es una relación jurídica, sino una simple articulación organizativa de la persona jurídica. Es por lo que no hay necesidad de decir que las personas físicas de los parlamentarios o del presidente de la República son «órganos» del Estado. O que la persona del alcalde lo es del Ayuntamiento, poblando así el mundo del derecho de máquinas monstruosas cuyos órganos o engranajes serían seres humanos. El fenómeno es mucho más simple. Órganos y funcionarios son sujetos radicalmente diversos —por consistir unos en conjuntos de empleados (*uffici*) y, por ello, en entidades artificiales, los otros en personas físicas y, por tanto, en sujetos naturales— ligados entre sí por la que he llamado, precisamente, representación orgánica, en virtud de la cual, a los primeros, y consecuentemente a las correspondientes personas artificiales, se imputan los actos con los que se ejercen las funciones institucionales de las que ellos son titulares y que tienen como autores a los segundos, a los que se imputan las mismas funciones como funciones representativas. La diferente naturaleza de los dos tipos de sujetos —los órganos y los funcionarios— se refleja en la diferente estructura de sus idénticas funciones: funciones téticas, porque inmediatamente dispuestas por normas téticas, las *funciones institucionales* de las personas jurídicas y de sus órganos; funciones

hipotéticas porque predispuestas por normas hipotéticas, las *funciones representativas* de sus funcionarios, consistentes, precisamente, en la representación jurídica de los entes y/o de los órganos representados y activados por ellos.

La distinción entre estos dos tipos de funciones —necesaria para entender la *estructura organizativa* de las instituciones consideradas como personas artificiales, paralela a su *estructura normativa* de vérselas como ordenamientos— permite ahora el análisis de tres nociones bastante complejas de la teoría de las instituciones; la *competencia*, que es el presupuesto de la imputabilidad de funciones y de actos a personas jurídicas y/o a sus órganos, así como a sus funcionarios; las *normas de competencia*, es decir, las normas constitutivas de la competencia; el *estatuto*, que es el conjunto de las normas de competencia y de las demás normas sobre la producción de los actos de una persona jurídica y de sus órganos.

Los problemas suscitados por el concepto de competencia son muchos y difíciles. Ante todo, ¿en qué consiste la competencia? ¿En un estatus jurídico, o bien en una función o en varias funciones, o, incluso, en un requisito de forma de los actos preceptivos realizados conforme a ella? Además, ¿de qué sujeto es predicable? ¿De las personas jurídicas, de sus órganos, de sus funcionarios o de estas tres clases de sujetos? En tal caso, ¿cuál es la relación entre la competencia del órgano o de la persona jurídica y la competencia de sus funcionarios? En fin, ¿cuál es la relación entre la competencia y la validez de los actos?

La definición de competencia que propondré trata de resolver este conjunto de cuestiones conectando sus términos, aun cuando tan heterogéneos entre sí. Defino la *competencia* como el estatus jurídico producido por el acto constitutivo de una persona artificial, en la persona misma y/o en sus órganos, así como en sus funcionarios y requerido, como requisito de forma, a los actos preceptivos imputables a los primeros y actuados por los segundos en el ejercicio de funciones de las que los primeros son titulares y los segundos imputados. Por ejemplo, la competencia por materia y por territorio del Tribunal de Prato es la establecida para todos los tribunales por los artículos 9 y 18 del Código Procesal Civil y 6 y 8 del Código Procesal Penal italiano. Pero esta es también la competencia de las personas físicas que en concreto desempeñan las funciones de juez en el Tribunal de Prato. Lo mismo cabe decir del parlamento, de los ayuntamientos o de la asamblea de socios de una sociedad mercantil, cuyas competencias corresponden a tales entes y a sus órganos como presupuestos de las funciones de las que ellos son titulares y, al mismo tiempo, a sus funcionarios en cuanto autores de los actos que

son su ejercicio. Esta pluralidad de sujetos a los que se imputa simultáneamente la competencia se explica por la complejidad estructural de las normas con las que la competencia es atribuida. Como se ha visto en el § 1.5, todos los estatus jurídicos son ellos mismos normas tético-constitutivas, o son preestablecidos por normas hipotético-constitutivas. Ahora bien, la competencia es un estatus normativo, dispuesto téticamente por una norma tético-constitutiva, adscrito a una persona jurídica o a un órgano suyo y, al mismo tiempo, un estatus singular, predispuesto hipotéticamente por una norma hipotético-constitutiva, adscrito a la persona de su contingente funcionario como efecto del acto constitutivo, de nombramiento o de elección, hipotetizado por ella. Además, es también un requisito de forma impuesto por normas hipotético-deónticas a los actos preceptivos con los que son ejercitadas las funciones de las que esa forma es el presupuesto.

De este modo, hemos identificado también las *normas de competencia*. Tales normas son al mismo tiempo *a*) normas tético-constitutivas de la *competencia institucional* y de las correspondientes funciones institucionales de los entes y/o de sus órganos, *b*) normas hipotético-constitutivas de la *competencia representativa* y de las correspondientes funciones representativas de sus funcionarios y *c*) normas hipotético-deónticas sobre la competencia como requisito de forma de los actos ejecutados por estos en el ejercicio de las indicadas funciones. Repárese en que no nos hallamos frente a normas diferentes, sino frente a las mismas normas que figuran diversamente —como tético-constitutivas, como hipotético-constitutivas o como hipotético-deónticas— según se las mire desde el punto de vista de los entes y/o de sus órganos, del de sus funcionarios, o bien del de los actos con los que se ejercen las funciones correspondientes. Retomando el ejemplo anterior, las normas dictadas por los códigos italianos de procedimiento civil y penal sobre la competencia de los tribunales, son a la vez tético-constitutivas de la competencia de los tribunales e hipotético-constitutivas de la competencia de los jueces de carne y hueso investidos, tras su nombramiento y su toma de posesión, de funciones judiciales en los diversos tribunales, así como, al ser la competencia un requisito de forma de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, normas hipotético-deónticas sobre su producción.

Esta diversidad de estructura entre la competencia de los órganos, dispuesta téticamente por las mismas normas de competencia, y la competencia de los funcionarios por ellas predispuestas hipotéticamente, sirve para confirmar e iluminar la ulterior neta distinción realizada entre las dos clases de sujetos —los órganos y los funcionarios— confun-

didas, en cambio, por las doctrinas organicistas. Las dos competencias son establecidas por las mismas normas constitutivas. Pero la competencia institucional de los entes y de los órganos es téticamente constituida por tales normas, mientras que la competencia representativa de los funcionarios es pre-constituida hipotéticamente por tales normas como efecto del acto constitutivo singular hipotetizado por ellas. La competencia del órgano «presidente de la República italiana» y las funciones que le están atribuidas, son definidas por los artículos 87-89 de la Constitución italiana producidos por el acto constituyente; la competencia de Sergio Mattarella, que ejercita esas funciones desde 2014, aun coincidiendo con la del órgano y estando establecida por las mismas normas, está producida por el acto del Parlamento con el que él fue elegido para tal cargo.

Llamo *designación* al acto constitutivo de la competencia de un funcionario hipotéticamente preconstituida por la norma de competencia del ente o del órgano representado por él. Según provenga de arriba o de abajo, distinguiré dos tipos de designaciones: los actos de 'nombramiento' que dan vida a *funcionarios-comisarios*, y los actos de 'elección' que dan vida a *funcionarios-electivos*, «representativos» (política o socialmente) de sus electores además de «representantes» (jurídicamente) de los órganos en los que están instalados. La distinción se funda en la distinta naturaleza de los sujetos de los que proviene la designación. El *nombramiento* es una designación intra-orgánica, o sea, desde dentro o desde arriba, por obra de otros funcionarios de la persona jurídica y a veces del mismo órgano; la *elección* es una designación habitualmente extra-orgánica, es decir, desde fuera y desde abajo, debida a los sujetos colectivos en garantía de cuyos intereses o programas la institución ha sido instituida. Además, mientras que el nombramiento de los funcionarios, al haber sido obra de otros funcionarios, es siempre el ejercicio de una función discrecional, su elección, proviniendo de los sujetos de los mismos intereses para cuya tutela el ente o el órgano han sido instituidos, es siempre el ejercicio de potestades autónomas: más precisamente, de los derechos políticos o de autonomía política, las elecciones de funcionarios representativos de instituciones públicas; de los derechos civiles o de autonomía negocial, las elecciones de funcionarios representativos de instituciones privadas.

Por último, estamos en situación de introducir otra categoría básica de la teoría de las instituciones: la noción de '*estatuto*', que, como se verá en el próximo capítulo, toma el nombre de '*constitución*' en las específicas y fundamentales instituciones que son las instituciones políticas originarias. Es iluminante, a tal efecto, la definición ofrecida por el

artículo 16 del Código Civil italiano: «el acto constitutivo y el estatuto», dice, «deben contener la denominación del ente, la indicación del fin, del patrimonio y de la sede, así como las normas sobre el ordenamiento y sobre la administración». Parafraseando esta noción, se puede definir el *estatuto* como la norma fundamental de la correspondiente institución, que incluye tanto las *normas de reconocimiento* de su *ordenamiento*, consistentes en las normas de competencia que establecen y distribuyen las funciones de poder de cuyo ejercicio depende su funcionamiento, como la *razón social* de la *persona jurídica* correspondiente, consistentes en las normas que indican su denominación y, además, los fines y los intereses en garantía de los cuales aquella fue instituida. De aquí resulta una definición que refleja y explicita la ambivalencia de la noción de 'institución' definida en el § 1.9, como ordenamiento si y solo si no figura como sujeto jurídico. En efecto, son *normas formales* las normas del estatuto que funcionan como *normas de reconocimiento* de la institución vista como ordenamiento, estableciendo las formas de las fuentes de las normas pertenecientes a él, fundando así la dimensión formal de la validez de los actos preceptivos imputados a la institución. Son, en cambio, *normas formales* las que expresan la *razón social* de la misma institución vista como *persona artificial*, diseñando su identidad a través de las expectativas que ella debe garantizar, fundando de este modo la dimensión sustancial de la validez de los mismos actos preceptivos y la legitimidad de los efectos producidos por ellos.

Todo esto vale para cualquier institución, pública o privada, y para los correspondientes entes y ordenamientos. Vale para las sociedades mercantiles, cuya razón social es el fin de lucro y cuyas normas de reconocimiento son las que establecen las competencias de sus órganos sociales. Vale para los distintos entes públicos, caracterizados por las diversas finalidades o razones sociales para las que son instituidos y por las normas de competencia que permiten el reconocimiento de los actos preceptivos y de las situaciones pertenecientes a los correspondientes ordenamientos. Pero vale, en particular, para esas instituciones originarias que son las instituciones políticas, comenzando por el estado, cuyo estatuto no es otro que su constitución, que, como veremos en el § 3.10, contiene tanto las *normas de reconocimiento* del *ordenamiento estatal*, consistentes en las *normas formales* que establecen las competencias de sus órganos constitucionales y las formas de producción de las leyes de cuya aplicación depende su existencia y su validez formal, como la *razón social* del *estado persona*, expresada por las *normas sustanciales* que establecen, como parámetros de validez sustancial del ejercicio de los poderes públicos, los principios y los derechos

fundamentales para cuya garantía ha sido constituido. Las normas de reconocimiento fundan la dimensión nomodinámica o sintáctica de la institución, que en las democracias constitucionales corresponde a su dimensión formal. Las normas sobre la razón social fundan, en cambio, su dimensión nomoestática o semántica que, a su vez, corresponde a la dimensión sustancial de las mismas democracias.

Son las dos dimensiones que deberemos analizar en la segunda parte de este libro, atendiendo tanto a los parámetros de validez formal dictados, en las actuales constituciones, por las normas sobre la representación política y sobre la separación de poderes, como a los parámetros de validez sustancial dictados por los derechos fundamentales y los demás principios constitucionalmente establecidos.

2.8. *La construcción moderna del concepto de derecho subjetivo. Tipología de los derechos subjetivos.* He hablado hasta ahora de las situaciones activas, y en particular de los poderes y de algunas situaciones pasivas, como la responsabilidad por los actos ilícitos y la anulabilidad de los actos inválidos. Ahora trataré de la situación pasiva más importante, el derecho subjetivo, que es también la noción quizá más compleja y controvertida de toda la teoría del derecho.

Esta complejidad depende del hecho de que la noción de derecho subjetivo incluye figuras deónticas no solo pasivas, sino también activas, como son las facultades y, a veces, también los derechos-poder que en el § 2.6 he llamado potestades. Pero depende, sobre todo, del hecho de que incluye figuras, no solo diversas en cuanto a su composición molecular, sino estructuralmente opuestas, como los derechos patrimoniales, atribuidos singularmente a cada uno con exclusión de los demás, y los derechos fundamentales atribuidos universalmente a cada uno con inclusión de los demás. La razón de esta ambivalencia está a su vez ligada a la formación histórica de esta categoría, en la que han confluido dos tradiciones diferentes por completo: la experiencia jurídica romanocanónica del derecho civil, recibida del antiguo derecho romano, y la tradición filosófica de los derechos naturales teorizados por las doctrinas iusnaturalistas de la Edad Moderna. A la primera tradición pertenecen los 'derechos patrimoniales', como los derechos reales de propiedad y los derechos personales de crédito. A la segunda pertenecen los 'derechos fundamentales', como los derechos de libertad, los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales. Como haré ver en el próximo capítulo, se trata de dos categorías estructural y radicalmente diversas en el plano conceptual; hasta el punto de que hacen dudar de la consistencia conceptual de la noción misma de 'derecho subjeti-

vo' e incluso de la legitimidad del uso del sintagma para designar figuras tan opuestas.

Hay un solo elemento que une todas estas situaciones: todos los *derechos subjetivos* —ya sean patrimoniales o fundamentales, solo pasivos o también activos— son situaciones pasivas, consistentes en expectativas positivas de prestaciones o en expectativas negativas de no lesión adscritas en el interés de sus titulares; entendiendo por *prestación* cualquier acto cuya comisión es en el interés del titular del derecho subjetivo y por *lesión*, lo opuesto, cualquier acto contrario a tal interés. A partir de esta definición, pueden formularse dos órdenes de distinciones de todos los derechos, relacionadas entre sí de diversas formas.

El primer orden de distinciones tiene que ver con la naturaleza de las expectativas, positivas o negativas, en las que consisten los derechos, y por ello con los diversos tipos de actos, comisivos u omisivos mediante los que ellos son satisfechos. Llamo *derechos positivos* a los derechos consistentes en expectativas de prestación, como los derechos de crédito y los derechos sociales a la salud y a la educación, y *derechos negativos*, a los que, en cambio, consisten en expectativas de no lesión, como la propiedad privada y los derechos de libertad. Luego distingo los derechos negativos —según consistan solo en expectativas negativas o también en facultades o en potestades— en *derechos-inmunidad*, como la libertad de conciencia y de pensamiento y la inmunidad de torturas, que son solo expectativas negativas, *derechos facultativos*, como las libertades de prensa, asociación y reunión, que son también facultades, y *derechos potestativos*, como el derecho real de propiedad y los derechos fundamentales de autonomía civil o política que son también poderes, y precisamente potestades, dado que pueden ser ejercitados por actos formales productivos de efectos en la esfera jurídica de otros. En fin, todos los derechos podrán distinguirse en *derechos pasivos*, consistentes *solamente* en expectativas, ya sean positivas como los derechos positivos a prestaciones, o negativas como los derechos-inmunidades, y *derechos activos*, bien sean derechos facultativos, consistentes *también* en facultades, o derechos potestativos consistentes *también* en potestades. El resultado es una compleja tipología configurable mediante el siguiente cuadro, que evidencia tanto la extensión como las relaciones de recíproca inclusión y exclusión de los diversos tipos de derechos.

El segundo orden de distinciones guarda relación con la esfera, universal o existencial, no solo de los sujetos que son titulares de los derechos, sino también de los sujetos, a veces en relación jurídica con los primeros, que son titulares de los deberes correspondientes, es decir, de

<table>
<tr><td rowspan="4">Derechos</td><td colspan="3">Derechos positivos (derechos a,
o derechos pretensiones)
(expectativas positivas de prestaciones)</td><td rowspan="2">Derechos
pasivos</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Der. negativos
(expectativas
negativas de
no lesión)</td><td colspan="2">Derechos-inmunidad
(o libertades frente a)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Derechos-facultad
(o libertades de)</td><td rowspan="2">Derechos
activos</td></tr>
<tr><td></td><td>Derechos-potestad
(o poderes de)</td></tr>
</table>

las obligaciones o de las prohibiciones que constituyen la garantía de los derechos. Son *universales* (*omnium*) los derechos y los deberes imputados a todos, esto es, a clases indeterminadas de sujetos, como los que en el próximo capítulo identificaré como derechos fundamentales, pero también las prohibiciones penales o las prescripciones que expresan las señales de tráfico. En cambio, son *singulares* (*singuli*) los derechos y los deberes imputados, no a clases indeterminadas de sujetos, sino a sujetos singulares con exclusión de todos los demás, como el derecho real de propiedad, los demás derechos reales, los derechos personales y las obligaciones civiles de carácter patrimonial. Son además *absolutos* (*erga omnes*) los derechos y deberes frente a todos, o sea, de clases indeterminadas de sujetos, como los derechos de libertad, el derecho de propiedad, las prohibiciones penales y las obligaciones públicas de prestaciones sociales. Son, en fin, *relativos* (*erga singulum*) todos los derechos llamados personales, es decir, frente a algunos, como los derechos de crédito y, por otro lado, las deudas correspondientes. A los derechos universales corresponden deberes absolutos y viceversa; a los derechos absolutos corresponden deberes universales y viceversa. A los derechos singulares corresponden deberes relativos y viceversa; a los derechos relativos corresponden deberes singulares y viceversa. El tejido de las relaciones entre derechos universales (*omnium*) y deberes absolutos (*erga omnes*), entre derechos absolutos (*erga omnes*) y deberes universales (*omnium*), entre derechos singulares (*singuli*) y deberes relativos (*erga singulum*) y entre derechos relativos (*erga singulum*) y deberes singulares (*singuli*) sirve para precisar la imagen del ordenamiento jurídico como *red horizontal* de expectativas positivas y negativas, así como de límites y vínculos, ya ilustrada en el § 1.8, que añadir a la imagen del ordenamiento como *estructura vertical en grados*, dentro de la cual se ubican poderes y decisiones, ya configurada en el § 1.4.

Como se verá en el próximo capítulo, los derechos universales por antonomasia, sean absolutos o relativos, son los *derechos fundamentales*, como tales indisponibles. Los derechos singulares por antonomasia, sean absolutos o relativos, son, en cambio, los *derechos patrimoniales*, como tales disponibles y sujetos a circunstancias. Añado que la universalidad, precisamente porque es un rasgo formal ligado al simple hecho de que derechos y deberes son imputados no a sujetos individuales, sino a «clases» de sujetos, tiene exactamente la misma extensión de tales clases, que también puede ser restringida y, de diversas maneras, discriminatoria, como sucedió en la edad premoderna cuando eran múltiples los estatus personales a los que estaban reservados los derechos universales. En efecto, pues no designa la igualdad entre seres humanos, sino solo la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares de los derechos o de los deberes. Así ha sucedido que el universalismo de los derechos que en el próximo capítulo llamaré 'fundamentales' haya estado en el pasado limitado a la única clase de los hombres poseedores y alfabetizados, con exclusión de las mujeres, de los desposeídos y de los analfabetos. Y sucede todavía hoy que, en los actuales ordenamientos estatales, aquel se encuentra condicionado a la posesión de un estatus personal como la ciudadanía.

2.9. *Las garantías primarias y las garantías secundarias. Normas primarias y normas secundarias. La obligación de introducir las garantías.* En el § 1.8 he definido las *garantías* como las obligaciones o las prohibiciones correspondientes a las situaciones consistentes en expectativas positivas o negativas, y *relación jurídica* como la relación entre los sujetos titulares de las primeras y los sujetos titulares de las segundas. Luego he anticipado las nociones de 'garantías primarias' y de 'garantías secundarias' de los derechos subjetivos, identificando las primeras con las obligaciones o las prohibiciones correspondientes a estos y las segundas con las obligaciones jurisdiccionales de comprobar las violaciones de las garantías primarias y de anularlas o sancionarlas. Ahora defino, con más precisión, '*garantía primaria*' como la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas para la tutela de un derecho subjetivo, y '*garantía secundaria*' como la obligación de la anulación o de la condena predispuestas en actuación de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito.

Así pues, las garantías, tanto primarias como secundarias, consisten en el lado activo de las relaciones jurídicas, del que las situaciones garantizadas —como los derechos subjetivos, la responsabilidad y la anulabilidad— forman el lado pasivo. Es por lo que depende de ellas la efecti-

vidad de las expectativas garantizadas. Estas son siempre dispuestas por normas tético-deónticas, o bien predispuestas por normas hipotético-deónticas. Precisamente, las garantías primarias son dispuestas o predispuestas por las que llamaré *normas primarias* y que se pueden identificar con las normas, téticas o hipotéticas, cuya violación es un acto inválido o un acto ilícito; las garantías secundarias son predispuestas por las que llamaré *normas secundarias* y que se pueden definir como las normas hipotéticas cuya aplicación consiste en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito[11]. Son normas primarias téticas, por ejemplo, las normas que disponen derechos fundamentales y las que actúan disponiendo las obligaciones o las prohibiciones correspondientes a ellos. Son normas primarias hipotéticas, por ejemplo, las normas del Código Civil que predisponen los derechos patrimoniales y las obligaciones producidas por los contratos hipotetizados por ellas. En cambio, son normas secundarias las que aplican sanciones o anulaciones, que son siempre hipotéticas al ser obligaciones de pronunciar condenas o anulaciones predispuestas, precisamente, para la hipótesis de que, en violación de normas primarias, se cometan actos ilícitos o inválidos. Por tanto, son prevalentemente primarias las normas que dictan principios constitucionales y las de los códigos llamados «sustantivos», como el Código Civil y el Código Penal. En cambio, son prevalentemente secundarias, además de todas las normas que predisponen sanciones o anulaciones, las normas de los llamados códigos «instrumentales», como el Código Procesal Civil y el Código Procesal Penal.

11. De este modo, he invertido la distinción de Kelsen que —a partir de la relación de deber ser «si A entonces B», donde A es la sanción y B es el ilícito— llama «primaria» a la norma sobre la sanción y «secundaria» a la norma sobre el ilícito (H. Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* [1934], trad. cast. de G. Robles Morchón y F. F. Sánchez, presentación de G. Robles, Trotta, Madrid, 2011, cap. III, § 14 b, p. 60); Íd., *Teoria general*, cit., Primera parte, cap. IV, C, p. 71. A un distinto orden de conceptos se refiere la distinción de Hart, según la cual son «primarias» las normas que imponen obligaciones (o prohibiciones) y «secundarias» las que atribuyen poderes, tanto públicos como privados (*El concepto de derecho*, cit., cap. V, pp. 99-123) y en las que acaban por entrar, además de las aquí llamadas secundarias y por Hart llamadas también «reglas que confieren jurisdicción» (*ibid.*, p. 121), todas las normas sobre la producción, y en particular las «reglas de reconocimiento» y las «reglas de cambio». Para un análisis de la distinción entre «normas primarias» y «normas secundarias», véanse G. Gavazzi, «Norme primarie e norme secondarie» [1967], ahora en *Studi di teoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 167-311; N. Bobbio, «Normas primarias y normas secundarias» [1968], en Íd., *Contribución a la teoría del derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1988, pp. 317-332; Íd., *Norma giuridica* [1964] e Íd., *Norme secondarie* [1975], ahora en Íd., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 230-232 y 233-242.

Así pues, la aplicación de las normas secundarias, al consistir en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito, supone la violación de una norma primaria, respecto de la cual se configura como reparación. De aquí las diferencias estructurales entre estos dos tipos de normas. Las normas primarias tienen siempre por argumento los actos inválidos o ilícitos que de ellos son inobservancias; las normas secundarias tienen siempre por argumento la anulación de un acto inválido o la condena por un acto ilícito consiguientes a la comprobación de la inobservancia de una norma primaria. Las primeras están destinadas a los posibles autores de actos prohibidos u obligatorios; las segundas están dirigidas a los jueces. Unas tienen como fin realizar lo que los sociólogos de la desviación llaman «control social primario», o sea, el directo cumplimiento de los deberes establecidos por ellas, la consiguiente integración social, y la inmediata tutela y satisfacción de los derechos garantizados por ellas. Las otras están dirigidas a realizar lo que, en cambio, se llama «control social secundario», esto es, la reparación o la sanción de los comportamientos que eluden el control primario.

Los nexos entre las garantías y los derechos por ellas garantizados difieren según que estos sean universales o singulares. Mientras que las garantías primarias de los derechos singulares que más adelante llamaré 'patrimoniales' comienzan a existir simultáneamente con los derechos garantizados —la deuda junto con el crédito, la prohibición de perturbar su ejercicio junto con el derecho de propiedad—, las garantías tanto primarias como secundarias de los derechos universales, como son típicamente los que llamaré derechos 'fundamentales', aunque implicados lógicamente por estos, requieren ser introducidas por adecuadas normas de actuación. En este caso, la existencia de las garantías, al depender de su introducción mediante un acto normativo, es decir, un evento empírico que en un sistema dinámico como es el derecho positivo puede también no acaecer, es por eso, no solamente supuesta, sino impuesta por las situaciones garantizadas, que, por consiguiente, implican cuando menos la obligación de su introducción. Así se explica, en el plano de la teoría del derecho, la posible ausencia, de hecho, de las garantías, tanto primarias como secundarias, de tales derechos, aun cuando lógicamente implicadas por ellos y jurídicamente debidas. Y así se explica, además, en el plano de la teoría política, cómo la construcción de la democracia constitucional forma un todo con la construcción, lógica y jurídicamente debida, de las garantías de esos derechos universales constitucionalmente establecidos que son los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales—, que constituyen la razón social de todo el artificio institucional.

2.10. *Efectividad primaria y efectividad secundaria. Razones primarias y razones secundarias de la acción.* Como se ha dicho en el § 1.8, las garantías son la otra cara de los derechos, de la que depende su efectividad. De aquí su carácter central en la teoría jurídica del estado de derecho y en la política de la democracia constitucional. En efecto, la efectividad de los derechos es la efectividad de sus garantías al ser estas el lado activo de las relaciones jurídicas.

Precisamente, llamaré *efectividad* (e *inefectividad*) *primaria* o *de primer grado* a la efectividad (y la inefectividad) de las garantías y de las normas primarias, que consiste en una efectividad (o en una inefectividad) sustancial de los derechos garantizados, es decir, en su directa tutela y satisfacción. Por ejemplo, en la prestación sanitaria en actuación del derecho a la salud, en el pago de un crédito en cumplimiento de un deber, en la no violación legislativa de un derecho de libertad, o en la no violación de una prohibición penal para la tutela de los derechos de otros o de otros bienes. En cambio, llamaré *efectividad* (e *inefectividad*) *secundaria* o *de segundo grado* a la efectividad (y la inefectividad) de las garantías y de las normas secundarias, que claramente supone la inefectividad primaria de las garantías y de las normas primarias y vale para garantizarlas, con la anulación de los actos inválidos o la condena de los actos ilícitos que violan las garantías primarias, una efectividad solamente subsidiaria, de carácter reparador o sancionatorio. En fin, llamaré *inefectividad estructural* o *sistemática* a la inefectividad consistente, según sea primaria o secundaria, no en una violación contingente y ocasional, sino en la falta de producción de las normas y de las garantías primarias o secundarias, como se verá en los § 4.2 y 4.3, capaz de hacer vano el edificio de la democracia constitucional en su totalidad, en cuanto afecta a las normas téticas que disponen principios o derechos fundamentales.

Es claro que la efectividad primaria se realiza con la espontánea observancia y, por consiguiente, con la efectividad de las obligaciones y de las prohibiciones dispuestas o predispuestas por las normas primarias como garantías a su vez primarias de los derechos correlativos. Por ejemplo, los derechos penalmente protegidos son efectivos si no se violan las normas penales primarias o de derecho sustancial que prohíben téticamente sus lesiones, esto es, si no se cometen los delitos previstos en ellas. Los derechos de crédito y las correlativas obligaciones civiles lo son si resultan satisfechas y con ello observadas las normas primarias por las que están hipotéticamente predispuestos. A su vez, la constitución es efectiva si no se la viola con leyes inválidas y es actuada por adecuadas leyes de actuación: precisamente, los derechos de libertad es-

tablecidos en ella serán efectivos en vía primaria y sustancial de no ser violados por leyes y otras disposiciones que los contradigan; en cambio, los derechos sociales lo serán si resultan satisfechos mediante la introducción legislativa de las garantías primarias y luego con el cumplimiento de las obligaciones de prestación correspondientes.

La efectividad (y la inefectividad) secundaria tiene, en cambio, un carácter subsidiario. No solo los derechos, sino todas las situaciones y las normas jurídicas son efectivas (o inefectivas) en vía secundaria si y solo si son efectivas (o inefectivas) sus garantías secundarias, es decir, si son actuadas (o no actuadas) la anulabilidad de los actos inválidos y la responsabilidad por los actos ilícitos por los que son violadas. Se trata de una efectividad no espontánea ni inmediata, que consiste en la aplicación jurisdiccional de remedios más o menos reparadores —la anulación de los (efectos de los) actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos— a la inobservancia de las normas primarias. Así pues, en la práctica, depende del buen funcionamiento de los órganos judiciales. Por eso, se hablará de una efectividad secundaria de la constitución si sus violaciones por parte del legislador y de los demás poderes públicos resultan comprobadas y eliminadas por la jurisdicción constitucional; de una efectividad secundaria de las normas del Código Civil si funciona la justicia civil; de una efectividad secundaria de las normas penales si no es demasiado elevada la cifra oscura de los delitos no investigados o, en cualquier caso, no perseguidos ni sancionados.

Por tanto, entre efectividad e inefectividad primaria y entre efectividad e inefectividad secundaria, cabrá identificar dos tipos de relaciones, uno de oposición, el otro de interacción. Hay una primera relación que es de *oposición*. La efectividad secundaria, esto es, la aplicación de las garantías y de las normas secundarias, implica la inobservancia y con ello la inefectividad primaria de las garantías y de las normas primarias. Por eso, no tiene sentido hablar genéricamente de efectividad y de inefectividad de un ordenamiento y tampoco de un único fenómeno normativo. En efecto, pues se tendría la máxima efectividad primaria cuando, en un mundo deónticamente perfecto, fueran siempre observadas todas las normas primarias y, así, se tuviera la máxima inefectividad de las normas y de las garantías secundarias por falta de los presupuestos de su aplicación. Por el contrario, se tendría la máxima efectividad secundaria en presencia de una sistemática aplicación de las sanciones de los actos ilícitos y de las anulaciones de los actos inválidos, o sea, de las sistemáticas violaciones de las normas y de las garantías primarias, y, de este modo, señalaría la máxima inefectividad de las normas y de las garantías primarias. Es evidente que un conjunto de normas es totalmen-

te inefectivo si carece entera y largamente tanto de efectividad primaria como de efectividad secundaria. En este caso se podrá hablar de *desuso*. Pero es también evidente que la efectividad y la inefectividad de las normas, en cuanto reglas generales y abstractas, deben medirse por el número de actos que de ellas son observancia o violación, o bien aplicación o no aplicación. En efecto, como dije en el § 1.5, se trata de una *cuestión de grado*, de modo que, a partir de investigaciones sociológicas, deberá verificarse y hablarse, no de efectividad o de inefectividad de una norma, sino de un grado más o menos alto de efectividad y de correlativa inefectividad primaria o secundaria de ella, según el número de los actos que, en determinados tiempo y espacio, sean en el primer caso, observancia o inobservancia y en el segundo, aplicación o no aplicación de aquella.

Entre las dos dimensiones de la efectividad y de la inefectividad hay luego una segunda relación, por así decir, de *interacción*. Aunque la efectividad de las normas y de las garantías secundarias presuponga la inefectividad de las primarias, normas y garantías primarias y secundarias valen para reforzarse recíprocamente. En efecto, la efectividad primaria de las normas descansa, antes de nada, en la aceptación espontánea de las normas jurídicas por parte de los asociados, es decir, en el sentido cívico que se forma en torno a su carácter vinculante y sobre la aceptación social de su significado normativo. Pero se basa también en el temor a las sanciones, esto es, a la efectividad secundaria, que es asimismo un factor relevante de la formación del sentido cívico en el que se funda la efectividad primaria; de donde resulta que una excesiva inefectividad secundaria favorece la inefectividad primaria, no solo por la pérdida de temor a las sanciones, sino también por la legitimación social de la ilegalidad que la misma lleva consigo. El caso límite es el de la inefectividad estructural del derecho internacional, cuyas normas más importantes —el principio de la paz y los derechos humanos— carecen de garantías secundarias y, por eso, también de efectividad primaria, hasta el punto de que esto oscurece la percepción de la ilegalidad de sus violaciones.

Pero la doble relación de oposición y de interacción es evidente también en el terreno del derecho interno, por ejemplo, en materia penal, fiscal, o de derecho del trabajo. En Italia, por ejemplo, antes de las investigaciones sobre la corrupción promovidas en los primeros años noventa, las correspondientes normas penales se caracterizaban por un alto grado de inefectividad, tanto primaria como secundaria. Pero los procesos que siguieron a aquellas marcaron, cuando menos, un nuevo e insólito grado de efectividad secundaria de las normas sancionadoras,

que generó inicialmente, en torno a los casos de inefectividad primaria, un sentido general de indignación que, de haber contado con el refuerzo de una formulación de las normas y de las garantías primarias más incisiva y rigurosa, habría provocado un crecimiento de su efectividad primaria y sustancial. En cambio, a causa del debilitamiento de las normas primarias —en materia de falsedad contable, rogatorias y prescripción— se produjo una caída del sentido cívico y moral y, por eso, una sustancial regresión a la inefectividad primaria preexistente. Es claro que el temple del estado de derecho depende cuando menos de la efectividad secundaria, o sea, de la anulabilidad de los actos inválidos y de la no impunidad de los actos ilícitos. Pero un sistema jurídico positivo no podría funcionar de no descansar prevalentemente en el sentido cívico y en el respeto espontáneo de las normas y las garantías primarias. En síntesis, solo funcionará si la efectividad primaria es la regla y la secundaria la excepción.

Las relaciones entre las dos efectividades, primaria y secundaria, pueden comprenderse mejor si se pone de relieve cómo las normas primarias y las normas secundarias valen (o no valen) para determinar los comportamientos de las personas como *razones de su acción (o no acción)*[12]: las primeras como *razones primarias*, las segundas como *razones secundarias*. En efecto, la efectividad primaria de las normas deónticas generada por su espontánea observancia se funda sobre las *razones primarias para la acción*, constituidas por las normas y las garantías primarias; mientras que su efectividad secundaria generada por la amenaza de sanciones o de anulaciones se funda sobre las *razones secundarias para la acción*, constituidas por las normas y las garantías secundarias. Así, diremos que un sistema de normas jurídicas, siendo eficiente, está tanto más arraigado socialmente cuanto más su funcionamiento y su efectividad estén confiados a razones primarias, capaces evidentemente de reflejar razones compartidas de carácter extrajurídico, es decir, moral, político, social o, en cualquier caso, racional.

12. La fundación de la normatividad del derecho sobre el papel de las normas jurídicas como «razones para la acción» abrió en los años noventa del siglo pasado, a partir de las tesis de J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975 [trad. cast. de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991], un intenso debate, sobre todo en la filosofía del derecho de orientación analítica de lengua española. Recuérdense, en particular, C. S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, cap. VII, pp. 125-144; J. C. Bayón Mohíno, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996; M. C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

Una norma como, por ejemplo, la que castiga el homicidio, es efectiva prevalentemente por razones morales, esto es, por el valor de la vida compartido por la gran mayoría de las personas, bastante más que por la amenaza de la sanción. Por el contrario, las normas que en un régimen iliberal penalizan la disidencia, y que evidentemente no son observadas por razones primarias, obviamente no compartidas, solo se obedecen por razones secundarias.

En definitiva, las razones primarias están aseguradas, esencialmente, por el hecho de que las normas sean significados socialmente compartidos y, en consecuencia, reflejen un cierto grado de consenso y por eso de *auto-nomía* de los sujetos a los que están destinadas. *Grosso modo*, consisten en la aceptación de las normas jurídicas como criterios de conducta sobre la base de lo que Herbert Hart, según he recordado en el § 2 de la Introducción, ha llamado el punto de vista interno al ordenamiento: en síntesis, en la *opinio iuris ac necessitatis* habitualmente asociada a las costumbres, pero que, en realidad, acompaña, al menos en las sociedades dotadas de un mínimo de estabilidad, a la fenomenología del derecho en su conjunto. Por el contrario, las razones secundarias son del todo independientes del valor asociado por los destinatarios a lo que prescriben las normas primarias, o sea, del sentido (más o menos) común en torno a su justicia o racionalidad. Se fundan, enteramente, en la *hetero-nomía* del derecho. No se configuran como criterios axiológicos, sino solo como normas técnicas, cuya efectividad depende únicamente de su eficacia, esto es, de la conveniencia de evitar los efectos desventajosos —la anulación de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos— predispuestos por las normas secundarias para las transgresiones de las normas primarias. Es evidente que la normatividad y, al mismo tiempo, la efectividad del derecho, sobre todo en lo que hace a los máximos principios, se basan esencialmente en las razones primarias para la acción. Los derechos fundamentales y sus garantías, el principio de igualdad, el valor de la paz y las reglas de la democracia serán, no solo efectivas, sino seriamente normativas, en la medida en que sean socialmente compartidos, es decir, que tengan como sustento eso que llamamos sentido cívico.

En ambos casos, las razones jurídicas del obrar, sean primarias o secundarias, no son sino los factores sociales de la efectividad, respectivamente, primaria y secundaria, así como de las correspondientes garantías, cuya absoluta centralidad teórica vienen a confirmar. Ambas razones —unas *autónomas*, *heterónomas* las otras— son además necesarias, y ninguna de ellas basta por sí sola para asegurar a un sistema jurídico un grado suficiente de efectividad. En fin, de modo similar al de

las normas y de las garantías primarias y secundarias, también las razones jurídicas para la acción se refuerzan recíprocamente en una relación interactiva. Volvamos al ejemplo de las investigaciones sobre la corrupción. El crecimiento de esta es ciertamente un efecto del sentido de impunidad proveniente de la inefectividad de las garantías secundarias y, por ello, de la falta de razones secundarias para actuar lícitamente. Pero es claro que esta ausencia de razones secundarias produce el efecto de debilitar el sentido mismo de la ilicitud de las conductas delictivas y, con ello, las razones jurídicas primarias para la acción representadas por las garantías y las normas primarias. A la inversa, las investigaciones judiciales, además de ser un signo de efectividad secundaria, valen para restablecer el sentido del ilícito asociado a las violaciones de las normas primarias, para rehabilitar la legalidad como valor compartido y así reforzar las razones primarias y, con ellas, la efectividad primaria tanto de las normas como de las garantías primarias de los bienes y de los derechos tutelados por ellas.

En la segunda parte de este libro, todas estas distinciones y conexiones —entre normas, garantías, razones para la acción y efectividad (e inefectividad) primaria y secundaria— ofrecerán instrumentos indispensables para el análisis del funcionamiento de las instituciones democráticas y de las razones, las formas y los niveles de la crisis del derecho. En particular, se revelarán esenciales para comprender la crisis actual de la democracia constitucional que incide, sobre todo, en los planos altos y los poderes supremos de los ordenamientos, manifestándose como caída de la efectividad primaria, secundaria y a veces estructural de sus máximos principios normativos —del de legalidad a la separación de poderes, del principio de la paz a los diversos tipos de derechos fundamentales— y por eso de las razones, a su vez primarias y secundarias, del actuar jurídico. Y, por consiguiente, valen para orientar el papel crítico y proyectivo de la ciencia jurídica y política, permitiendo elaborar, a partir de la identificación de los factores sociales, y no solo jurídicos, de la efectividad y de la inefectividad, las técnicas de garantía más apropiadas para reforzar los primeros y debilitar y superar los segundos.

Capítulo III

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

3.1. *Derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Una tipología de los derechos fundamentales. La esfera de lo no decidible. El principio de legalidad en el estado constitucional de derecho.* Si el término clave de la teoría del derecho positivo es 'causa' y los de la teoría del estado legislativo son 'forma' y 'significado prescriptivo', los términos clave de la teoría del estado constitucional de derecho son 'derechos fundamentales' y 'constitución rígida'. En efecto, la constitucionalización de los derechos fundamentales producida con las constituciones rígidas de la segunda posguerra cambió —no por casualidad en Italia, Alemania, España y Portugal, tras la liberación de los regímenes totalitarios— la estructura de los ordenamientos jurídicos y de los sistemas políticos. Gracias a tal rigidez, que ha situado a la constitución en un nivel normativo supraordenado a la legislación ordinaria como sistema de normas formales y sustanciales sobre su producción, los derechos fundamentales y los demás principios de justicia constitucionalmente establecidos se han afirmado como límites y vínculos a todos los poderes y, al mismo tiempo, como la razón social de todo el artificio institucional, destinado por ellos a su garantía.

Llamo *derechos fundamentales* a todos los derechos universales, indisponibles y dispuestos inmediatamente por normas téticas, de los que todos son titulares en tanto y solo en tanto que personas naturales, o ciudadanos, o bien personas y/o ciudadanos capaces de obrar. Su rasgo distintivo es su carácter universal, que hace de ellos el elemento constitutivo de la democracia constitucional en cuanto fundamento de la *igualdad*: de la *égalité en droits*, como dice el artículo 1 de la *Déclaration* de 1789. Precisamente, como se verá en la segunda parte de este

libro, tal universalidad vale para fundar la *igualdad liberal* en los derechos de libertad, en garantía del igual valor de todas las diferencias personales, y la *igualdad social* en los derechos sociales, en garantía de la reducción de las desigualdades materiales. Como todas las definiciones teóricas, también esta es una definición formal, que nos dice qué *son*, y no *cuáles son* o *cuáles es justo que sean* o *en qué medida están de hecho garantizados* los derechos fundamentales, que es lo que nos dicen las disciplinas jurídicas positivas, la filosofía política de la justicia y la sociología del derecho. Así pues, estos derechos no equivalen necesariamente a valores morales, como entienden los que sostienen que con el actual constitucionalismo se habría reproducido la conexión premoderna entre derecho y moral: por ejemplo, el derecho de portar armas establecido por la Segunda Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, es, sin duda, según la definición aquí propuesta, un derecho fundamental, aunque pueda ser considerado inmoral e incluso criminógeno.

Llamo, en cambio, *derechos patrimoniales*, a todos los derechos singulares, disponibles y pre-dispuestos por normas hipotéticas, de los que cada uno es titular con exclusión de todos los demás. Es por lo que derechos fundamentales y derechos patrimoniales son, dada su opuesta estructura, figuras contrarias entre sí: universales e indisponibles los primeros, dispuestos por normas téticas; singulares y disponibles los segundos, predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos hipotetizados por estas. Los derechos patrimoniales se distinguen luego, según una clásica distinción civilista, en 'derechos reales' y 'derechos personales'. Son *derechos reales* los derechos patrimoniales negativos y absolutos (o *erga omnes*) a la no lesión de los bienes que son su objeto, como la propiedad y las servidumbres prediales, cuya garantía consiste en la prohibición de perturbar su goce y disponibilidad. Son, en cambio, *derechos personales* los derechos patrimoniales positivos y relativos (o *erga singulum*) a una prestación de otros, como los derechos de crédito, cuya garantía consiste en el deber de satisfacerlo que llamamos *obligación*. Se trata de una distinción alternativa bajo un doble perfil: mientras que los derechos reales, al ser negativos y absolutos (*erga omnes*), tienen sus garantías primarias en las prohibiciones universales (*omnium*) de sus lesiones, los derechos personales, al ser positivos y relativos (*erga singulum*), tienen sus garantías primarias en las obligaciones singulares (*singuli*) de las correspondientes prestaciones. Los primeros no se alteran, mientras que los segundos, por lo general, se extinguen por la observancia de sus garantías.

La definición de derechos fundamentales aquí propuesta ha sido objeto de múltiples críticas. Una primera, de carácter metateórico, ha

estado dirigida a su carácter formal. Por qué razón, se ha preguntado Danilo Zolo, no hemos de continuar «designando» con esta expresión, como han hecho siempre «los mayores teóricos del derecho y de la política», de John Rawls a Ronald Dworkin, de Hans Kelsen a Norberto Bobbio y a Gregorio Peces-Barba, «los principales derechos de libertad que, a partir de las grandes revoluciones burguesas, han reconocido las constituciones modernas como instrumentos de protección de determinados intereses, valores o expectativas individuales y de grupo»[1]. La razón consiste en el hecho de que precisamente este uso de la expresión en sentido filosófico-político por parte de la literatura teórico-jurídica señala la ausencia de la noción de derechos fundamentales en el léxico corriente de la teoría del derecho. Nadie pondría en duda el carácter formal de las definiciones teóricas de permiso, obligación, prohibición, norma, validez o derecho subjetivo teóricas aquí propuestas, aun carentes de connotaciones axiológicas. El hecho de que se niegue espacio a una noción igualmente formal de los derechos fundamentales indica la persistente ajenidad a la teoría del derecho de tal noción concebida como categoría filosófica perteneciente a la filosofía política sobre la base, evidentemente, de una idea del derecho anclada en el viejo paradigma legislativo, cuando tales derechos eran principios políticos externos y todavía no principios jurídicos internos al derecho positivo.

Hay otra razón por la que considero inaceptables nociones, por así decir, sustanciales o de contenido de los derechos fundamentales. Estas nociones se basan en una concepción de su universalismo en un sentido

1. D. Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los 'derechos fundamentales'. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos*, cit., § 1, pp. 76-80. Han dirigido críticas análogas a mi noción formal y avalorativa de los derechos fundamentales: E. Vitale, «¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», *ibid.*, § 3, pp. 63 ss.; M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta», *ibid.*, § 1, pp. 139 ss.; L. Baccelli, «Assiomatizzare i diritti?», en Íd. (ed.), *More geometrico*, cit., § 2, pp. 63-75; M. Atienza, «Tesis sobre Ferrajoli»: *Doxa* 31 (2008), § 8, p. 215; T. Mazzarese, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo», en Íd. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2002, § 3.1, pp. 38-39, y G. Pino, «Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli»: *Diritto & Questioni pubbliche* 14 (2014), pp. 57-110. Giorgio Pino ha propuesto también una definición formal de los derechos fundamentales, a mi juicio, como diré más adelante, excesivamente restringida, porque anclada a su rango constitucional (Íd., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bolonia, 2010, caps. II-IV; Íd., *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*, trad. cast. de C. Moreno More, Zela, Puno, 2018).

no lógico, sino ontológico o axiológico, y por eso suponen alguna forma de objetivismo o de cognoscitivismo moral. Según estas nociones, serían derechos fundamentales los objetivamente tales, en el sentido de que reflejan una cierta ontología de los valores morales compartida por todos, o bien en el sentido de que expresan valores morales que por su objetiva justicia deben ser compartidos por todos. En el primer sentido la tesis objetivista es una tesis empíricamente falsa al no ser verdad que exista una ética universalmente compartida. En el segundo sentido, la misma tesis es manifiestamente iliberal al comportar el descrédito de las tesis morales que la contradigan como moralmente censurables. En ambos casos, a mi juicio, el objetivismo moral está en contradicción con el principio de laicidad que será redefinido en el § 7.3, dado que implica la intolerancia, por erróneas o inmorales, de las tesis que contradigan la moral acreditada como «objetiva». Confundir con semejantes tesis la forma universal de los derechos fundamentales establecidos en nuestras constituciones, equivale a debilitar la más importante categoría conceptual del actual constitucionalismo, en la que se basa el principio normativo de la igualdad.

Un segundo orden de críticas a la definición de derechos fundamentales aquí propuesta es de carácter teórico. Se refiere a su carácter excesivamente genérico, que acabaría por hacer entrar entre tales derechos a los privilegios, simplemente por el hecho de estar dispuestos de forma universal[2]. Giorgio Pino y Dario Ippolito han propuesto, para superarla, la asociación del carácter formal de la noción de 'derechos fundamentales' a la colocación de las normas que los enuncian en el vértice del ordenamiento[3]. Pero así resultaría una noción excesivamente restringida, en cuyo campo no entrarían los derechos fundamentales establecidos por constituciones flexibles o incluso por leyes ordinarias, como, por ejem-

2. Según la crítica de Riccardo Guastini, también sería un derecho fundamental el de todos los profesores de Filosofía del derecho en la Universidad de Camerino de acceder a los locales de tal universidad destinados a la Filosofía del derecho (R. Guastini, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos*, cit., pp. 59-62). Una crítica semejante, al igual que la de Dario Ippolito desarrollada en el trabajo citado en la nota siguiente, sería fundada si hubiera definido los derechos fundamentales simplemente como derechos universales, y no también como derechos correspondientes a todos en cuanto y solo en cuanto personas o ciudadanos y/o capaces de obrar. Como se dijo en el § 2.8, es, en efecto, la simple universalidad la que designa la igualdad, más que entre personas, ciudadanos o capaces de obrar, entre los sujetos de la clase de las personas unidas por rasgos, cualesquiera que sean, sometidos a cuantificación universal.

3. G. Pino, «Costituzione», cit., pp. 100-104; Íd., «Tre aporie nell'opera di Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto*, cit., pp. 206-208; D. Ippolito, «Diritti fondamentali. Una nozione aporetica», *ibid.*, pp. 224-230.

plo, en Italia, el Estatuto de los Derechos de los Trabajadores y el Código Procesal Penal. En realidad, decir que los derechos fundamentales son atribuidos a todos *en cuanto y solo en cuanto* personas, ciudadanos o capaces de obrar equivale a decir que, a diferencia de los privilegios, el estatus de persona, ciudadano o capaz de obrar de sus titulares es una condición suficiente y no solo necesaria: que, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, el estatus de persona es suficiente para ser titulares de la libertad de prensa y de los derechos a la salud o a la educación, el estatus de capaz de obrar es suficiente para ser titulares del derecho a concluir contratos y el estatus de ciudadano capaz de obrar es suficiente para ser titulares de derechos políticos. Para evitar equívocos, podemos integrar ulteriormente nuestra definición añadiendo que los derechos fundamentales, además de universales en el sentido aquí precisado, reflejan un específico tipo de interés general: el interés, compartido por todos en cuanto personas o en cuanto ciudadanos y/o en cuanto capaces de obrar, a su no lesión y a las prestaciones establecidas por las normas que los prevén[4]. Es en virtud de esta universalidad en sentido lógico de sus titulares por lo que los derechos fundamentales corresponden a todos si y solo si personas, si y solo si ciudadanos o si y solo si capaces de obrar, de modo que, según sus diversos tipos, todas las personas, todos los ciudadanos o todos los capaces de obrar son sus titulares, lo que distingue a estos derechos de cualquier otra figura deóntica.

Naturalmente, la definición de derechos fundamentales aquí propuesta es una definición formal: no solo en el sentido de que nada se dice sobre los contenidos de tales derechos, o sea, sobre la naturaleza de los comportamientos que son objeto de las expectativas positivas o negativas en las que ellos consisten, sino también en el sentido de que nada se dice sobre la concreta extensión de las clases de sujetos identificados, en los diversos ordenamientos, por los estatus de persona, capaz de obrar o ciudadano como titulares de las correspondientes clases de derechos. Tal extensión ha estado largo tiempo limitada a clases de privilegiados: es lo sucedido en un pasado lejano, cuando los esclavos fueron excluidos de la condición de personas, pero también en tiempos recientes, cuando la capacidad de obrar ha estado limitada para las mu-

4. Tal integración, hay que precisarlo, está implícita en las nociones de 'prestación' y de 'lesión' ya utilizadas en la definición de 'derecho subjetivo' y definidas en el § 2.8, la primera como cualquier acto cuya comisión sea objeto de un interés y la segunda, por el contrario, como cualquier acto respecto del cual el interés esté en su omisión: es, en efecto, evidente que, en la definición de 'derechos fundamentales', esos intereses están sujetos a la misma cuantificación universal a la que lo está la clase de los sujetos que son titulares de los diversos tipos de tales derechos.

jeres, los pobres y las personas carentes de instrucción. Y es lo que hoy acontece todavía con la exclusión de los migrantes, en cuanto no ciudadanos, no solo de los derechos políticos, sino también del derecho de acceso a la residencia en los territorios de emigración y, por eso, de todos los demás derechos. Hoy la personalidad está atribuida a todos los seres humanos, mientras que la capacidad de obrar, aun cuando pueda bajarse la mayoría de edad a la que resulta condicionada, sigue siendo una condición insuprimible para la atribución de los derechos de autonomía, que ciertamente no pueden ser adscritos a los recién nacidos. El tercer requisito, la ciudadanía, es hoy, por eso, la única diferencia de estatus que distingue y discrimina a las personas por razón del nacimiento. De su superación depende la realización de una igualdad efectiva en los derechos de todos los seres humanos en cuanto y solo en cuanto personas.

Descomponiendo la suma lógica mediante la que he definido los derechos fundamentales, se obtienen dos grandes clases de derechos: los *derechos primarios*, *finales* o *sustanciales*, que incluyen todos los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas o ciudadanos, y los *derechos secundarios*, *instrumentales* o *formales*, que incluyen todos los derechos potestativos de autonomía de los capaces de obrar, que son los motores de la producción jurídica, indirectamente en la esfera de la política y directamente en la del mercado. Distinguiré luego, dentro de los derechos primarios, otras dos clases: los *derechos de libertad*, que son los derechos primarios negativos, es decir, a no lesiones, y los *derechos sociales*, que son los derechos primarios positivos, esto es, a prestaciones. Y distinguiré también otras dos clases en los secundarios o de autonomía: los *derechos políticos* o *de autonomía política*, que son los derechos secundarios o de autonomía del ciudadano, y los *derechos civiles* o *de autonomía civil*, que son los derechos secundarios o de autonomía de la persona. Como muestra el siguiente cuadro, se distinguirán cuatro clases de derechos fundamentales: los *derechos políticos*, los *derechos civiles*, los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*.

Derechos fundamentales	Derechos primarios finales o sustanciales	Derechos de libertad
		Derechos sociales
	Derechos secundarios instrumentales o formales	Derechos políticos
		Derechos civiles

Disponemos así de una clasificación de los derechos fundamentales que vale para identificar los cuatro valores de la democracia constitucional —por un lado, los valores de la autonomía en la esfera pública

y en la privada y, por otro, los valores de la libertad y de la solidaridad— en los que, en la segunda parte de este libro, se basarán otras tantas dimensiones de la democracia constitucional: la *democracia política* y la *democracia económica* o *civil*, que corresponden a la dimensión *formal* o *dinámica* de la democracia, generada por el ejercicio de los derechos políticos o de autonomía política en la esfera pública y por el ejercicio de los derechos civiles o de autonomía negocial en la esfera privada; la *democracia liberal* o *liberal-democracia* y la *democracia social* o *social-democracia*, que a su vez corresponden a la dimensión *sustancial* o *estática* de la democracia, generada por la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales, es decir, por los límites y los vínculos impuestos por estos al ejercicio de cualquier poder, tanto público como privado.

De este modo, los derechos fundamentales valen para identificar tanto la esfera de lo que puede ser decidido como la de lo que no puede ser decidido. Los derechos políticos y los derechos civiles valen para fundar, unos, por lo general, indirectamente a través de la representación política, y los otros directamente a través de la autonomía negocial, la que llamo la *esfera de lo decidible*. En cambio, el conjunto de los derechos fundamentales vale para circunscribir la que convengo en llamar la *esfera de lo no decidible*: la *esfera de lo no decidible que*, diseñada por las prohibiciones correlativas a los derechos de libertad y de autonomía, y la *esfera de lo no decidible que no*, diseñada por las obligaciones correlativas a los derechos sociales[5].

Por tanto, en el paradigma constitucional, gracias a este papel de límites y vínculos impuesto a la esfera de lo decidible por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, el principio de legalidad asume una complejidad estructural y un valor garantista desconocidos por el paradigma legislativo del estado de derecho. En el estado constitucional de derecho, la legalidad no es solo *condicionante* de la *existencia* de los actos jurídicos y de la validez formal de los actos formales. Está además condicionada, no solo, como en el estado legislativo, por el *principio de legalidad formal*, relativo a las *formas*, es decir, al «quién» y al «cómo» de los actos legislativos, sino también por el *principio de legalidad sustancial*, relativo a la *sustancia*, esto es, al «qué» de las mismas normas legales, sometidas también a la coherencia con las normas constitucionales sustanciales sobre su producción. Mientras que en el estado legislativo de derecho las normas sustanciales sobre la produc-

5. Para un análisis más profundo de las nociones de «esfera de lo no decidible» y «esfera de lo decidible», remito a *PiI*, § 11.18, pp. 773-777 y cap. XII y a *PiII*, cap. XIII.

ción son principalmente las leyes ordinarias y tienen que ver solo con los actos prescriptivos subordinados a la ley, como los negocios privados, las resoluciones administrativas y las sentencias, en el estado constitucional de derecho, con las normas constitucionales y los derechos fundamentales establecidos en ellas, hacen su aparición también normas sustanciales sobre la producción de las leyes, supraordenadas a estas.

Es así como en el estado constitucional de derecho conviven, conjugándose, las weberianas *racionalidad formal* y *racionalidad material*, la una relativa a las formas, la otra a la sustancia de las decisiones. Donde, en efecto, las normas formales establecen las formas de la producción legislativa condicionando su *validez formal*, las normas sustanciales vinculan sus significados prescriptivos, anclándolos, como condiciones de su *validez sustancial*, a los principios ético-políticos injertados por ellas en el derecho. En este sentido, normas formales y normas sustanciales de rango constitucional valen para fundar las dos dimensiones axiológicas de la democracia que ilustraré en la segunda parte. Las primeras determinan su dimensión y *legitimación formal*, vinculando el *quién* y el *cómo* de las decisiones a los principios de representatividad y de mayoría en el derecho público y al de autonomía individual en el derecho privado; las segundas diseñan su dimensión y *legitimación sustancial*, estableciendo, en forma de derechos fundamentales y de otros principios de justicia, *qué* está prohibido y *qué* es obligatorio decidir. Si, en virtud del solo principio de legalidad formal, el estado legislativo de derecho se configura como *estado de derecho en sentido lato* o *débil*, el estado constitucional, gracias a la sujeción de la ley misma al principio de legalidad sustancial o constitucional, se configura como *estado de derecho en sentido estricto* o *fuerte*.

3.2. *Confusiones conceptuales y diferencias estructurales entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales y entre derechos de libertad y derechos de autonomía.* Como se ha dicho, en la noción de 'derecho subjetivo', la cultura jurídica y política han mezclado y confundido figuras estructuralmente opuestas: los derechos patrimoniales de origen romanista y privatista y los derechos fundamentales de origen iusnaturalista. En la noción de 'derechos fundamentales activos' se han confundido además los derechos de libertad y los derechos de autonomía civil a adquirir y disponer de los bienes de propiedad. Distinguir estos dos pares de conceptos es, en cambio, esencial para cualquier teoría del derecho y de la democracia que no siga confundiendo libertad y poderes y, antes aún, derechos que están en la base de la igualdad y derechos que están en la base de la desigualdad jurídica.

La primera, macroscópica distinción —la de carácter general entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales— se funda en diferencias estructurales consistentes en rasgos no solo distintos, sino opuestos. Los *derechos fundamentales* son todos *derechos de forma universal*, en el sentido de que son conferidos a «todos», en igual forma y medida, sobre la base de la simple identidad de cada uno como persona, como ciudadano y/o como capaz de obrar. Universales, repárese, en el sentido puramente lógico de la cuantificación universal de sus titulares, y no en el sentido corriente y por desgracia infundado de su universal disfrute por parte de todos. Por el contrario, los *derechos patrimoniales* —sean *derechos reales* como la propiedad privada, o *derechos personales* como los derechos de crédito— son *derechos de forma singular*, en el sentido de que corresponden a cada individuo con exclusión de todos los demás: singulares, también ellos, en el sentido puramente lógico de la cuantificación existencial de sus titulares. Todos somos igualmente titulares, y en igual forma y medida, de las mismas libertades fundamentales —de la libertad personal como de la libertad de prensa, de reunión y de asociación— así como de los mismos derechos civiles, políticos y sociales. En cambio, cada uno es titular, por diverso título y en diversa medida, de diferentes derechos patrimoniales.

De aquí se sigue que los derechos fundamentales, en cuanto universales, son *indisponibles*, de modo que ninguno puede privarse ni ser privado de ellos. Los derechos patrimoniales, en cambio, son por su naturaleza *disponibles*, alienables, negociables, en cuanto materia de cambio en la esfera del mercado. Podemos vender nuestras propiedades. No podemos vender nuestras libertades o nuestros derechos civiles, políticos o sociales. Propiedad y crédito están sometidos a vicisitudes, es decir, a transferencias y a sucesiones, a cambios y a transacciones. Por el contrario, los derechos fundamentales permanecen invariables en la titularidad de cada uno de nosotros, cualquier cosa que hagamos o queramos. Los primeros se acumulan o se extinguen; los segundos se mantienen siempre iguales a sí mismos. Unos miran a *lo que se tiene*, los otros a *lo que se es*. De aquí se sigue el carácter desigual de los primeros e igual de los segundos. En efecto, podemos cotidianamente convertirnos y nos convertimos en más ricos o en más pobres sobre la base de nuestros derechos patrimoniales, que por tal ejercicio se constituyen, modifican o extinguen. Por el contrario, el ejercicio de las libertades fundamentales no incide lo más mínimo sobre su titularidad, su cantidad y su cualidad, que permanecen inmutadas. Tampoco se puede renunciar voluntariamente a los propios derechos fundamentales, que son, por tanto, un límite insuperable al ejercicio de los mismos derechos de autonomía tan-

to civiles como políticos. En todo esto no hay nada de paternalismo. Si fuese posible disponer de los derechos de libertad o de autonomía, estos dejarían de ser derechos de todos y se produciría el colapso del liberalismo, de la democracia e incluso del mercado. Si los derechos sociales fuesen disponibles, dejarían de ser fundamentales. Si estuviera permitido a la mayoría privar a una minoría de sus derechos políticos cesaría la democracia política. Y lo mismo puede decirse de los derechos civiles: si estuviera permitida la alienación de la autonomía negocial dejaría de existir el mercado. En síntesis, los derechos fundamentales son límites impuestos a la democracia política y al mercado en garantía de su propia conservación.

Estas diferencias estructurales dependen de las diversas fuentes de las dos clases de derechos. Los derechos fundamentales son universales e indisponibles en la medida en que son *dispuestos* y conferidos inmediatamente por reglas heterónomas, y más precisamente por *normas tético-deónticas*, no alterables por su ejercicio: en suma, son *ex lege* al tener por título fuentes como las leyes o las constituciones. Por el contrario, los derechos patrimoniales son singulares y disponibles en la medida en que son no ya dispuestos, sino pre-dispuestos por *normas hipotético-deónticas* como efectos de los actos hipotetizados por ellas: en definitiva, son *ex contractu*, que tienen por título actos singulares, como los negocios y los contratos. Los primeros son ellos mismos normas, es decir, los significados de los enunciados normativos en los que tienen expresión: la (mía, la tuya o la nuestra) libertad de manifestación del pensamiento no es sino el significado del artículo 21 de la Constitución italiana sobre la libertad de manifestación del pensamiento. En cambio, los segundos están solo hipotéticamente previstos por las normas que hablan de ellos, consistiendo en los efectos y, al mismo tiempo, en los significados o contenidos prescriptivos dispuestos en cada ocasión por los actos hipotetizados por las normas. También por esto los derechos fundamentales son indisponibles: porque son normas heterónomas, a diferencia de los derechos patrimoniales, producidos, en cambio, por la autonomía negocial. Si pudiera disponer de mi libertad personal, de mi derecho de negociar o de mis derechos políticos, estos derechos dejarían de ser fundamentales y se transmutarían en patrimoniales, en cuanto tales alienables y disponibles. Por eso, como veremos en el § 5.4, su indisponibilidad por parte de las mayorías es un principio de la teoría normativa de la democracia: porque ninguna mayoría puede disponer de aquello que no le pertenece y en cuya titularidad por parte de todos y cada uno consiste, como entonces se dirá, lo que llamamos «soberanía popular».

De aquí se sigue otra esencial diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, ya señalada en el § 2.9, cuyo reconocimiento es imprescindible a los fines del análisis y sobre todo de la construcción de la democracia constitucional. Mientras que las garantías de los derechos patrimoniales nacen junto con los derechos garantizados —la deuda con el crédito, la prohibición de lesión con el derecho real de propiedad— al ser dispuestas junto a estos por los actos singulares de los que son efectos, las garantías de los derechos fundamentales no son en modo alguno dispuestas simultáneamente por las normas téticas que disponen los derechos. Son implicadas e impuestas por las expectativas positivas o negativas en las que consisten los derechos fundamentales. Pero en un sistema dinámico como es el derecho positivo solo existen si son positivamente introducidas. Por eso la obligación de su introducción, que viene implicada e impuesta y que muy bien podría resultar inactuada; en tal caso, como se verá en los § 4.2 y 4.3, concurrirá un vicio del ordenamiento consistente en lo que llamaré una *laguna estructural*. Así, no basta estipular el derecho a la salud y a la educación para que se produzcan hospitales y escuelas y las conexas garantías de las prestaciones sanitarias y de las escolares. Incluso el derecho a la vida no sería efectivo sin las normas de actuación representadas por la prohibición del homicidio y por la exclusión de la pena de muerte. «La declaración de derechos contiene las obligaciones de los legisladores», establece el artículo 1 de la sección «deberes» de la Constitución francesa del año III. Pero estas obligaciones deben ser actuadas, al consistir, precisamente, en la obligación —lógicamente implicada y jurídicamente impuesta por esas expectativas positivas en las que consisten los derechos fundamentales— de introducir las garantías mediante leyes de actuación adecuadas.

No obstante, entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales existe también un nexo, cuyo análisis permite dar cuenta de la otra gran distinción estructural, antes indicada como esencial, entre los *derechos fundamentales de autonomía privada*, como el derecho de adquirir y disponer de los propios bienes y de concluir contratos en el mercado, y los *derechos fundamentales de libertad*, como la libertad personal y las libertades de prensa, reunión y asociación. El nexo consiste en el hecho de que los derechos patrimoniales son disponibles, gracias a la condición de titular de quien dispone, de esos derechos fundamentales que son los derechos civiles de autonomía privada por cuyo ejercicio, consistente en actos negociales, pueden ser producidos, modificados, transferidos o extinguidos.

La diferencia estructural entre derechos de autonomía y derechos de libertad —ocultada por el carácter universal y fundamental de unos

y otros y por el valor libertario asociado, en el lenguaje corriente, a la palabra 'autonomía'— consiste en el hecho de que los derechos de autonomía son también *poderes*, lo que no sucede con los derechos de libertad. Esta diferencia ha sido oscurecida por otra distinción, a menudo confundida con la que debe darse entre libertad y autonomía. Es la distinción entre «libertades negativas» y «libertades positivas», consistentes las unas en la inmunidad frente a interferencias, constricciones o prohibiciones, y las otras en la autodeterminación, o sea, en la sola sujeción de cada uno, según la clásica fórmula rousseauniana, a las normas que él se haya dado a sí mismo[6]. Lo que realmente caracteriza a los derechos civiles de autonomía privada es, no tanto el hecho de que consistan en libertades positivas, es decir, en *facultas agendi* (*liberties of*), que es también un rasgo de todos los derechos activos de libertad, como las libertades de prensa, reunión y asociación. Su rasgo distintivo —que no por casualidad los une a la otra gran clase de derechos de autonomía, los derechos políticos o de autonomía política, y los diferencia de todos los derechos de libertad, incluidas las libertades activas— es el hecho de que son *potestates agendi*, es decir, derechos potestativos, o derechos-poder: entendiendo con «poder», como se dijo en el § 2.6, cualquier facultad cuyo ejercicio consista en actos preceptivos, productores de efectos en la esfera jurídica propia y en la de otros[7].

6. Es la clásica distinción formulada por I. Berlin, «Dos conceptos de libertad» [1958], trad. cast. de J. Bayón, en Íd., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1998; y antes por N. Bobbio, «De la libertad de los modernos comparada con la de los posteriores» [1954], ahora en Íd., *Teoría general de la política*, cit., pp. 293 ss. y, en particular, pp. 304-308. Cf. también N. Bobbio, «Kant y las dos libertades», *ibid.*, pp. 113 ss.; Íd., «Libertà», ahora en Íd., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Turín, 1995, pp. 46-50; e Íd., «Autonomia»: *Parolechiave* 4 (1994), pp. 11-19.

7. Hay otras cuatro razones por las que no considero útil adoptar la distinción entre libertades negativas y libertades positivas. En primer lugar, en el léxico de esta teoría, las palabras «positivas» y «negativas» se refieren a las expectativas, una de la comisión y la otra de la omisión de comportamientos ajenos, y no a la facultad o no de comportamientos propios, con respecto a la cual he distinguido, en cambio, entre 'derechos activos' y 'derechos pasivos'; de modo que las llamadas «libertades positivas» son, no menos que las «libertades negativas», derechos negativos a la omisión de lesiones. En segundo lugar, «autonomía» —aparte de que es más adherente al léxico jurídico (recuérdense el artículo 1322 del Código Civil sobre la «autonomía contractual» y los artículos 5, 115 y 128 de la Constitución italiana sobre las «autonomías locales» y sobre los «entes autónomos»)— expresa de manera bastante más precisa e intensa que el genérico «libertad positiva» la potestad de «auto-determinación» de la persona, que tiene expresión en los actos negociales. En tercer lugar, el uso de términos diversos —'libertad' y 'autonomía'— para los dos tipos de derechos sirve para evidenciar sus diferencias estructurales y evitar confusiones. En cuarto lugar, la distinción entre libertades negativas y libertades positivas, cuando con-

Es por lo que el ejercicio de los derechos civiles de autonomía al consistir en actos negociales productivos de efectos también en la esfera jurídica de otras personas, requiere la capacidad de obrar y debe estar sujeto a normas que regulen sus formas y contenidos —como las reglas sobre la competencia, las relaciones laborales o la tutela del medio ambiente y de la salud— en garantía de los intereses públicos y de los derechos fundamentales de todos[8]. Por el contrario, los derechos de libertad, ya sean 'libertades frente a', 'libertades de', meras inmunidades o *facultas agendi*, corresponden a todos con independencia de la capacidad de obrar, dado que consisten en expectativas de no lesión, asociadas o no a facultades cuyo ejercicio no consiste en actos, sino en comportamientos no productivos de efectos jurídicos.

Se revela así también el nexo que liga a la igualdad y a la desigualdad jurídica, a través de los derechos civiles de autonomía. También estos corresponden a todos en cuanto capaces de obrar, al igual que todos los demás derechos fundamentales, están en la base de la igualdad *en droits fondamentaux*. Pero, a diferencia de los demás derechos fundamentales, forman el principal vehículo de la diferenciación de los derechos singulares de propiedad y por eso del multiplicarse de las desigualdades jurídicas y materiales en los derechos patrimoniales. De aquí la ambivalencia de tales derechos: son derechos universales y fundamentales, pero son también potestades ejercitadas en el mercado mediante negocios privados que son causa de derechos singulares y patrimoniales; consisten en una dimensión de la igualdad y, al mismo tiempo, en los motores de la desigualdad jurídica; son expresión de la autonomía individual de las personas, hasta el punto de que la ideología liberal los confunde con los derechos de libertad, pero son también los principa-

curre una en ausencia de la otra, como haré ver en el § 3.4, no da cuenta de su referencia a sistemas normativos diversos, esto es, el derecho y la moral, que por eso justifica, como más apropiada, la denominación de las dos libertades como 'libertad jurídica' y 'libertad moral'.

8. No es, pues, cierta (y nunca la he sostenido) la tesis que me ha sido atribuida por Anna Pintore, de que los derechos de autonomía estarían en un nivel subordinado respecto de los demás fundamentales: «Ferrajoli, para llegar a las conclusiones que prefiere, coloca convenientemente [los derechos de autonomía] en posición subordinada con respecto a las libertades y a los derechos sociales» («Disuguaglianze e apocalisse. Sul Manifesto di Luigi Ferrajoli»: *Questioni pubbliche* 19 [2019], § 3). Como he escrito en distintas ocasiones (*PiI*, § 11.6, pp. 712-715; *PiII*, § 14.15, 14.19 y 15.1, pp. 224-226, pp. 245-246 y pp. 301-302; *La democracia a través de los derechos*, cit., § 1.7 y 3.6, pp. 52-53 y 120-121), tales derechos tienen el mismo nivel que todos los demás establecidos constitucionalmente. Lo que está a un nivel normativo más bajo —subordinado a las leyes y a la constitución— es el ejercicio de tales derechos, esto es, los negocios jurídicos privados.

les factores de las asimetrías sociales y de las relaciones de poder y sujeción entre particulares y, consecuentemente, de las limitaciones de las libertades de los demás.

3.3. *En los orígenes de las confusiones conceptuales. La identificación lockeana de libertad, autonomía y propiedad. La naturaleza de poderes de los derechos patrimoniales y de los derechos de autonomía.* Estas diferencias estructurales entre propiedad, libertad y autonomía —de un lado, entre los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales, singulares aquellos y universales estos, del otro, entre los derechos civiles de autonomía privada que son poderes y los derechos de libertad que no lo son— han sido ignoradas por la tradición liberal y más aún por las actuales ideologías liberistas. La exaltación como libertad de aquellos, que son en realidad poderes económicos privados, se resuelve así en la exaltación de su contrario, acabando por acreditar su carácter tendencialmente absoluto y su ejercicio también ilimitado, en perjuicio de la libertad y de los demás derechos fundamentales de cuantos sufren sus efectos.

En el origen de esta mistificación está el ocultamiento, por parte de la cultura liberal, de la radical diferencia de estructura en la que se basan las dos distinciones entre los derechos subjetivos analizados en el parágrafo precedente. La unificación en la única clase de derechos subjetivos tanto de los derechos fundamentales como de los derechos patrimoniales, ha impedido la comprensión de la igualdad generada por los primeros y de las desigualdades producidas por las vicisitudes de los segundos. La concepción de los derechos de autonomía privada como libertades (positivas) y no como poderes ha permitido a su vez eludir el problema constitucional de la sujeción de su ejercicio a límites y vínculos no solo formales, sino también sustanciales. De hecho, el sistema de las garantías se ha extendido también, en múltiples formas, al derecho privado. La historia moderna de la propiedad privada, la familia, la empresa y el trabajo, es en gran parte una historia de las progresivas limitaciones de estos poderes privados para tutelar los derechos fundamentales de las mujeres, los menores, los consumidores y los trabajadores. Sin embargo, no se ha elaborado una teoría del estado de derecho y de los derechos de las personas frente a los poderes privados parangonable a la elaborada frente a los poderes públicos. El paradigma del estado de derecho está concebido solamente con la vista puesta en la relación entre estado y ciudadano, pero no en las relaciones de poder que se establecen entre particulares: evidentemente, sobre el presupuesto de que las relaciones verticales de potestad/sujeción se dan solo en la esfera artificial

del derecho público, y cual si la esfera del derecho privado fuera una esfera natural, solo marcada por relaciones horizontales entre libertades. Por lo demás, la expresión «*estado* de derecho» es significativa: solo el estado y la política serían el lugar del poder, lo que justificaría su sujeción al derecho. Por el contrario, la sociedad civil y el mercado serían el reino de las libertades, que se trataría sobre todo de proteger frente a los abusos y los excesos de los poderes públicos. De aquí la importancia —hoy más decisiva que nunca, en vista de la actual globalización de los mercados— de las distinciones conceptuales entre propiedad, libertad y autonomía que aquí se han hecho. En efecto, el reconocimiento de las profundas diferencias estructurales entre estos diversos tipos de derechos subjetivos es una condición necesaria para la construcción de sus diferentes garantías; cuando resulta que su desconocimiento ha pesado sobre nuestra historia y nuestra cultura política, abriendo el camino, mediante operaciones de tipo teórico e institucional, a involuciones antisociales o iliberales[9].

En el plano teórico, la asociación de la propiedad a la libertad como derechos igualmente fundamentales, y la sustancial identificación de la primera con la segunda fueron la obra maestra ideológica del primer liberalismo. El primer paso en esta dirección fue la concepción de la libertad como libre disposición de sí mismos y de la propiedad como derecho sobre la propia persona: «cada hombre tiene [...] una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo»[10]. En este sentido la propiedad es claramente un todo con la libertad e incluso con la identidad personal. Su proclamación fue una afirmación radical y revolucionaria de libertad, que negaba la escla-

9. Me he detenido más veces en la crítica de estas confusiones conceptuales: en *Teoria assiomatizzata del diritto*, cit., cap. II, § 5.2, pp. 99-105; en *Derecho y razón*, cit., § 60, pp. 908-915; en «Propiedad y libertad», «Por un constitucionalismo de derecho privado» y «Tres conceptos de libertad», trad. cast. de M. Maldonado Muñoz, en L. Ferrajoli, *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de derecho privado*, Palestra, Lima, 2018, pp. 13 ss.; en *Los fundamentos*, cit., cap. I, pp. 28 ss., cap. II, pp. 153-155 y cap. III, pp. 300-314; sobre todo en *PiI*, § 1.6, 10.10, 11.4-11.8, pp. 120-123, 600-603, 701-729 y *PiII*, § 13.16 y 14.19-14.21, pp. 80-86 y 245-258; y en *Manifiesto por la igualdad*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2019, pp. 114-121. Para una reflexión de conjunto, véase D. Ippolito, «Libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», trad. cast. de T. Effert: *Jueces para la Democracia. Información y debate*: 87 (2016), pp. 37 ss.

10. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1690), ed. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, cap. V, § 27, p. 56. Poco antes Locke, a propósito del estado de naturaleza, había hablado de que «el hombre tiene una incontrolable libertad de disponer de su propia persona o de sus posesiones» (*ibid.*, § 6, p. 37).

vitud y toda indebida constricción o toda violencia corporal por parte de otros. Pero la aplicación del lenguaje propietario a la persona abrió el camino al segundo paso, sugestivo pero insidioso, en la dirección de la confusión entre libertad, «como propiedad de la propia persona», y la propiedad como derecho real sobre las cosas: si cada uno es propietario del propio cuerpo, entonces, prosigue Locke en el pasaje citado, «el trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya»[11]. Es así como la idea de la persona como «propiedad» de sí misma, desde los orígenes del liberalismo, vale para fundar la centralidad de la propiedad como categoría comprensiva de la vida, la libertad, los bienes y la identidad personal misma, todos concebidos indistintamente como otras tantas formas de propiedad: «sus vidas, sus libertades y sus posesiones», declara Locke, es «eso a lo que doy el nombre de 'propiedad'»[12].

La misma operación fue realizada por Kant, que habla de la «cualidad del hombre de ser su *propio señor* (*sui iuris*)»[13] y reproduce, sobre esta base, la misma confusión lockeana entre propiedad y libertad: «lo mío exterior es aquello fuera de mí, cuyo uso discrecional no puede impedírseme sin lesionarme (sin perjudicar a mi libertad, que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal) [...] aquí se trata para ella de la determinación práctica del arbitrio conforme a

11. *Ibid.*, pp. 56-57. «Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto —añade Locke—, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres. Porque este trabajo, al ser indudablemente propiedad del trabajador, da como resultado el que ningún hombre, excepto él, tenga derecho a lo que ha sido añadido a la cosa en cuestión, al menos cuando queden todavía suficientes bienes comunes para los demás» (*ibid.*, p. 57).

12. *Ibid.*, cap. IX, § 123, p. 134; J, Locke, *Carta sobre la tolerancia* [1685], ed. de P. Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1991, p. 8: «El estado es, a mi parecer, una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil. Estimo, además, que los intereses civiles son la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes». Se entiende cómo todavía la idea lockeana de la libertad de sí mismos forme el postulado ideológico de las ideologías liberistas sobre la ausencia de límites a la libertad del mercado: «El axioma fundamental de la teoría *libertarian* es que todo individuo debe ser propietario de sí mismo», ha escrito M. N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, Humanities Press, Atlantic Highlands, 1982, p. 59.

13. I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho. División de la doctrina del derecho» [1797], en *La metafísica de las costumbres*, estudio preliminar de A. Cortina Orts, trad. cast. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989, B, p. 49.

leyes de la *libertad*»[14]. El salto lógico es aquí más grave que en Locke. Precisamente la noción kantiana de la libertad como coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de los demás[15] habría debido impedir esta confusión: pues, en efecto, tanto los derechos reales de propiedad como los derechos fundamentales de autonomía negocial no son libertades coexistentes entre sí sin posibles perjuicios recíprocos, sino poderes cuyo ejercicio consiste en actos productores de efectos en la esfera jurídica de otras personas, generalmente consistentes en limitaciones de su libertad.

En el plano institucional, esta conmixtión de libertad y propiedad ha recibido una consagración constitucional desde las primeras declaraciones de derechos, que calificaron a una y otra de «derechos naturales» o «derechos innatos». «El fin de toda asociación política», proclamó el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789, «es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión». «La propiedad» es un «derecho inviolable y sagrado», estableció el artículo 17 de la misma. Y, trece años antes, la Declaración de Derechos de Virginia había afirmado, en su primer artículo: «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos [...] a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad». La asociación de libertad y propiedad se generalizó después en gran parte de las cartas constitucionales y de los estatutos del ochocien-

14. «Principios metafísicos», cit., § 5, pp. 60-61. Este nexo entre libertad y propiedad en el pensamiento de Kant fue subrayado por G. Solari, *Introduzione* a I. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. it. de G. Solari y G. Vidari, Utet, Turín, 1965, p. 27: «La propiedad llega de este modo a convertirse en el principio supremo del sistema jurídico y político kantiano. La razón y la constitución del estado se fundan en ella [...] La posesión asciende a la categoría suprema del orden jurídico natural kantiano, porque en él la actividad jurídica del hombre y su libertad externa toman forma concreta [...] En la propiedad, la libertad externa adquiere forma y valor jurídico». La misma ciudadanía resulta fundada por Kant en la propiedad privada: «la única cualidad exigida» para ser ciudadano, escribe, es «que uno sea *su propio señor* (*sui iuris*) y, por tanto, que tenga alguna *propiedad*» (I. Kant, «En torno al tópico 'Tal vez esto sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica'» [1793], en Íd., *Teoría y práctica*, trad. cast. de R. Rodríguez Aramayo y C. Roldán Panadero, Tecnos, Madrid, 1986, p. 34).

15. I. Kant, «Introducción a la doctrina del derecho», § C, en *La metafísica*, cit., pp. 39-40, donde se formula «la ley universal del derecho: obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal»; y poco antes, *ibid.*: «Una acción es *conforme a derecho* cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley general universal».

tos. Fue codificada por el Code civil francés de 1804, cuyo artículo 7 incluye en la misma categoría la de los «derechos civiles» —que será retomada en la tipología de los derechos quizá más conocida, la propuesta por Marshall[16]—, todos los derechos no políticos y por tanto, de nuevo juntamente, las libertades fundamentales, los derechos de autonomía y los derechos patrimoniales. Se consolidó, en fin, en la doctrina alemana e italiana de la segunda mitad del siglo XIX, a la que se debe la concepción de los derechos de libertad como «derechos públicos subjetivos»[17], a su vez subsumidos en la categoría general del «derecho subjetivo» modelado sobre el esquema romanista y civilista del viejo derecho de propiedad como «potestad del querer»[18].

Por fin Marx —y tras de él el marxismo— en la línea de Locke, asoció la libertad, y los «derechos innatos del hombre» a los derechos patrimoniales como objeto de cambio en el mercado. Basta recordar sus palabras desdeñosas sobre «la órbita de la circulación o del cambio de mercancías» en la que «se desarrolla la compra y la venta de la fuerza de trabajo [...] verdadero *paraíso de los derechos del hombre*», donde «solo reinan la libertad, la igualdad, la propiedad, y Bentham»[19]. Pero

16. T. H. Marshall, *Ciudanía y clase social* [1950], en T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, trad. cast. de P. Linares, Alianza, Madrid, 1998, p. 24, donde los derechos fundamentales se distinguen en derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales. En la categoría de los «derechos civiles» Marshall incluye, como ya lo hizo el Código de Napoleón, *a*) los derechos de libertad, de la libertad personal a la libertad de palabra, de pensamiento y de fe; *b*) los derechos de autonomía privada, o sea, de concluir contratos y de accionar en juicio; *c*) el derecho de propiedad, con el que Marshall y muchos de sus comentaristas designan, conjuntamente, el derecho de acceder a la propiedad, esto es, de adquirir y disponer del derecho de propiedad, y el mismo derecho real de propiedad.

17. C. F. von Gerber, *Diritti pubblici* [1852] e Íd., «Lineamenti di diritto pubblico tedesco» [1865], trad. it. de P. L. Lucchini, en Íd., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1971, pp. 66-67, 104-108 y 130-133.

18. B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., I, § 37, pp. 170 ss. A partir de esta concepción ampliada de la propiedad como potestad del querer, puede registrarse una total sintonía entre la concepción de Savigny y de Windsheid de la propriedad de la «propia persona» y de la «persona sobre una cosa», y la idea lockeana de la propiedad sobre sí mismo y sobre las propias cosas: véanse, en este sentido, F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., lib. II, § 53 y 56, vol. I, pp. 346 y 367, y B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., I, § 37-40, pp. 169-178.

19. C. Marx, *El capital* [1867], trad. cast. de W. Roces, FCE, México, 1973, vol. I, lib. I, cap. IV, § 3, pp. 128-129: «La *libertad* —prosigue Marx—, pues el comprador y el vendedor de una mercancía, *v. gr.* de la *fuerza de trabajo*, no obedecen a más ley que la de su *libre voluntad*. Contratan como *hombres* libres e iguales ante la ley. El *contrato* es el resultado final en que sus voluntades cobran una expresión jurídica *común*. La *igualdad*, pues compradores y vendedores solo contratan *como poseedores de mercancías*, cambian-

recuérdense también las palabras del joven Marx comentando la noción «droits de l'homme» —«ces droits sont la liberté, la proprieté, la sûreté et la résistence a l'oppresision»— formulada en el ya recordado artículo 2 de la *Déclaration* de 1789 y críticamente recibida por él: «La aplicación práctica del derecho humano de la libertad es el derecho humano de la *propiedad privada*»[20]. Ciertamente esta crítica de los derechos de libertad se explica por el radicalismo y el realismo de Marx: de un lado, por la dureza polémica de su crítica al derecho burgués; de otro, por su intolerancia de las que le parecían abstracciones ideológicas dramáticamente desmentidas por las relaciones de dominio y de explotación. Por otra parte, el constitucionalismo decimonónico era incomparablemente más débil que el actual rígido y se prestaba muy bien a ser criticado como cobertura ideológica del derecho efectivamente en vigor[21]. Pero esto no elimina la incomprensión también marxiana de las diferencias conceptuales entre libertad y propiedad.

Hay, pues, dos órdenes de equívocos que han pesado y siguen pesando sobre la teoría del derecho y sobre la teoría de la democracia. El primero se cifra en el desconocimiento de la naturaleza de 'poderes' de los derechos de propiedad y de autonomía, unidos y tendencialmente identificados con las libertades, no solo por la cultura liberal, sino también por la comunista. Con efectos opuestos y simétricos, sobre los que volveré en el § 6.7: la valorización liberal de la propiedad privada con el mismo valor asociado a los derechos de libertad y la desvaloración comunista de los derechos de libertad con el mismo desvalor asociado a la propiedad. De donde se han seguido dos contrapuestas mistificaciones

do equivalente por equivalente. La *propiedad*, pues cada cual dispone y solamente puede disponer de lo que es suyo. Y *Bentham*, pues a cuantos intervienen en estos actos solo les mueve su interés. La única fuerza que los une y los pone en relación es la fuerza de su *egoísmo*, de su provecho personal, de su *interés privado*. Precisamente *por eso*, porque cada cual cuida solamente de sí y ninguno vela por los demás, contribuyen todos ellos, gracias a una *armonía preestablecida de las cosas* o bajo los auspicios de una providencia omniastuta, a realizar la obra de su provecho mutuo, de su conveniencia colectiva, de su interés social».

20. C. Marx, «Sobre la cuestión judía» [1844], en C. Marx y F. Engels, *La sagrada familia y otros escritos filosóficos de la primera época*, trad. cast. de W. Roces, Grijalbo, México, 1967, p. 33. Y poco antes: «Los llamados *derechos del hombre* [...] no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad».

21. «Cada artículo de la Constitución contiene, en efecto, su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad» (K. Marx, *El dieciocho de brumario de Luis Bonaparte* [1852], II, en K. Marx y F. Engels, *Obras escogidas*, Progreso, Moscú, 1978, vol. I, p. 420).

del poder, dos modelos perversos de mercado y de estado, dos opuestos absolutismos, uno económico y otro político. En la tradición liberal, la concepción de la propiedad como libertad y no como poder ha acreditado el desarrollo de los poderes económicos como poderes salvajes no sometidos al derecho, que ha alcanzado sus formas extremas en el actual anarco-capitalismo. En la tradición comunista, la misma concepción y la consiguiente desvaloración de los derechos de libertad como derechos propietarios, fundó la ausencia de límites a los poderes políticos, las degeneraciones totalitarias de los socialismos realizados, la quiebra y la inversión en su contrario[22] de la gran esperanza que fue el comunismo en el siglo pasado.

El segundo equívoco, ligado a la noción corriente, no formal, sino axiológica, de derechos fundamentales —aquí recordada en el § 3.1— tiene que ver con el significado de la universalidad de los derechos fundamentales. Tales derechos son 'universales' no ya en el sentido de que son universalmente compartidos o que tienen un fundamento ontológico de carácter universal, sino en el sentido de que son atribuidos a clases universales de individuos como son, en la definición aquí propuesta, las personas, los ciudadanos y/o los capaces de obrar solo porque tales. En este sentido, en confirmación del carácter formal de aquella, son también fundamentales los derechos que expresan valores no moralmente compartibles, como, por ejemplo, el derecho a portar armas previsto en la Segunda Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y, por otra parte, los derechos que en el pasado, cuando su titularidad era negada a la mayoría de los seres humanos, como las mujeres, los indigentes, eran atribuidos a clases restringidas de seres humanos, los únicos calificados como personas, ciudadanos o capaces de obrar[23].

22. Bobbio ha sintetizado —«utopía puesta del revés»— el sentido de esta quiebra (N. Bobbio, «La utopía puesta del revés» [1989], en Íd., *Teoría general de la política*, cit., VI, II, pp. 380-383).

23. He insistido en otras ocasiones sobre este significado de «universalidad» de los derechos fundamentales, que no tiene nada que ver con la idea, empíricamente infundada, de que tales derechos sean universalmente compartidos por todos, ni con la idea, políticamente iliberal, de que tales derechos deban ser compartidos por todos. Me limito a recordar *Derecho y razón*, cit., § 57, pp. 857-866 y § 60, pp. 906-912; *Los fundamentos*, cit.; «Universalismo e multiculturalismo»: *Parolechiave* 37 (2007), pp. 37-45; *PiI*, § 10.14, pp. 618-624; § 11.1, pp. 684-690; § 11.7, pp. 717-724 y *PiII*, § 13.10-13.11, pp. 51-61. Volveré sobre esta cuestión en el § 7.3, a propósito del principio liberal de laicidad.

3.4. *Cuatro libertades jurídicas. Libertad jurídica y libertad moral. La libertad política.* Las distinciones conceptuales establecidas hasta aquí son esenciales, como se verá en su momento, no solo para la teoría del derecho, sino también para la teoría de la democracia. Mientras tanto, en el plano teórico, nos permiten formular una cuatripartición de las libertades jurídicas, y más precisamente de las formas jurídicas de la autodeterminación, sobre la base de su diversa estructura: las *libertades-inmunidad* fundamentales como límites a las *libertades-facultad* fundamentales y, junto a estas, como límites a los *derechos de autonomía*, de cuyo ejercicio son limitables solamente las *libertades de hecho* o meras libertades.

En el nivel más bajo está la *libertad de hecho*, que es una libertad jurídica pero no un derecho subjetivo y tampoco una situación al no ser ni efecto ni modalidad de actos jurídicos, sino una simple modalidad deóntica, como se dijo en el § 1.3, y precisamente una facultad. Es la libertad consistente en el poder hacer o no hacer, como dice el artículo 5 de la Declaración de los Derechos de 1789: «todo lo que no está prohibido por la ley», que por eso sobrevive en el *silentium legis*, pero que no puede no ser limitada por el derecho positivo, es decir, por las leyes, por los negocios privados y, en general, por cualquier acto preceptivo que siempre consiste en alguna limitación de aquella[24]. Es claro que la medida de esta libertad es diferente de persona a persona, dependiendo para cada uno de la red de las relaciones jurídicas que lo ligan en la vida de relación, de sus derechos patrimoniales y sus obligaciones civiles, de sus condiciones de trabajador o de empresario, de hijo o de padre, de ciudadano o extranjero, y también del grado de efectividad de sus derechos de libertad y de autonomía. Por eso, en el § 7.2, la llamaré también 'libertad privada', en oposición a las 'libertades públicas' en las que consisten los derechos de libertad, e identificaré en su diversa medida, según cada uno, el grado de desigualdad en las libertades.

En un nivel superior están las libertades consistentes en derechos-poderes, o sea, los *derechos de autonomía*, tanto *civil* como *política*,

24. T. Hobbes, *Leviatán*, cit., XXVI, pp. 217-218: «La ley fue traída al mundo nada más que para limitar la libertad particular de los hombres, de tal modo que no se hagan daño unos a otros»; J. Bentham, «Principios del Código Civil», en Íd., *Tratados de legislación civil y penal*, ed. de M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981, cap. I, p. 104 «Las disminuciones de la libertad son inevitables; y es imposible crear algunos derechos, imponer algunas obligaciones, proteger la persona, la vida, la reputación, la propiedad, la subsistencia, la libertad misma, sino a costa de la libertad [...] toda ley es contraria a la libertad». Es la libertad de la que habla Cicerón en la clásica máxima «omnes legum servi sumus uti liberi esse possumus» (*Pro Cluentio*, cap. LIII) y definida por Hobbes, Locke, Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Diderot y Pagano en los pasajes citados en la nota 7 del cap. VII.

correspondientes a las personas dotadas de capacidad de obrar, cuyo ejercicio, directamente a través de contratos o negocios e indirectamente a través de leyes emanadas de los órganos representativos, es siempre productor de efectos jurídicos consistentes en limitaciones de la libertad de hecho propia y ajena. No obstante, para evitar el colapso del sistema, el ejercicio de los poderes generados o directamente expresados por el ejercicio de tales derechos, en la lógica del estado de derecho, requiere límites rígidos como los expresados por los derechos de libertad y por los mismos derechos de autonomía. En efecto, pues una legislación sin límites permitiría a las mayorías democráticamente elegidas en el ejercicio de los derechos de autonomía política suprimir el propio sistema democrático, incluidos los mismos derechos políticos de autonomía; y un mercado sin límites permitiría a su vez, a través del ejercicio de los derechos de autonomía privada, alienar estos mismos derechos y convulsionar el mercado mismo. No son hipótesis de escuela: la primera se verificó con los fascismos del siglo pasado, que destruyeron la democracia después de haber conquistado el poder con las elecciones. En cuanto a la segunda, existe el riesgo de que se produzca en la actual globalización, con las catástrofes a que puede dar lugar el desarrollo de esos nuevos soberanos absolutos en los que se están transformando los grandes poderes económicos y financieros globales.

Por eso, por encima de los derechos-poder de autonomía se sitúan los *derechos fundamentales de libertad*, que ninguna legislación y ninguna negociación pueden suprimir o limitar y que, en cambio, limitan tanto el poder legislativo como los poderes negociales, gracias a su rango generalmente constitucional. A diferencia de los derechos-poder de autonomía, los derechos de libertad, sean simples inmunidades o facultades, según la ya recordada definición kantiana, pueden coexistir con las libertades de los demás en el respeto recíproco; las libertades-inmunidad porque consistentes en simples expectativas negativas y las libertades-facultad porque su ejercicio consiste en comportamientos carentes de efectos jurídicos en la esfera de los demás.

En fin, al nivel más alto están las *inmunidades fundamentales* o '*libertades frente a*', que, al consistir solo en expectativas negativas, no interfieren con otras situaciones y, por eso, son límites tendencialmente no limitables por otros derechos. A diferencia, no solo de los derechos-poder de autonomía, sino también de los derechos activos de libertad consistentes en facultades, es decir, en '*libertades de*', como las libertades de prensa, asociación y reunión, las '*libertades frente a*' o inmunidades fundamentales, como la libertad de pensamiento y de conciencia y la inmunidad a torturas son derechos puramente pasivos, de los

que no cabe concebir ningún ejercicio y cuya garantía, por consiguiente, no interfiere con ninguna otra libertad. De lo que se sigue que estas libertades-inmunidad son generalmente un límite al ejercicio de las libertades-facultad, que no puede consistir en su lesión. La libertad de información, por ejemplo, encuentra normalmente el límite de ese derecho de inmunidad que es el derecho a la privacidad; la libertad de prensa y de manifestación del pensamiento no puede llevarse al extremo de lesionar, con injurias o difamaciones, la dignidad y la reputación de otras personas; la libertad de religión, como libertad de difundir y practicar el propio credo, no puede llegar hasta coartar la libertad de conciencia de los no creyentes.

Estos cuatro conceptos de libertad componen la *facultad* de autodeterminarse. Hay luego otro concepto de libertad, consistente en la *capacidad* de autodeterminarse. En el primer sentido, como facultad de autodeterminarse, la libertad es la *libertad jurídica.* En el segundo sentido, como capacidad de autodeterminarse, es la *libertad moral.* Se puede tener la libertad jurídica, como todos la tenemos en un ordenamiento democrático y liberal, y no tener la libertad moral por causa de los condicionamientos familiares, culturales o religiosos, y del amedrentamiento y los conformismos que estos inducen. Pero se puede conservar y afirmar la propia libertad moral también en regímenes autoritarios e iliberales que no garantizan la libertad jurídica. En suma, cada una de las dos libertades puede darse sin la otra: pueden existir las garantías jurídicas de las libertades y, no obstante, la libertad moral de autodeterminarse puede decaer a causa de la reducción a la pasividad y del servilismo; podemos conservar nuestra capacidad de autodeterminación también cuando decaen las libertades jurídicas. Recuerdo una bellísima frase de Vittorio Foa que expresa muy bien esta concepción de la libertad moral. Respondiendo en una entrevista a la pregunta de un periodista sobre lo que habían significado para él ocho años de privación de libertad en las prisiones fascistas, respondió: «No, mire, en aquellos años, los presos políticos éramos las únicas personas libres, o, al menos, las personas más libres que vivían en Italia».

Estas dos libertades corresponden a las dos libertades distinguidas por Isaiah Berlin y por Norberto Bobbio y recordadas en el § 3.2: la libertad-facultad a la *libertad negativa* (o libertad *frente a*) como ausencia de impedimentos o constricciones; la libertad-capacidad a la *libertad positiva* (o libertad *de*) como autodeterminación. Bobbio, en particular, ha caracterizado la libertad negativa como una «cualificación de la acción», es decir, como «libertad de actuar», y la libertad positiva como una «cualificación de la voluntad», esto es, como «libertad

de querer»[25]. Y ha añadido, justamente, que las dos libertades pueden ser «independientes una de la otra», o bien coexistentes en el sentido de que «pueden integrarse recíprocamente». Puedo decir que gozo de la libertad negativa (de actuar, es decir,) de profesar una determinada religión porque «vivo en un estado que reconoce y garantiza la libertad religiosa», sin que sea «contradictorio» añadir que «no he elegido libremente la religión que libremente profeso», ni redundante agregar que «he elegido libremente la religión que profeso»; por otra parte, puedo decir que tengo la libertad positiva (de querer, es decir,) de autónoma «elección de la religión que profesar», sin que sea «contradictorio» añadir que «no soy libre de profesarla porque vivo en un estado confesional», ni redundante agregar que soy «libre de profesarla porque vivo en un estado que reconoce y garantiza la libertad religiosa»[26].

En definitiva, las dos libertades, la de la acción y la de la voluntad, pueden coexistir o no coexistir. Se puede tener la libertad de la acción, pero no la libertad de la voluntad como acontece, en los ordenamientos liberales, a las personas moralmente conformistas y dependientes de las culturas dominantes. Se puede tener la libertad de la voluntad, pero no la libertad de la acción como sucede, en los ordenamientos iliberales, a las personas moral y culturalmente independientes. Pero todo esto se debe al hecho de que las dos libertades hacen referencia a dos sistemas normativos distintos: la una al derecho, la otra a la moral. Por eso he preferido llamar a la primera *libertad jurídica*, y no 'libertad negativa', y a la segunda *libertad moral*, y no 'libertad positiva'. En fin, las dos libertades pueden coexistir conjuntamente, dando lugar a la que bien podemos llamar *libertad política*, susceptible de definirse como la facultad jurídica y, al mismo tiempo, como la capacidad moral de autodeterminarse.

3.5. *Principios y reglas. Principios regulativos y principios directivos. Los derechos fundamentales como principios regulativos expresados por normas teórico-deónticas.* En materia de derechos fundamentales, hay una última cuestión teórica que debe ser afrontada. Tiene que ver con la fuerza vinculante de tales derechos, a mi juicio, puesta en cuestión por la distinción entre 'reglas' y 'principios', realizada por Ronald Dworkin en 1977[27] y desde entonces convertida en central en el debate teórico del

25. N. Bobbio, *Libertà*, cit., p. 50.

26. *Ibid.*, p. 51.

27. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* [1977], trad. it. de G. Rebuffa, Bolonia, il Mulino, 1982. Hay trad. cast. de M. Guastavino, con prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984. Pero dada la diferencia en el uso de la terminología se opta por traducir directamente las citas de la edición italiana.

derecho. Esta distinción es sin duda importante. No todas las normas jurídicas consisten en reglas, o sea, en las que he llamado 'normas deónticas', observadas o violadas por comportamientos determinados y aplicables a estos en el momento de su comprobación judicial. Muchas normas consisten en principios, que, a diferencia de las reglas, que con carácter general y/o abstracto disponen o pre-disponen figuras deónticas, enuncian valores u objetivos políticos o, todavía más genéricamente, «políticas» y programas por realizar. En este sentido, son claramente principios normas como el artículo 1 de la Constitución italiana, según el cual «Italia es una República democrática fundada en el trabajo», o el artículo 1 de la Constitución alemana, según el cual «la dignidad del hombre es intocable. Es deber de todo poder estatal respetarla y protegerla»[28].

La cuestión que hay que afrontar es si las normas constitucionales sustanciales más relevantes, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, son reglas, y precisamente las que aquí he llamado normas tético-deónticas, o bien principios, en cuanto tales, como sostienen habitualmente los teóricos de esta distinción, objeto no de aplicación, sino de ponderación con otros principios. Se entiende la enorme relevancia práctica y no solo teórica de la cuestión. La tesis de que las normas sustanciales más importantes sobre la producción legislativa, es decir, el principio de igualdad y los derechos fundamentales, son principios y no reglas, objeto de ponderación más que de aplicación, debilita su normatividad y da un vuelco a la jerarquía de las fuentes, dado que atribuye al legislador ordinario y a la jurisdicción constitucional el poder de optar, mucho más allá de los ordinarios márgenes de lo opinable de las actividades interpretativas, por qué principio constitucional aplicar en cuanto considerado de más peso y cuál no aplicar porque estimado de menor peso[29].

28. Sobre la distinción entre reglas y principios, convertida en los últimos decenios en uno de los temas centrales del debate teórico y filosófico-jurídico, véase, también por la amplia bibliografía citada, G. Pino, *Teoria analítica del diritto*, cit., cap. IV, pp. 73-96.

29. Recuérdese el inquietante pasaje de Dworkin: «La Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos contiene la previsión normativa de que el Congreso no limitará la libertad de palabra. ¿Es esta una regla, de tal modo que si alguna ley limitase la libertad de palabra sería inconstitucional? Los que exigen que la Primera Enmienda sea 'un absoluto' dicen que debe ser entendida de ese modo, es decir, como una regla. ¿O afirma simplemente un principio, de modo que, de descubrirse una limitación de la libertad de palabra, sería inconstitucional si el contexto no evidenciase algún principio o alguna consideración de oportunidad política que en determinadas circunstancias fuera tan importante como para permitir la limitación? Esta es la posición de quienes sostienen lo que he llamado el factor del 'peligro claro y actual' o alguna otra forma de 'ponderación'» (*I diritti presi sul serio*, cit., p. 97).

Esta tesis es, a mi juicio, insostenible. Lo es sobre la base del significado asociado al concepto de «regla» por los propios teóricos del enfoque principialista del paradigma constitucional. Según Ronald Dworkin, «las reglas son aplicables en la forma del todo-o-nada» en el sentido de que si «la regla es válida», entonces «debe aceptarse la respuesta que ofrece»; mientras los principios «no indican consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se den las condiciones previstas», de modo que, a diferencia de las reglas, no se aplican, sino que se pesan[30]. Para Robert Alexy, «los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado», pudiendo derivarse de ellos, según las circunstancias del caso, reglas diversas en ocasiones sobre la base de su ponderación, donde «las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no», de modo que, «si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que ella exige»[31]. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, a su vez, identifican la diferencia entre principios y reglas en el hecho de que «los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada»[32]. En fin, Gustavo Zagrebelsky distingue las reglas de los principios sobre la base del hecho de que solo las primeras, pero no los segundos, prevén supuestos de hecho subsumibles en ellas[33]. En todos los casos, lo que une a quienes sostienen estas distintas connotaciones de las dos clases de normas es la tesis de que los principios, entre los que habitualmente incluyen el principio de igualdad y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, son susceptibles de ponderación, y no de la aplicación sustancial de la que, en cambio, son susceptibles las reglas.

Ahora bien, es precisamente la noción de reglas adoptada por los autores aquí recordados la que, a mi juicio, impone configurar los derechos fundamentales y el principio de igualdad como reglas y, precisamente, como normas tético-deónticas. La aplicabilidad de las reglas

30. R. Dworkim, *I diritti presi sul serio*, cit., pp. 93, 94 y 96.

31. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], trad. cast. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, cap. III, § 2, pp. 86-87.

32. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I, § 1.1, p. 9. Mientras que las reglas, añaden, son «razones para la acción perentorias» (p. 12), los principios son razones para la acción no perentorias, sino ponderables con otras razones o principios.

33. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, [11]2018, cap. VI, pp. 110-111; Íd., *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2014, cap. VI, pp. 174-200.

en la forma todo-o-nada según la tesis de Alexy, su forma cerrada y no abierta según la definición sugerida por Atienza y Ruiz Manero, y su referencia a supuestos de hecho subsumibles en ellas según la noción propuesta por Zagrebelsky, todos son rasgos que, en efecto, pueden ser expresados de forma más simple por la tesis de que son reglas todas las normas de las que sean concebibles los comportamientos que son su observancia o su violación. Pero esta es exactamente la definición de las que, en el § 1.5, he llamado 'normas tético-deónticas'. Es por lo que son reglas, y precisamente normas tético-deónticas, al ser concebibles los actos que de ellos son observancias o violaciones[34], también los derechos fundamentales y el principio de igualdad, que, en obsequio al léxico principialista, bien pueden llamarse *principios regulativos*. En efecto, pues consisten en derechos subjetivos de forma universal: precisamente, en expectativas negativas de no lesión, como lo son todos los derechos de libertad y de inmunidad, o en expectativas positivas de prestación, como lo son todos los derechos sociales, por ejemplo, los derechos de asistencia sanitaria o a la educación a los que corresponden, por el nexo de implicación que existe entre expectativas pasivas o modalidades activas, prohibiciones u obligaciones impuestas como sus garantías a cargo de la esfera pública. Es por lo que tienen como argumentos y referentes empíricos comportamientos determinados, que son exactamente los mismos que forman los argumentos y los referentes empíricos de sus garantías. La *no-lesión* de los derechos de libertad, a la que corresponde la respectiva prohibición, y la *satisfacción* de los derechos sociales, a la que corresponde la respectiva obligación a cargo de los poderes públicos. En cuanto tales, esos derechos pueden ser ocasionalmente respetados o violados, actuados o inactuados y, en cualquier caso, aplicables a sus violaciones, según la noción de «reglas» sugerida también por los autores antes mencionados. Precisamente en cuanto normas de rango constitucional, son normas sustanciales sobre la producción jurídica que comportan, a cargo del legislador, la prohibición de lesionarlos, es decir, de contradecirlos, cuya violación produce *antinomias*, y la obligación de producir sus leyes de actuación, cuya violación produce *lagunas*.

34. La equivalencia entre «reglas (o normas) deónticas» y su posible observancia o inobservancia se ha expresado en *PiI*, § 4.7, pp. 230-231 y § 8.3, pp. 403-404, por los teoremas T4.66 y T8.35. Por tanto, con base en la tesis T2.2, donde no sean concebibles una precisa y determinada observancia o inobservancia, no podemos hablar de figuras deónticas (*ibid.*, § 2.1, p. 140), y así tampoco de reglas o normas deónticas, sino de figuras de cualificación óntica, como los que llamaré «principios directivos».

Otra cosa son las normas que formulan objetivos políticos o directivas programáticas y de las cuales, por eso, no son concebibles una específica violación o una específica observancia a la que sean aplicables, sino solo políticas públicas más o menos adecuadas a los fines indicados por ellas. Podemos llamarlas *principios directivos*, dado que consisten en directivas dirigidas a promover actividades no predeterminadas, sino remitidas a la autonomía del legislador e idóneas para realizar, en mayor o menor medida, las finalidades indicadas por ellos[35]. Sin embargo, su campo de denotación, al no entrar en él la mayor parte de los derechos fundamentales, es bastante más restringido de lo que consideran los teóricos de la ponderación. Por ejemplo, en la Constitución italiana se enuncian principios directivos, además del ya citado artículo 1, 1.º («Italia es una República fundada en el trabajo»), el artículo 3, 2.º («es deber de la República eliminar los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País»), el artículo 9, 1.º («La República tutelará el trabajo en todas sus formas y aplicaciones») y el artículo 47, 1.º («La República estimulará y tutelará el ahorro»).

Como se ve, se trata de normas dotadas de gran relevancia política en cuanto constitutivas de la identidad democrática de la República. A diferencia de los derechos fundamentales, que definen también ellos tal identidad, estos principios directivos, sin embargo, no consisten en expectativas de no lesiones o de prestaciones exactamente determinadas que impliquen prohibiciones y obligaciones también ellas determinadas, sino que tienen solo el débil valor deóntico consistente en

35. Una distinción análoga en algunos aspectos a la aquí propuesta entre principios regulativos y principios directivos es la relativa a los «principios en sentido estricto» y «directivas», formulada por M. Atienza y J. Ruiz Manero en *Las piezas del derecho*, cit., cap. I, § 1.3 y 2.2, pp. 5 y 14-15; cap. IV, § 4, pp. 140-141; cap. VI, § 2, p. 166, y retomada por M. Atienza, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, cap. III, § 8, pp. 163-169 y cap. IV, § 5, pp. 219 ss.: los principios en sentido estricto, según esta distinción, expresan «valores últimos», operan como «razones últimas» o «finales» de la acción y por eso prevalecen, aun siendo también ellos derogables, sobre las directivas, que, en cambio, operan como «razones para la acción de tipo utilitario». Me parece que la principal diferencia entre las dos distinciones se refiere a los «principios en sentido estricto», que, a diferencia de los aquí llamados «principios regulativos», no se comportan, según Atienza y Ruiz Manero, como reglas, sino también ellos como objeto de ponderación. Una confrontación entre las dos distinciones puede verse en L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 78-119.

indicar políticas idóneas para obtener los resultados programados, sin que sean concebibles específicos actos consistentes en su observancia o su violación[36]. Naturalmente, no basta que la constitución use la palabra «derecho» para que nos encontremos frente a una regla. Por ejemplo, «el derecho al trabajo» previsto en el artículo 4 de la Constitución italiana, al no ser concebibles precisas violaciones de él, no es, en la línea de las definiciones aquí propuestas, una norma deóntica, sino un principio directivo: la directiva del pleno empleo que los poderes públicos deben perseguir con políticas adecuadas. Es, por eso, el mismo significado que expresa el artículo 40, 1.° de la Constitución española, según el cual «los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo», o del artículo 1 de la segunda parte de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 sobre el compromiso de las partes contratantes de asumir «como uno de los principales objetivos [...] la realización y el mantenimiento del nivel de ocupación más elevado y estable posible».

Esto no impide que los principios directivos, además del valor óntico consistente en connotar la identidad de las instituciones y el débilmente deóntico consistente en promover políticas públicas, sean utilizables, al igual que el resto de los principios regulativos, como argumentos relevantes en la interpretación constitucional. Por ejemplo, los artículos 1 y 4 de la Constitución italiana pueden valer muy bien como argumentos de apoyo a la invalidez de una ley restrictiva de los derechos de los trabajadores, o también, a la inversa, como ha sucedido en la jurisprudencia constitucional italiana, en apoyo de la validez de leyes que imponen límites al poder del empleador, como, por ejemplo, la existencia de una justa causa para despedir a un empleado[37].

3.6. *La insostenibilidad de la concepción creacionista de la jurisdicción en el plano epistemológico y su incompatibilidad con el principio de legalidad y la separación de poderes. Precedentes judiciales y prestigio* (autorevolezza). Por consiguiente, los derechos fundamentales son reglas

36. La naturaleza de reglas y no de principios o valores de la mayor parte de las normas sustanciales de la Constitución italiana, y en particular de los derechos fundamentales, es sostenida, entre otros, por G. Azzariti, «Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione», en A. Palazzo (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Esi, Nápoles, 2001, § 7-9, pp. 242-249, y por A. Pace, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», en G. Azzariti (ed.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2006, pp. 86 ss.

37. Recuérdense, en este sentido, las sentencias de la Corte Constitucional n.° 47/1976, de 16 de marzo, y 189/1980, de 21 de octubre.

y, más precisamente, tético-deónticas, que imponen a la esfera pública límites y vínculos, es decir, prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación. Su configuración como principios objeto de ponderación, y no como reglas objeto de aplicación, además de ser infundada en el plano teórico, tiene un doble, deplorable efecto práctico: no solo el debilitamiento de su fuerza vinculante, sino también la caracterización de la jurisdicción como creación de nuevo derecho, con derogación de su sujeción a la ley y al principio de separación de poderes.

En la base de la tesis del carácter no cognoscitivo, sino creativo de la jurisdicción —hoy decididamente dominante al ser compartida no solo por los teóricos de la ponderación de los principios, sino también por otras orientaciones, como la hermenéutica jurídica, la teoría kelseniana y el kelsenianismo, gran parte del realismo jurídico y los nostálgicos del derecho jurisprudencial premoderno[38]— hay, a mi juicio, una concepción restringida e insostenible tanto del conocimiento como de la verdad jurídica, el uno entendido como descripción objetiva, la otra como verdad absoluta. Esta concepción, con aparente paradoja, es la misma concepción mecanicista del conocimiento y absoluta de la verdad que los sostenedores del creacionismo jurisdiccional reprochan habitualmente a quienes sostienen las tesis de Montesquieu y de Beccaria, según las cuales los jueces pueden (y deben) ser «la boca de la ley» y la jurisdicción puede (y debe) consistir en un «silogismo perfecto»[39]. Es claro que

38. Para una crítica del creacionismo judicial expresado por todas estas orientaciones, remito a mis «Costitucionalismo principialista y costitucionalismo garantista», trad. cast. de N. Guzmán: *Doxa* 34 (2011), pp. 15 ss.; *La democracia a través de los derechos*, cit., cap. III, pp. 96 ss.; «Contro la giurisprudenza creativa»: *Questione giustizia* 4 (2016), n.° monografico, *Il giudice e la legge*, pp. 13-32; *La lógica del derecho*, cit., § 6.3, pp. 140 ss. y § 7.2, pp. 160 ss.; *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Módena, 2018.

39. Karl Popper ha llamado «verificacionistas o justificacionistas» a los que creen que el conocimiento puede consistir en alcanzar una verdad cierta o absoluta, y «justificacionistas desengañados» a todos aquellos que, frente a la imposibilidad de alcanzar una verdad semejante, recaen en el escepticismo y en el irracionalismo (*Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* [1969], trad. cast. de N. Míguez y R. Grasa, Paidós, Barcelona, 1991, cap. 10, p. 279). Parafraseando a Popper, en *Derecho y razón*, cit., § 5, 1, pp. 62-64, llamé «ilustrados ilusos» a aquellos que creen que el juez puede ser «boca de la ley», e «ilustrados desilusionados» a los que, ante lo insostenible de tal creencia, se repliegan en el creacionismo jurisdiccional. Concepción mecanicista y concepción creacionista de la jurisdicción, al igual que el cognoscitivismo objetivista y el escepticismo cognoscitivo, son las dos caras opuestas de la misma medalla: la concepción puramente descriptivista del conocimiento y la absoluta de la verdad empírica. Sobre el problema de la verdad procesal, véase N. Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Didot, Buenos Aires, 2018.

si entendemos «cognoscitivo» como sinónimo de «descriptivo» o «declarativo» —como sugiere el artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general del Código Civil italiano, según el cual, «al aplicar la ley», debe atribuírsele el sentido «hecho evidente por el significado propio de las palabras»— la interpretación no es cognoscitiva, porque no puede serlo. En efecto, las palabras de la ley no tienen un significado «propio» objetivamente intrínseco a ellas, que permita concebir la interpretación como descubrimiento, constatación o descripción objetivamente cierta o verdadera. Pero esto no significa que la interpretación de la ley consista, por el contrario, en la invención o en la creación de la nada de significados normativos. Consiste en una actividad cognoscitiva que comporta la elección, inevitablemente discrecional y, precisamente por esto, sometida a la carga de la argumentación, del significado considerado más plausible entre los asociables al enunciado objeto de interpretación. No es inútil recordar que la idea de un conocimiento puramente objetivo y de una verdad cierta o absoluta ha sido hace tiempo abandonada por la filosofía de la ciencia, que admite espacios de discrecionalidad y momentos decisionales en cualquier tipo de conocimiento empírico incluido el conocimiento científico. La única diferencia es que el derecho es un fenómeno lingüístico, que, como todos los fenómenos lingüísticos admite la interpretación, en vez de la observación, como forma específica de la indagación empírica, capaz, por consiguiente, de alcanzar una verdad siempre y solo relativa, aproximativa y opinable, pero siempre argumentada como plausible y como tal refutable sobre la base de interpretaciones diversas de los textos normativos. Decir que las normas son «creadas» por la interpretación es como decir que la quinta sinfonía de Beethoven es creada por su ejecución y por su interpretación, o que la puesta en escena de una obra teatral equivale a su creación.

Todo esto quiere decir que la cognición judicial requiere siempre, como cualquier otro tipo de conocimiento empírico, una decisión —la opción entre las diversas interpretaciones de los enunciados normativos legítimamente admisibles— y por eso una argumentación en su apoyo. Pero se trata de una *decisión sobre la verdad*, cuyas motivaciones son argumentables como «verdaderas» o refutables como «falsas» sobre la base del derecho vigente. En efecto, la verdad procesal es siempre una verdad inevitablemente imperfecta: probabilista la factual, opinable la jurídica. Pruebas de ello son el hecho de que en todo juicio se confrontan tesis diversas, incluso opuestas, sobre la verdad, la del actor y la del demandado, la de la acusación y la de la defensa, la del recurrente y la del recurrido; de que, además, el juicio, gracias a las impugnaciones, se articula en varios grados destinados a controlar el de primera

instancia y la legitimidad de lo decidido; que, en fin, dentro de cada tribunal colegiado, las decisiones se toman por mayoría. De aquí, en tales casos, la necesidad de permitir la *dissentig opinion*, cuyo papel consiste precisamente en hacer explícito el carácter opinable y controvertido de las decisiones, de desmitificar su presunta «verdad absoluta» como pronunciamiento de la boca de la ley, de responsabilizar a los jueces impidiéndoles ocultar sus opciones tras el anonimato, de garantizar la libertad de juicio y la dignidad de los jueces permitiéndoles expresar el disenso y no suscribir motivaciones no compartidas; de impedir una impropia legitimación de las sentencias sobre la base de la falsa unanimidad de sus decisiones colegiadas; de favorecer, en fin, la crítica de las decisiones judiciales y con ella la evolución de la jurisprudencia.

En definitiva, todas las decisiones judiciales son decisiones argumentadas sobre la verdad: precisamente, sobre la verdad jurídica y fáctica de la calificación normativa de los hechos comprobados en el juicio. Es en esta su naturaleza donde reside el nexo ineludible de la jurisdicción con la legalidad y la diferencia—estructural, cualitativa, sustancial— entre legislación y jurisdicción, entre argumentación legislativa y argumentación judicial, entre creación del derecho y su interpretación y aplicación, entre producción del derecho vigente y producción del derecho viviente. La diferencia se hace evidente por los diversos tipos de argumentación que se requieren en su apoyo: las argumentaciones de soporte de las decisiones jurisdiccionales, que son decisiones sobre la verdad, se producen sobre la base de pruebas y de calificaciones normativas del hecho probado; las argumentaciones de soporte de las decisiones políticas, sean legislativas o de gobierno, lo hacen a partir de otros valores: el interés general, la utilidad, la oportunidad, la justicia y similares. Es de la aceptación como «verdaderas» de sus motivaciones de lo que depende la validez (y la justicia) de las sentencias de primera instancia, que exhiben por eso la forma del tan vituperado silogismo. Obviamente, las premisas de tal silogismo son siempre relativas, opinables en derecho y probabilistas en materia de hechos, a veces inadecuadamente argumentadas y hasta escasamente creíbles. Pero una vez que las premisas hayan sido aceptadas como «verdaderas», la conclusión sigue por deducción lógica: si es verdad, como dice la norma *n*, que todos los hechos que tienen las características *c1-cn* son hurtos, y si es verdad que el hecho *h* que se considera probado tiene las características *c1-cn*, entonces *h* es un hurto. El carácter opinable de la argumentación interpretativa y la falta de certeza de las pruebas pesan sobre las premisas (que pueden también ser falsas), pero no sobre la conclusión, derivada lógicamente de ellas (como verdadera). En las sentencias de pura legitimi-

dad, como las de la Corte de Casación y la Corte Constitucional, falta la argumentación probatoria o fáctica: aquí ambas premisas —los pronunciamientos judiciales y las normas legales, las normas legales y las normas constitucionales— son opinables en cuanto fruto de la interpretación argumentada del derecho vigente; pero una vez que tales premisas hayan sido formuladas y aceptadas como «verdaderas», también las sentencias de legitimidad consisten en la derivación de la verdad jurídica de su contradictoriedad y de su compatibilidad lógica.

Por eso son extremadamente equivocadas expresiones como «creación judicial del derecho», «papel creativo de la jurisdicción» y jurisdicción como «fuente de derecho». Por lo general, estas expresiones se entienden en sentido débil, con referencia a la amplia discrecionalidad interpretativa inevitablemente conexa a la aplicación de la ley[40]. Pero también en este sentido son, a mi juicio, inaceptables. Al confundir, a partir de una insostenible concepción puramente descriptivista y mecanicista del conocimiento, el espacio inevitable de la discrecionalidad del intérprete con la creación de nuevo derecho, el uso de estas expresiones acaba por ofuscar el confín entre *legítima* interpretación e *ilegítima* creación, y, con ello, por avalar y secundar las tentaciones creacionistas de la jurisdicción que tienen necesidad de todo menos de ser estimuladas[41]. «Interpretación creativa» es, en realidad, una contradicción en los términos: donde hay interpretación no hay creación, y donde hay creación no hay interpretación, sino producción ilegítima de nuevo derecho. No será fácil y quizá tampoco posible identificar con certeza, en abstracto, la línea de confín[42]. Pero el confín existe, en el plano teórico,

40. Cito, por todos, a N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milán, 2017, pp. 40-41, que, aun sosteniendo la tesis creacionista, afirma que la jurisdicción «supone el ya producido ejercicio» de la legislación, dada «la imposibilidad de proponer un resultado sin, en todo caso, asumir como elemento esencial [...] del procedimiento [...] un enunciado normativo [...] con la consiguiente obligación del juez de justificar la decisión teniendo en cuenta tal presupuesto».

41. Lenio Luiz Streck ha ilustrado el activismo judicial y la que él llama «deriva pamprincipialista» de la jurisprudencia brasileña —que se siguen de la concepción creacionista de la jurisdicción como ponderación de principios que prevalece en ella— relacionando una larga serie de principios de creación jurisprudencial, carentes de cualquier anclaje en el texto constitucional y fruto exclusivo de la inventiva moral y política de los jueces (*Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade a necesidade de respostas corretas em direito*, Lumen Juris, Río de Janeiro, ^{3}2009, § 13.5.1, pp. 475-496).

42. Véase en este sentido, G. Pino, «Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa»: *Rivista di Filosofia del diritto* 1 (2013), pp. 88-95, que ha observado justamente que, de hecho, la distinción entre interpretación y creación, a cau-

según lo acreditan las críticas como ilegítimas de las sentencias consideradas carentes de bases jurídicas en las normas preexistentes.

La jurisprudencia es siempre, pues, aplicación sustancial de un derecho preexistente legitimada por la «verdad» procesal, probabilista en materia de hechos y opinable en derecho, de sus motivaciones. De aquí su carácter anti-mayoritario: ningún consenso de mayoría puede convertir en verdadero lo que es falso o en falso lo que es verdadero, aunque sea en el sentido relativo del término «verdadero». Por eso, sobre esta base podemos disipar otro equívoco: la idea de que los vínculos impuestos por el respeto de los precedentes jurisprudenciales puedan justificar, en nuestros sistemas de *civil law*, la idea de un derecho jurisprudencial desvinculado de la ley. A mi entender, se trata, en cambio, de la obvia influencia ejercida sobre cada juicio tanto por las precedentes interpretaciones judiciales —configuradas en el § 2.5 como costumbres interpretativas— como por las interpretaciones doctrinales de las normas aplicadas; además, con el mayor peso, en relación con la influencia de la doctrina, asignado a la jurisdicción por el valor de la «interpretación uniforme de la ley» expresado, por ejemplo, por el artículo 65 del ordenamiento judicial italiano en garantía de la tendencial igualdad de trato y de la máxima certeza del derecho.

Quiero decir que los precedentes son vinculantes por razones sustanciales y no por razones formales, por la persuasividad y la intrínseca racionalidad de las tesis interpretativas expresadas por ellos, y no, ciertamente, porque estén dotados de alguna formal fuerza de ley. En síntesis, valen por su prestigio (*autorevolezza*) sustancial, y no por alguna suerte de *autoridad* formal, reservada solamente a la ley. Todo esto es innegable en el derecho italiano, en el que el principio de la sujeción de los jueces «solamente a la ley» ha sido constitucionalizado por el artículo 101, 2.° de la Constitución[43]. Pero vale también, con independencia

sa de la labilidad y el carácter opinable de los confines que las separan, es una cuestión de grado.

43. El principio fue primero entendido por la jurisprudencia en el sentido más radical, sin ni siquiera la imposición de la carga de la refutación de los precedentes (Casación, sentencia n.° 1772/1980, de 13 de marzo). Luego, en una sentencia poco posterior, la Corte de Casación previó la obligación de «aducir razones congruentes, convincentes para cuestionar la atendibilidad del criterio interpretativo rechazado», pero ha confirmado que el juez de instancia «tiene libertad para no adecuarse a la opinión expresada por otros jueces» y también «para no seguir la interpretación propuesta por la Corte de Casación» (Casación, sentencia n.° 7248/1983, de 3 de diciembre). En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la sentencia n.° 230/2012, se ha pronunciado contra la idea de un derecho penal jurisprudencial más allá de la ley.

de tal norma, por razones banalmente epistemológicas. Tanto es así que donde el principio del carácter formalmente vinculante del precedente ha sido introducido por la ley o por la Constitución se ha caído en una suerte de impracticable asimilación a la ley o, peor, de constitucionalización de los precedentes y, con ello, de los pronunciamientos judiciales[44]. Por eso la eficacia solo sustancialmente persuasiva de los vínculos del precedente, en oposición a la eficacia formalmente normativa de la ley, vale incluso para los sistemas de *common law* en los que rige el principio del *stare decisis*: precisamente porque, cuando el vínculo del precedente tuviera el carácter de un vínculo formal idéntico al de la ley, se produciría esta su singular asimilación a la ley, y con ello la paradoja de la atribución de una rigidez paralizadora a la misma interpretación judicial, en contradicción precisamente con la naturaleza de *case law* reivindicada en tales sistemas, como el rasgo distintivo del derecho jurisprudencial viviente.

3.7. *La dimensión equitativa del juicio. Una redefinición de la noción de ponderación.* Precisamente por este carácter de *case law* del derecho jurisprudencial viviente, en el que, por lo general, se basa la tesis de la creatividad de la jurisdicción[45], revela el nexo entre la universalidad de la norma legal aplicada y la singularidad del caso concreto objeto del juicio. Este nexo puede expresarse con una tesis elemental, ya formulada en el § 1.10: entre ley y sentencia, entre legislación y jurisdicción, entre derecho vigente y derecho viviente, entre *law in books* y law *in action*, entre previsión normativa en abstracto y cualificación jurídica del caso concreto existe la misma relación que entre *lengua* y *lenguaje*, o sea, para usar el léxico de Ferdinand de Saussure, entre *langue*

44. Es el caso del artículo 38, 2.° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, que, contradiciendo, a mi juicio, el principio de la sujeción de los jueces «únicamente al imperio de la ley» establecido por el artículo 117 de la Constitución, establece que «las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional». Con el paradójico resultado de hacer inmunes frente a ulteriores recursos —una suerte de paraconstitucionalización de hecho— las normas cuya posible inconstitucionalidad haya sido impugnada sin éxito. Sobre esta cuestión remito a *La democracia a través de los derechos*, cit., § 2.6, pp. 77-78 y a *La lógica del derecho*, cit., § 8.3, pp. 207-209.

45. Así, por ejemplo, Francesco Galgano: «El derecho de creación judicial es, por su naturaleza, un *case law*; difiere del derecho de creación legislativa porque es derecho creado a partir de un caso concreto, como *ratio decidendi* de una específica controversia» (*La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bolonia, 2005, p. 154).

y *parole*[46]. En el lenguaje jurisdiccional empleado en la praxis judicial se hace uso de la lengua legal para denotar, con las mismas palabras definidas por la ley, hechos irrepetiblemente diversos uno del otro, del mismo modo que en el lenguaje común se hace uso de la lengua en la que se habla para denotar con las mismas palabras hechos y cosas diferentes en cada ocasión.

Sobre esta base, puede repensarse la relación entre legalidad y equidad, entre abstracción de la norma y concreción del caso y, por consiguiente, entre la que llamamos *argumentación interpretativa* y la que llamaré *argumentación equitativa*. Esta relación se concibe habitualmente como de oposición o, al menos, de integración o corrección: más precisamente, como la contraposición de la justicia del caso concreto a la legalidad expresada por la regla general y abstracta. Esta concepción de la equidad como remedio de la abstracción de la ley requerido por la concreción del caso enjuiciado, se remonta a Aristóteles. «Lo equitativo —escribe Aristóteles en *Ética nicomáquea*— 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 [...] Por tanto, 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 tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta»[47].

46. F. de Saussure, *Corso di linguistica generale* [1916], trad. it. de T. De Mauro, Laterza, Bari, 1967, pp. 23-30 y *passim* [trad. cast. de A. Alonso, *Curso de lingüística general*, Losada, Buenos Aires, 1945]. He sostenido esta tesis ya en «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», cit., y luego en *Derecho y razón*, cit., § 4, 2, pp. 53-54 y nota 51, pp. 83-84; § 6, 3, pp. 95-96; § 9, 4. pp. 126-129; § 11, 2, pp. 158-160.

47. Aristóteles, *Ética nicomáquea* (formando volumen con *Ética eudemia*), trad. cast. y notas de J. Pallí Bonet, introd. de E. Lledó Íñigo, Gredos, Madrid, 1988, libro V, § 10, 1137b, p. 263. Tesis análogas se mantienen por Aristóteles en *Retórica*, ed. de Q. Racionero, Gredos, Madrid, 1990, libro I, 13.1, 1374a-1374b, donde la equidad es entendida como remedio a las «lagunas de la ley particular», como una fuente de derecho alternativa a esta en cuanto es «lo justo que está fuera de la ley», como un criterio antiformalista de interpretación consistente en «mirar no a la ley, sino al legislador, no a la letra, sino a la inteligencia del legislador» y, en fin, como una actitud consistente en «ser indulgente con las cosas humanas»

Lo que me parece insostenible en esta concepción aristotélica de la equidad —retomada por Hans-Georg Gadamer y por la hermenéutica jurídica actual, pero antes por Hobbes, Muratori, Genovesi, Kant y Hegel, y que ha llegado hasta nosotros con las tesis de Perelman y Bobbio— es la oposición entre equidad y legalidad, basada en la idea de que la forma universal, es decir, general y/o abstracta de las normas, equivaldría a una «laguna», «insuficiencia», o incluso a una «omisión» o un «error» de estas, de modo que la equidad sería «un correctivo» o, como escribe Gadamer, «un medio para completarlas» y un «perfeccionamiento creativo»[48]. De donde resulta una concepción de la aplicación equitativa de la ley al caso concreto como una actividad creativa no *intra*, sino *extra*, *ultra* o incluso *contra legem*.

La configuración aquí propuesta de la relación entre norma general y/o abstracta y calificación normativa del caso concreto como relación entre lengua y lenguaje —entendida la primera como el conjunto de las reglas de uso de las expresiones empleadas en el segundo— permite, en cambio, a mi juicio, una reconstrucción alternativa de la argumentación judicial capaz de dar cuenta tanto de la centralidad del caso concreto en el momento de la jurisdicción como de la total compatibilidad de su valoración equitativa con la sujeción del juez solamente a la ley. Tómese una sentencia penal de condena por el delito de hurto. «Hurto» es el término de la lengua legal que, como en los diccionarios, es definido por la ley en abstracto y es utilizado, en el lenguaje judicial, para denominar todos los hechos que presentan los rasgos esenciales o los elementos constitutivos del hurto denotados en su definición legal. Pero la calificación como hurto del hecho sometido al juicio no agota la actividad cognoscitiva de la jurisdicción. El juez no juzga el hurto en abstracto, sino los concretos hurtos de la vida real sometidos a su enjuiciamiento, los cuales —más allá de su calificación normativa, es decir, de los elementos constitutivos del concepto legal de hurto presentes en todos— son irreductiblemente distintos cada uno de los demás. En

48. H.-G. Gadamer, *Verità e metodo* [1960], trad. it. de Gianni Vattimo, Bompiani, Milán, 1983, parte II, cap. II, § 2, b, pp. 358-395, en particular, pp. 370 y 382 [trad. cast. de A. Agud y R. de Agapito, *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1977]. Sobre el enfoque hermenéutico, véanse F. Viola y G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999; G. Zaccaria, «La giurisprudenza come fonte di diritto» [2007], en Íd., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012. Para una crítica de esta concepción aristotélica de la equidad, remito a *Derecho y razón*, cit., § 11, 1, pp. 155-158, donde, en las pp. 157-158 y en las notas 94-104, pp. 197-198, se reseñan las nociones de equidad propuestas por los autores que se han citado, todas heredadas, con pocas variaciones, de la noción aristotélica.

efecto, cada (caso de) hurto presenta rasgos y circunstancias singulares —comenzando por su objeto, que puede ser una manzana o un diamante— que el juicio debe comprender y valorar, incluso si estos no están previstos ni son previsibles por las normas que dictan las reglas de uso de la lengua legal.

En esta comprensión y valoración consiste la ineludible dimensión equitativa del juicio, que requiere una argumentación ulterior y del todo diversa respecto de la argumentación interpretativa. En efecto, la *argumentación interpretativa* tiene por objeto la ley, esto es, las reglas de uso de las palabras de la lengua legal definidas o en cualquier caso utilizadas por la ley en función normativa. En cambio, la *argumentación equitativa* tiene por objeto la comprensión de esos rasgos singulares, valorados como relevantes, que hacen del hecho enjuiciado un hecho distinto de todos los demás, aun cuando, en el lenguaje judicial, sean denominables con los mismos nombres de la lengua legal. La argumentación interpretativa, al igual que la argumentación doctrinal versa sobre el significado de las normas, del que, en el plano operativo, depende la «verdad jurídica» de las calificaciones normativas. En cambio, la argumentación equitativa se refiere al caso concreto y a sus rasgos específicos, más allá de su denominación como los mismos *nomina iuris* utilizados en el lenguaje judicial para los innumerables casos que tienen en común las mismas connotaciones legales. A diferencia de la argumentación interpretativa y análogamente a la argumentación probatoria, aquella se refiere al hecho y no a las normas; tanto es así que, como la probatoria, está ausente en la argumentación doctrinal, que se refiere siempre y solo a las normas, y no, por cierto, a los hechos concretos que forman en cada ocasión el objeto de los juicios (no es una excepción el género literario de las «notas a sentencias» que consisten, precisamente, en comentarios de estas).

La identificación de esta tercera dimensión de la jurisdicción y de la cognición judicial —la equidad, añadida a la interpretación y a la prueba— permite plantear de nuevo el problema de la ponderación, generalmente concebida como la acción de sopesar principios, que comporta la inaplicación del, aun aplicable en abstracto, considerado de menos peso en relación con el concretamente aplicado por tenerlo mayor. Semejante modo de entender la ponderación comporta de manera evidente una concepción creacionista de la jurisdicción, incompatible con los principios de sujeción de los jueces a la ley y de la separación de poderes. Pero, sobre todo, carece de fundamento en el plano epistemológico. En efecto, la ponderación judicial no es sino la valoración equitativa del caso sometido al juicio. En efecto, lo que cambia de caso a caso, y que

por eso hace necesario sopesar, no son las normas de aplicación, siempre las mismas, sino los rasgos y las circunstancias del hecho enjuiciado, que siempre difieren irrepetiblemente de caso a caso. Por ejemplo, frente a una hipótesis de legítima defensa, no ponderamos la norma sobre el homicidio y la norma sobre la legítima defensa, sino las circunstancias concretas del hecho —la gravedad de la ofensa y la proporción entre ofensa y defensa— a fin de decidir si llamarlo o no «legítima defensa»; frente al concurso entre libertad de prensa y derecho a la privacidad, no ponderamos las normas que enuncian los dos derechos, sino las circunstancias del hecho —la relevancia política o no de las noticias lesivas para la privacidad de una persona investida o que aspira a un cargo público— con el fin de decidir cuál de las dos normas aplicar; así como cuando llamamos «escribanía», en vez de «mesa de comedor» a una mesa de forma incierta, no pesamos ni valoramos las palabras «escribanía» o «mesa de comedor» sino las concretas características de la mesa de la que hablamos.

Así pues, la ponderación constituye una dimensión esencial e ineludible de cualquier juicio, que requiere, además de la verificación (o refutación) jurídica, comprender y sopesar las circunstancias irrepetibles que hacen de cada caso un caso diferente de los demás, aun cuando sean todos subsumibles en el mismo supuesto de hecho legalmente previsto. Es en estas dos acciones donde reside la que se puede llamar *ponderación equitativa simple*, en virtud de la cual distinguimos entre el hurto de una manzana y el hurto de un diamante. Donde luego se dé un concurso problemático de normas —por ejemplo, la norma sobre el homicidio o sobre las lesiones y la norma sobre la legítima defensa, o bien la norma sobre la libertad de manifestación del pensamiento y la relativa al derecho a la privacidad— lo que debe comprenderse y sopesarse son las circunstancias, igualmente irrepetibles y variables de un caso a otro —por ejemplo, la proporcionalidad o falta de proporcionalidad entre defensa y ataque, el carácter público o no de la persona sobre cuya vida privada se difunden noticias más o menos relevantes políticamente— cuya valoración es idónea para motivar la aplicación de una u otra de las normas concurrentes. Es en virtud de esta valoración y de este sopesamiento como el hecho resulta cualificado al amparo de una norma y no de otra, sobre la base de la prevalencia atribuida a los rasgos denotados por la primera en relación con los denotados por la segunda, y donde reside la que he llamado *ponderación equitativa comparada*[49]. En todos los

49. En el origen de esta redefinición de la ponderación están las tesis que desarrollé en *Derecho y razón*, cit., § 11, pp. 155-166, sobre la equidad como comprensión equita-

casos, la ponderación equitativa se refiere al juicio de hecho y no al de derecho, al ser el fruto de una comprensión que tiene por objeto los rasgos del hecho enjuiciado, y no las normas en presencia.

Es en esta comprensión, fruto de la ponderación y de la valoración de tales rasgos, en lo que consiste la dimensión equitativa de cualquier juicio, que por eso no contradice, sino, al contrario, es perfectamente compatible con los principios garantistas del estado de derecho, es decir, con el principio de legalidad, con la separación de poderes y con la sujeción de los jueces a la ley. Así, no tiene sentido contraponer legalidad y equidad, verificación legal y comprensión equitativa, como si una pudiera darse separadamente o en alternativa a la otra. Según la concepción aristotélica, la equidad no consiste en una integración extraordinaria de la legalidad, o en su «perfeccionamiento creativo»[50], o, peor, en una derogación o en una corrección de la ley, más de lo que nuestro lenguaje hablado no consiste en una integración, en un perfeccionamiento o en una corrección de la lengua en la que hablamos. Es una dimensión insuprimible y fisiológica de cualquier juicio, del todo independiente de la interpretación de la ley y de la argumentación probatoria. Simplemente, una vez denotados los hechos sometidos al juicio con los *nomina iuris* empleados por la ley, consiste en la comprensión de sus rasgos singulares, no previstos ni previsibles por la ley y, sin embargo, relevantes en cada ocasión.

De esto se sigue una redefinición de la jurisdicción como actividad cognoscitiva más compleja que la simple comprobación de la «verdad procesal», esto es, de la valoración de las pruebas y de la interpretación jurídica. La jurisdicción requiere, además, la comprensión de las connotaciones específicas e irrepetibles del caso sometido a enjuiciamiento, que los jueces tienen la obligación de determinar y de valorar mediante una argumentación y motivación adecuadas. Así, resulta caracterizada como un saber-poder dotado de tres dimensiones cognoscitivas —la dimensión interpretativa, la dimensión probatoria y la dimensión equita-

tiva de la singularidad irrepetible de los hechos enjuiciados y, por eso, como dimensión ineludible de cualquier juicio. Para una redefinición a partir de aquellas tesis, del sopesamiento judicial como ponderación equitativa no de las normas, que son siempre las mismas, sino de las circunstancias de los casos objeto de juicio que son siempre diversos, remito a mis escritos ya citados en la nota 38 de este capítulo, a «Argumentación interpretativa y argumentación equitativa. Contra el creacionismo judicial»: *Teoría & derecho. Revista de pensamento jurídico* 20 (2016), § 7, pp. 84-87, y a «Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale»: *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica* 2 (2016), § 6, pp. 38-42.

50. H.-G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

tiva— que satisfacen sus tres requisitos, todos igualmente esenciales: la legalidad, la prueba y la equidad[51].

3.8. *Una reformulación de la separación de poderes: funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía.* La oposición entre cognoscitivismo judicial y creacionismo legislativo permite ahora identificar, sobre la base de sus opuestas fuentes de legitimación, el fundamento teórico del principio de la separación entre las funciones públicas y de ampliarlo más allá de la vieja distinción de Montesquieu entre *función legislativa, función ejecutiva* y *función jurisdiccional.*

Esta clásica tripartición de los poderes públicos, concebida por Montesquieu hace casi tres siglos, se refiere a sistemas políticos incomparablemente más simples que los contemporáneos. Desde entonces, las funciones públicas han crecido constantemente. En las democracias actuales, la geografía de los poderes que requieren ser separados es bastante más compleja que la de la tripartición del setecientos: además de las relaciones entre estos tres clásicos poderes del estado están las relaciones entre poderes estatales, poderes supraestatales —piénsese en la Unión Europea— y poderes infra-estatales de tipo regional o municipal; entre poderes económicos y poderes políticos; entre poderes sociales representados y poderes públicos representativos; entre poderes políticos y las diversas autoridades de garantía; más en general, entre poderes decisionales de producción y de innovación normativa, poderes de aplicación de las normas producidas y poderes de control. Al mismo tiempo, con el desarrollo de la democracia política, el poder legislativo y el poder ejecutivo, que ya no corresponden al monarca, han asumido la misma función de legitimación, la de la representación política del electorado; hasta el punto de que, en las formas del gobierno parlamentario, están bastante más compartidos que separados al hallarse el gobierno sometido a la confianza y al control del parlamento, que puede expresarle su desconfianza, y el parlamento está expuesto a la posible disolución por parte del gobierno, a veces, como en Italia, de acuerdo con el jefe del Estado.

Por eso, es necesaria una actualización de la tipología y de la separación de poderes de Montesquieu. Ayuda a tal fin la identificación de las diferentes fuentes de legitimación de los distintos tipos de poder, sobre cuya diferencia y virtual oposición se fundan tanto sus distinciones como sus separaciones. La tesis aquí sostenida es que estas funciones son esencialmente dos, reconducibles *grosso modo* a las dos grandes di-

51. Son las tres dimensiones del poder judicial que he distinguido en *Derecho y razón*, cit., § 9-11, pp. 117-166.

mensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, consenso y verdad, forma y sustancia, innovación y conservación, disposición y comprobación, *legis-latio* y *iuris-dictio*, ligada una a la que en el § 3.1 he llamado la *esfera de lo decidible*, la otra a la que he llamado la *esfera de lo no decidible* (*qué* o *que no*).

Pertenecen a la esfera discrecional de lo decidible las que propongo llamar *funciones de gobierno* y que comprenden tanto las *funciones legislativas* como las *funciones gubernativas* de dirección política y de ejecución administrativa. En cambio, están instituidas en defensa de la esfera vinculada de lo no decidible las que llamaré *funciones de garantía* que, a su vez, pueden distinguirse en *funciones administrativas de garantía primaria*, consistentes en la directa tutela y satisfacción de los derechos fundamentales, y *funciones judiciales de garantía secundaria*, consistentes en la obligación de la anulación de actos inválidos o de la condena por actos ilícitos. La distinción está ligada a las diversas fuentes de legitimación de las dos clases de funciones. Las funciones de gobierno, tanto legislativas como ejecutivas y administrativas, tienen en común su carácter discrecional, como funciones cuyo ejercicio es un *acto de voluntad* que requiere el simple *respeto* de las normas sustanciales supraordenadas a él. Las funciones de garantía, tanto primarias o administrativas como secundarias o judiciales, comparten a su vez el carácter vinculado, como funciones cuyo ejercicio es, sobre todo, un *acto de conocimiento* que consiste en la *aplicación sustancial* de las normas sobre su producción. Las primeras diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia en los resultados obtenidos y su utilidad para los intereses generales, y cuyas fuentes de legitimación son, por eso, la representación política y el consenso por las decisiones tomadas. Las segundas, en cambio, corresponden al espacio de la administración vinculada y de la jurisdicción, cuyos criterios de valoración y cuya fuente de legitimación son la corrección y el carácter fundado de las comprobaciones de sus presupuestos legales y la corrección de las actuaciones requeridas.

De este modo, las que hay que diferenciar son las funciones administrativas. Históricamente se han acumulado en la Administración Pública, también a causa de la tripartición de Montesquieu, una enorme cantidad de funciones públicas heterogéneas cuyo único elemento común consiste en no ser legislativas ni judiciales. Dentro de estas variadas funciones administrativas deben, por tanto, distinguirse dos grandes clases: las funciones administrativas 'de garantía' y las 'de gobierno'. Son *funciones administrativas de garantía* y, más precisamente, *de garantía primaria*, vinculadas a la *aplicación sustancial* de la ley, las fun-

ciones cuyo ejercicio consiste en las prestaciones obligatorias que satisfacen los derechos sociales, del derecho a la salud a los derechos a la educación, la previsión social o la subsistencia y, por otro lado, las funciones de gran parte de las llamadas autoridades de garantía en materia de privacidad, comunicaciones, competencia, tutela del medio ambiente y similares. Erogar una pensión o prestar la asistencia sanitaria a quien tiene derecho a ellas, asegurar la enseñanza obligatoria, o garantizar la privacidad y la competencia, por ejemplo, no constituyen funciones de gobierno, sino funciones de garantía: ya que no comportan opciones legitimadas por la voluntad de las mayorías, sino que, por el contrario, requieren la imparcial satisfacción de los derechos de todos, en aplicación sustancial de las normas que establecen tales derechos. Son, en cambio, *funciones administrativas de gobierno* todas las funciones auxiliares de las funciones políticas gubernativas que comportan un ejercicio discrecional al que se requiere, simplemente, el *respeto* de las normas, legislativas y constitucionales supraordenadas a él: como la administración financiera, la política económica, la política exterior, la de obras públicas y, en general, todas las políticas que actúan las funciones de dirección política. De aquí la diferente colocación institucional que debería asociarse a las dos clases de funciones administrativas. La dependencia de los órganos políticos de gobierno, mientras que se justifica, por su carácter auxiliar, para las funciones administrativas de gobierno, no se justifica en modo alguno para las funciones administrativas de garantía, que, por el contrario, requieren la separación y la independencia no menos que las funciones jurisdiccionales.

En fin, correlativamente a la distinción de las funciones públicas en funciones de gobierno y funciones de garantía, se puede añadir una bipartición de las instituciones públicas. Llamaré *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía* a las instituciones públicas cuyas normas de reconocimiento son las normas sobre la competencia de los órganos y de los funcionarios destinados, respectivamente, al ejercicio de funciones de gobierno y al ejercicio de funciones de garantía. Al igual que las funciones de garantía, también las instituciones de garantía son instituciones contra-mayoritarias que cabe distinguir en *instituciones administrativas de garantía primaria* e *instituciones judiciales de garantía secundaria*, según la naturaleza, primaria o secundaria, de las funciones de garantía que tienen asignadas. En la segunda parte diseñaré esta compleja geografía de los poderes, donde deben incluirse también los diversos tipos de poderes privados y, en las páginas siguientes y con mayor amplitud en el capítulo quinto, identificaré los fundamentos de sus separaciones en las diversas fuentes de legitimación. Mientras tanto, el

análisis desarrollado hasta aquí basta para definir tres diversos modelos organizativos de los poderes públicos —la representación política, la separación de poderes y la división del poder— como otras tantas normas de competencia sobre cuya base, en la democracia constitucional, aquellos deben ser, por un lado, atribuidos y, por otro, distribuidos, en virtud de sus diversas fuentes de legitimación.

3.9. *Representación política, separación de poderes y división del poder.* Defino la *representación política* como una norma de competencia que atribuye la representación orgánica de una persona artificial o de un órgano suyo, en orden a las *funciones de gobierno*, a funcionarios elegidos a través del ejercicio del derecho público de voto. Se trata, es obvio, de una noción totalmente distinta de la de *representación jurídica* definida en los § 1.7 y 2.7, como la relación jurídica entre dos sujetos de los que uno actúa en nombre y por cuenta del otro, de modo que los actos del representante son imputados al representado a cuyos intereses y expectativas están vinculados. En cambio, la representación política designa la relación que tienen los representantes con sus electores y que es una relación puramente política de la cual está excluido, como dice, por ejemplo, el artículo 67 de la Constitución italiana, todo «vínculo de mandato». Es por lo que, entre electores y elegidos, no hay ninguna relación representativa de tipo jurídico. La única representación jurídica que estos mantienen es la orgánica con la persona jurídica del estado, de alguna otra institución política o de algún órgano suyo, a los que se imputan sus actos. Ciertamente, el voto refleja las opiniones y acaso los intereses de los votantes. Pero, precisamente porque tales opiniones e intereses permanecen inexpresados y con frecuencia son diversos de unos a otros votantes, el representante político no puede estar vinculado a ellos, sino llamado a responder de su actuación, en representación de los intereses de todos, según la interpretación de estos ofrecida por las fuerzas políticas en cuyas listas hubiera sido elegido[52].

Más complejo es el sistema de distribución de todos los poderes públicos, de gobierno y de garantía. Retomando una distinción propuesta por Michel Troper, distinguiré dos tipos de distribución no solo distintos, sino opuestos[53]. El primero es la *separación de poderes*, en virtud

52. Sobre estas nociones de representación política y de «responsabilidad por representación», véase, últimamente, C. F. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 49-75.

53. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, París, 1980; Íd., «Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti»: *Mate-*

de la cual funciones públicas diversas se especializan y se separan a cargo de instituciones independientes entre sí: el caso típico, pero, como sostendré, no el único, es el de la función judicial respecto de la función legislativa y la de gobierno. El segundo es la *división del poder*, en virtud de la cual, gracias a recíprocos controles y equilibrios, la competencia en orden a una misma función se divide entre instituciones, órganos o funcionaros diversos de modo que el poder de cada uno delimite el del otro: es el caso de las relaciones entre gobierno y parlamento en las democracias parlamentarias y, en general, de todos los procedimientos —legislativos, administrativos y judiciales —en los que varios sujetos concurren, con actos instrumentales, a la formación de un acto preceptivo. En la «separación» la palabra «poderes», usada en plural, designa funciones diversas atribuidas a instituciones diversas, como en la clásica separación entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. En cambio, en la «división», la palabra «poder» usada en singular, designa la misma función distribuida entre distintos sujetos, por lo general, pertenecientes a una misma institución. Mientras que la separación entre los poderes implica recíproca *independencia* entre las instituciones que son los titulares exclusivos de los poderes separados, la división del poder comporta la *inter-dependencia* de los órganos y de los sujetos entre los que se divide el poder, en la forma de la atribución a alguno de ellos del nombramiento y/o de la revocación de los funcionarios investidos de él, o en la forma de la participación y/o del control de alguno de ellos sobre el modo de su concreto ejercicio.

Por consiguiente, defino la *separación de poderes* como una norma de competencia en virtud de la cual los actos mediante los que se ejercen las funciones de una institución por parte de los funcionarios investidos de ellas suponen, por parte de los funcionarios de instituciones diversas, de un lado, la no interferencia sobre su estatus y, del otro, la no realización de actos instrumentales a aquellos. Descomponiendo la suma lógica de la que está formada esta definición, tendremos dos tipos de separación, uno relativo al *quién* de las decisiones, es decir, a la formación de los representantes del órgano decisor, y el otro relativo al *cómo*, esto es, a la formación del acto de ejercicio del poder. Es *orgánica* la separación de poderes que excluye toda interferencia sobre los *estatus* de sus titulares por parte de los funcionarios de otras instituciones. Es *funcional* la separación de poderes que excluye la posibilidad de una

riali per una storia della cultura giuridica 1 (1990). R. Guastini ha retomado la distinción en *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 15-40; Íd., *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Turín, ²2006, pp. 77-83.

coparticipación en las funciones, es decir, que no admite que los actos preceptivos que son ejercicio de una función sean el fruto de un procedimiento en el que participen funcionarios de otras instituciones, investidos de funciones diversas.

Por el contrario, defino la *división del poder* como una norma de competencia, en virtud de la cual los actos con los que se ejercen las funciones de una institución por parte de los funcionarios investidos de ellas suponen, de un lado, la designación o la revocación de estos y, por otro, la realización de actos instrumentales por parte de otros funcionarios. Es fácil advertir que la división del poder es una figura organizativa exactamente opuesta a la de la separación. También la división podrá ser de dos tipos: orgánica o funcional. Es *orgánica* la división que concurre cuando el funcionario adscrito a una determinada función sea designado o revocado, sobre la base de criterios discrecionales, por otro funcionario del mismo órgano (caso en el que hablaremos de división *intra-orgánica*) o de un órgano diverso (supuesto en el que hablaremos de división *inter-orgánica*). En cambio, es *funcional* la división que concurre cuando el acto preceptivo con el que se ejerce la función es el fruto de un *procedimiento* en el que participan diversos funcionarios, competentes para la emisión, unos, del acto preceptivo, los otros, de actos instrumentales a este.

Así pues, separación y división son dos sistemas opuestos de distribución de los poderes públicos, aunque ambos dirigidos a impedir su despotismo en garantía de los intereses públicos y de los derechos fundamentales: donde hay separación *entre* los poderes y por consiguiente independencia de los órganos que son sus titulares, no hay poder compartido, mientras que donde hay participación *del* poder entre los órganos que son sus titulares, entre estos no hay separación ni, por tanto, independencia, sino interdependencia. En efecto, las técnicas normativas expresadas por los dos principios para limitar el sistema de los poderes públicos, no solo son diversas, sino opuestas. La primera consiste en separar los poderes atribuyéndolos a instituciones y a órganos independientes a fin de que cada uno de ellos, precisamente porque no compartido con los titulares de otros poderes, sirva a estos de «freno» según la clásica fórmula de Montesquieu[54]. La segunda consiste en dividir cada poder entre órganos coligados e interdependientes a fin de que este, precisamente por no estar concentrado en un único órgano, sea some-

54. «Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder» (Ch. Montesquieu, *Del espíritu*, cit., libro XI, cap. VI, p. 150).

tido a los límites y los controles ejercidos por otros. Como se dirá en el próximo parágrafo, en la democracia constitucional, todas las funciones públicas están divididas, mientras que todas las funciones de garantía deben permanecer separadas de las funciones de gobierno.

Obviamente, este no es un rasgo de las funciones públicas en cuanto tales, sino un requisito axiológico de la democracia constitucional, pudiendo muy bien tales funciones permanecer concentradas en los mismos sujetos, en ordenamientos autocráticos. Preguntémonos entonces: ¿en qué casos y por qué se justifica la separación, y en qué casos y por qué se justifica la coparticipación en el poder? ¿Cuáles son los fundamentos axiológicos de una y otra formas de distribución y de limitación de poderes? ¿Qué razones requieren para unos poderes y excluyen para otros la legitimación democrática de tipo político-representativo? Como he señalado, los poderes públicos deben estar (o se justifica que estén) *separados*, o sea, atribuidos a órganos entre sí independientes, si son diversas sus fuentes de legitimación; mientras que deben ser (o se justifica que sean) *com-partidos* cuando, por el contrario, desempeñen las mismas funciones o, en todo caso, sea idéntica su fuente de legitimación. ¿Qué diferencias entre sus fuentes de legitimación justifican la separación entre las funciones de gobierno y las funciones de garantía?

Retomando una conocida fórmula hobbesiana, diremos que *auctoritas non veritas facit legem*[55]: es la «autoridad» políticamente legítima la fuente de legitimación de la actividad legislativa y de gobierno. Y esta autoridad, en democracia, es la voluntad popular tal como se expresa mediante la elección política de los representantes y el principio de mayoría. A la inversa, la fuente de legitimación de la función judicial y de las demás funciones de garantía es la «verdad» o, mejor, la argumentación como plausiblemente «verdaderos» de los presupuestos de su ejercicio. Por eso, invirtiendo la fórmula hobbesiana, diremos que *veritas non auctoritas facit iudicium*, ya que lo que hace justa o injusta una decisión judicial, pero también una determinada prestación en actuación de un derecho social, es solo la argumentación como verdadera de la tesis que comprueba sus presupuestos establecidos por la ley. De aquí la independencia entre las dos clases de funciones. Ningún consenso de la mayoría o de la opinión pública, ya lo he dicho, puede hacer verda-

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

dero lo que es falso o falso lo que es verdadero. Un juez, gracias a su independencia, debe ser capaz de absolver cuando todos o la mayoría piden la condena y de condenar cuando todos piden la absolución. Y lo mismo hay que decir para los titulares de las funciones administrativas de garantía primaria, que deben estar asimismo en condiciones de desempeñarlas con total independencia. Por otra parte, precisamente porque se dan en garantía de los derechos de todos, las funciones de garantía, además de excluir toda dependencia o condicionamiento de tipo mayoritario, son también ellas «democráticas», en un sentido diferente, pero quizá aún más intenso de lo que lo sean las funciones de gobierno legitimadas por la representación política: en el sentido de que, garantizando a todos, se refieren al pueblo en su totalidad como conjunto de las personas que lo componen.

Por tanto, en democracia, el fundamento axiológico de la separación entre funciones de garantía, sea primaria o secundaria, y funciones de gobierno, puede conectarse a la diferencia del objeto de sus fuentes de legitimación: la *forma* de las decisiones de gobierno, legitimada por la representación política y con ello por el *principio de mera legalidad* o de *legalidad formal*, obviamente en el *respeto* de las normas sustanciales supraordenadas a ellas; la *sustancia* de las decisiones de garantía, legitimada por la comprobación de sus presupuestos legalmente preestablecidos y con ello por el *principio de estricta legalidad* o de *legalidad sustancial*, es decir, por la *aplicación sustancial* y no solo formal de la ley, en garantía de la igualdad y de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Es evidente que todas las fuentes de legitimación son relativas y convencionales. Se conviene aceptar como «verdadera» la sentencia emanada en el respeto de todas las garantías jurisdiccionales del correcto proceso, aun cuando sea inalcanzable una verdad absoluta. Se asume como expresión de la «voluntad popular» lo que decida la mayoría de sus representantes, aun cuando esta representatividad es el fruto de una convención. Es por lo que en ambos casos nos encontramos ante una *legitimación imperfecta*, tanto la basada en la idea de la verdad como la que lo está en la de la representación. La conciencia de esta imperfección de su legitimidad que afecta a los titulares de los poderes públicos es, por lo demás, un elemento esencial de su deontología profesional.

Todos los problemas relativos a los fundamentos y a los criterios de la distribución democrática y garantista de los poderes públicos pueden resolverse sobre la base de esta bipartición de las funciones públicas en las dos clases de las funciones de gobierno, legitimadas por la representación política, y de las funciones de garantía, legitimadas por la cognición de los presupuestos legales de su ejercicio. Si el objetivo de

la división del poder, sobre todo de la funcional, es el *control* sobre el contenido o la legitimidad de su ejercicio, el de la separación y de la independencia de las funciones de garantía de las de gobierno es, por el contrario, su *imparcialidad*. El caso típico es el de la separación entre el poder judicial y los poderes de gobierno. Pero lo mismo debe decirse de todas las demás funciones de garantía, tanto de las funciones administrativas de garantía primaria como de las desarrolladas por las instituciones escolares, sanitarias, de previsión social y fiscalizadoras, hasta las funciones de garantía que se han multiplicado en estos años a cargo de autoridades independientes, especializadas en materias que a menudo requieren competencias técnicas y que se quieren sustraídas a condicionamientos de parte.

3.10. *Poder constituyente, acto constituyente, constitución. Dos concepciones de 'constitución democrática': la concepción organicista y la concepción pacticia.* Llegados a este punto estamos en condiciones de definir el otro término clave de la teoría del estado constitucional de derecho: 'constitución' y, antes, 'poder constituyente', 'acto constituyente' y 'sujeto constituyente'; entendiendo por 'constituyente' la situación no positiva en cuanto no producida por ningún acto jurídico, el acto con el que se ejercita una situación constituyente y el sujeto o los sujetos que son autores de actos constituyentes y que, digámoslo inmediatamente, solo pueden ser sujetos naturales al consistir los sujetos artificiales en ficciones o creaciones jurídicas que, como antes se ha hecho ver, son incapaces de obrar.

En el vértice de la estructura en grados del ordenamiento convengo en colocar, no un acto, sino una situación constituyente. En efecto, en el § 1.4, se ha establecido que todos los actos suponen situaciones, incluso el acto constituyente que es actuación de la situación constituyente. Esta situación es, pues, una situación activa, no positiva ni regulada, al no existir actos ni normas supraordenados a ella. Es una facultad y, más precisamente, un poder, a causa de los efectos jurídicos producidos por su ejercicio.

Así las cosas, llamo *poder constituyente* a la situación originaria de grado no subordinado a ninguna otra, consistente en una facultad y ejercitada, junto con el acto que es su ejercicio, por un sujeto constituyente. Este es un concepto central de la filosofía política y de la teoría del derecho, habitualmente alejado de la ciencia jurídica y sin embargo esencial para explicar el *fundamento externo* del derecho positivo —fundante y no fundado, político antes que jurídico— y para la configuración de todos los demás poderes como *poderes constituidos* por

actos jurídicos, como tales sometidos al principio de legalidad. Se trata de un fundamento indispensable, añado, para comprender la naturaleza del derecho positivo como construcción humana: un «artificio» según lo llamó Hobbes, una «invención» para Locke, una «convención» en palabras de Rousseau[56], por lo que su eliminación produce siempre el desconocimiento del paradigma positivista del derecho y del estado moderno y, al mismo tiempo, la neutralización política y la naturalización paracientífica del uno y del otro[57].

El poder constituyente es un poder del todo singular: no positivo, sino de hecho, en cuanto no producido por ningún acto y por tanto originario; desregulado, por no disciplinado por normas y por eso ni legítimo ni ilegítimo; no simplemente actuable como las otras situaciones, sino siempre concretamente actuado por un acto a su vez constituyente, después del cual él se agota; siempre, pues, efectivo en consecuencia solo reconocible *a posteriori*, a partir del ordenamiento efectivamente producido por su ejercicio; atribuido a sujetos naturales como *artífice* de esos *artificios* que son todos los *poderes constituidos*, ninguno de los cuales es *legibus solutus* al ser todos, directa o indirectamente, subordinados a la constitución producida por su ejercicio. En el modelo teórico que aquí se propone no hay, pues, espacio para la «norma fundamental» de Kelsen como norma no producida, dado que todas las normas son positivas, es decir, producidas por actos normativos. Aunque existen normas supremas, supraordenadas a cualquier otra, como, en el estado constitucional de derecho, las normas constitucionales, que muy bien pueden llamarse *fundamentales*, al igual que los derechos habitualmente establecidos en ellas. Pero estas normas —aun cuando, como normas sobre la producción, directa o indirectamente fundantes de la

56. T. Hobbes, *Leviatán* cit., Introducción, p. 13, que llama al estado «un hombre artificial» («an artificial man») cuyas «leyes son una *razón* y una *voluntad* artificiales» («an artificial *reason* and *will*»); J. Locke, *Seconda lettera sulla tolleranza* [1690], en Íd., *Scritti sulla tolleranza*, cit., p. 253, donde se llama «invención e institución del hombre» a todas «las sociedades políticas, o sea, a las sociedades y los gobiernos»; J.-J. Rousseau, *Del contrato social* [1762] [trad. cast. de M. Armiño, Alianza, Madrid, libro I, cap. IV, p. 15], que llama «convenciones» a las instituciones jurídicas.

57. Recuérdese, por ejemplo, la voz de S. Romano, «Costituente», en *Digesto Italiano*, VIII, Utet, Turín, 1899-1903, pp. 352 y 353, donde el mismo «concepto de constitución [... aparece] inaprehensible y carente de consistencia efectiva»; con «la segura consecuencia de que un poder, o, mejor, una función constituyente, por su íntima naturaleza distinta de la legislativa, no encuentra lugar en la categoría de los conceptos fundamentales del derecho público». Pero recuérdense también las palabras de Santi Romano, «L'instaurazione di fatto di un ordinamento», cit., citadas *supra* en la nota 26 de la Introducción.

validez de todas las demás— son fundadas por el acto con el que se ejercita el poder constituyente.

Este acto es el que llamo *acto constituyente* y lo defino como el acto de grado no subordinado a ningún otro, originario y desregulado en cuanto no disciplinado por ninguna norma, ni válido ni inválido como sustraído al principio de legalidad, constitutivo de una institución política concebible alternativamente como ordenamiento o como persona jurídica, productivo, en fin, de ese conjunto de normas sobre la producción, formales o sustanciales, que llamamos 'constitución'. Los actos revolucionarios son los constituyentes por antonomasia, como lo fueron la Revolución americana, la Revolución francesa o la rusa, que abatieron los regímenes preexistentes y dieron vida a nuevos ordenamientos. Pero lo mismo hay que decir en el caso de los actos constituyentes que aparentemente se insertan en la vida de un ordenamiento preexistente. Por ejemplo, el acto constituyente de la Constitución italiana fue la elección popular de la Asamblea Constituyente, no en cuanto acto formal producido en las formas establecidas por los decretos *luogotenenziali* n.º 151/1944, de 25 de junio, y n.º 99/1946, de 16 de marzo, sino en cuanto acto informal con el que se ejercitó el poder constituyente. Tanto es así que ningún hipotético vicio de forma de tales decretos habría podido comportar la ilegitimidad de la Constitución y menos aún la invalidez de su acto constituyente. Esto debido a que, ciertamente, no fue la forma de esos decretos la fuente de legitimación de la Asamblea Constituyente y de la Constitución republicana; del mismo modo que la legitimación de la Asamblea Nacional francesa y de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789 no provino de la convocatoria regia de los Estados Generales de dos meses antes, sino del poder constituyente de que se consideró investida la Asamblea. En suma, la legitimación proviene del efecto producido por el acto constituyente, es decir, por la constitución misma que, con su efectividad, adveró, por así decirlo, el poder constituyente. Lo mismo puede decirse del referéndum institucional que en Italia, en 1946, decidió expulsar a la monarquía y la forma republicana de nuestro ordenamiento: válido en virtud, no de la forma del decreto con que aquel fue convocado, sino solo de la voluntad popular expresada de hecho con él.

En definitiva, el acto constituyente es tal solo si produce un nuevo ordenamiento y su constitución. No es una decisión formal y, sin embargo, produce normas constitucionales. No es un acto constitutivo al no ser siquiera un acto formal, y, no obstante, constituye esa especie de persona artificial que es el estado. Constituyente, en fin, es solo el poder

que ha dado vida a una constitución. El poder de revisión de la constitución es, en cambio, un poder constituido cuyo ejercicio, a diferencia del acto constituyente, podría muy bien ser inválido cuando viole las formas y los límites establecidos en la constitución. Hasta el punto de que, de ser utilizado como poder ilimitado para dar vida a una nueva constitución, entonces sería, sí, constituyente, pero anticonstitucional según la constitución existente, en el sentido de que su ejercicio equivaldría a un acto ilícito, subversivo en relación con ella.

Llego así a la definición de *constitución*, que articularé en dos partes: una estructural, válida para cualquier constitución, y consistente en su colocación en el vértice de la jerarquía de las fuentes y de las normas; la otra axiológica, que enuncia los contenidos normativos, formales y sustanciales, requeridos para que se la califique de 'democrática'. Por consiguiente, defino '*constitución*' como el estatuto de una institución política producido por el acto constituyente que, si es democrático, contendrá: *a*) las normas de reconocimiento de la esfera pública como normas formales de competencia que dispongan la división de los poderes públicos, la representatividad política de las funciones de gobierno sobre la base del ejercicio de los *derechos políticos* y la separación de estas de las funciones de garantía; *b*) las normas de reconocimiento de las esferas privadas como normas formales que confían al ejercicio de los *derechos civiles* la producción de las situaciones disponibles; *c*) la razón social de la institución, como conjunto de normas sustanciales que dictan los *derechos de libertad* y los *derechos sociales* estipulados como vitales[58].

La primera parte de esta compleja definición enuncia la característica *estructural* de la *constitución* que ella identifica con el estatuto de una institución política producido por el acto constituyente y que consiste en el conjunto de las normas sobre la producción formales y sustanciales —cualesquiera que sean: democráticas o antidemocráticas, liberales o iliberales, sociales o antisociales— establecidas por él. Al tener su fuente en el acto constituyente, la constitución está en el vértice de la jerarquía de las normas, como conjunto de normas supraordenadas a cualquier otra del ordenamiento. En esta supra-ordenación consiste, como su rasgo estructural, su «*rigidez*», es decir, el hecho de que aquella no puede ser alterada sino en las formas y los límites de la «revisión constitucional» establecidos por ella; así, una ley ordinaria que la contradiga estará viciada de invalidez y, en cuanto tal, destinada a ser inaplicada, o bien anulada por una específica jurisdicción de constitucio-

58. Para un análisis más profundo de esta noción, remito a *PiI*, cap. XII y, en particular, a los § 12.10-12.11, pp. 841-852.

nalidad. Naturalmente, pueden darse varios tipos y grados de rigidez: la rigidez absoluta, en virtud de la cual ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede cambiar la constitución o alguna de sus normas; rigideces relativas, consistentes en la previsión de mayorías más o menos amplias requeridas para la revisión constitucional.

La segunda parte de nuestra definición se refiere a la noción de *constitución democrática*, sobre la que se basará la segunda parte de este libro. Es la que dicta las *normas de reconocimiento* y la *razón social*, esto es, los contenidos *formales* y *sustanciales* que son exigibles a una *constitución* como condiciones contra-fácticas de su carácter *democrático*. En democracia, estos contenidos son esencialmente los requeridos por el artículo 16 de la *Déclaration* de 1789 —«la garantía de los derechos» fundamentales y la «separación de poderes» en cuya ausencia «una sociedad no tiene constitución»— con la adición del carácter representativo de las funciones de gobierno y de la producción de la esfera privada a través del ejercicio de los derechos civiles de autonomía individual. Es con referencia a estos contenidos de la constitución democrática como, tras la victoria sobre los nazifascismos del siglo pasado, la rigidez constitucional asumió un específico valor garantista: contra la idea de que el poder constituyente es siempre un poder en acto como expresión de la soberanía popular, de modo que la constitución no podría «atar las manos» de las generaciones futuras[59], la rigidez liga justamente las manos de las generaciones presentes en cada momento para impedir que estas puedan amputar las manos de las generaciones futuras.

Diremos, pues, que una *constitución democrática* es una constitución que enuncia *a*) como *normas de reconocimiento*, las normas formales sobre la división de poderes, sobre la representación política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos de autonomía política, y sobre la separación de estas de las funciones públicas de garantía y de los poderes privados expresados por los derechos de autonomía civil, y *b*) como *razón social* de todo el edificio institucional, la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustanciales. Normas formales de reconocimiento y normas sustanciales sobre la razón social de la democracia

59. Es la tesis de T. Paine, *Diritti dell'uomo* [1791-1792], trad. it. de T. Magri, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, Editori Riuniti, Roma 1978, p. 122: «toda generación es y debe ser capaz de afrontar todas las decisiones requeridas por las circunstancias de su tiempo» [trad. cast. de F. Santos Fontenla, *Los derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 2008]. Recuérdese también el artículo 28 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793: «Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures».

constitucional, corresponden a las dos dimensiones de la fenomenología jurídica sobre las que aquí se ha discurrido en varias ocasiones. Las primeras a la *dimensión dinámica* o *formal* del sistema jurídico, que se manifiesta en la jerarquía de sus *fuentes*, o sea, de los *actos* preceptivos a través de los cuales se ejercen los poderes jurídicos. Las segundas a la *dimensión estática* o *sustancial* del mismo sistema, que se manifiesta en la jerarquía de sus *normas*, es decir, de sus *significados* o contenidos, a los que dictan límites y vínculos en garantía de los principios establecidos en aquellas. Bajo ambos aspectos las constituciones rígidas disciplinan la producción normativa: en cuanto a las formas, sus normas formales, en cuanto a los contenidos, sus normas sustanciales.

Esta definición vale para caracterizar la 'constitución democrática' como un sistema de límites y vínculos al ejercicio de cualquier poder, en garantía de los derechos fundamentales establecidos por ella. Sugiere una concepción de la constitución como pacto entre sujetos potencialmente antagonistas, de los cuales supone, no la homogeneidad, sino la diversidad y la virtual conflictividad. Si debe garantizar la pacífica convivencia civil de todos y, al mismo tiempo, asegurar a todos la máxima libertad, compatible con la de los demás, deberá tutelar, gracias a la universalidad de los derechos fundamentales, todas las diferentes e incluso opuestas identidades, reducir las desigualdades y favorecer el acuerdo entre sujetos y fuerzas políticas virtualmente contrapuestas. Si establece las reglas del juego democrático, que garantizan la corrección y legitimidad de este, no puede no garantizar a todos los jugadores, incluidas las minorías y las oposiciones. Si debe servir para limitar los poderes constituidos por ella en garantía de los derechos de todos, no podrá ser derogada o debilitada por estos mismos poderes, sino solo ampliada y reforzada. En tal sentido, está en la base de las nociones correlativas de democracia constitucional y esfera pública democrática como «esfera de lo decidible» limitada y vinculada por la que en el § 3.1 he llamado la «esfera de lo no decidible».

Se trata de una concepción exactamente opuesta a la organicista formulada por Carl Schmitt y siempre prevaleciente en el sentido común, a la que corresponde, como se verá en los § 5.4 y 6.2, una concepción igualmente opuesta tanto del pueblo como de la democracia. Toda constitución, escribió Schmitt, es la expresión de «la unidad política de un pueblo», es el acto que «*constituye* la forma y modo de la unidad política cuya existencia es anterior»[60]. Su fundamento axiológico consis-

60. C. Schmitt, *Teoría de la constitución*, trad. cast. de F. Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, § 1, p. 3 y § 3, p. 24. Pero véase también la contraposi-

tiría en la cohesión social y en la homogeneidad cultural de los sujetos a los que está destinada, o, peor, en una común voluntad e identidad política de tipo nacional. En síntesis, las constituciones presupondrían un *demos* y alguna identidad y voluntad unitaria como fuentes no solo de su efectividad, sino también de su legitimidad. Se trata de un presupuesto inexistente de hecho, por un lado, y fruto de una ideología iliberal, por el otro. En la base de los estados nacionales nunca ha existido una homogeneidad social hecha de tradiciones y de valores compartidos, entre ciudad y campo, entre Norte y Sur, entre ricos y pobres, entre explotadores y explotados. Detrás de la idea de un *demos* y de una voluntad popular unitaria hay una concepción organicista y metafísica del cuerpo social y de la constitución que ignora el conflicto de clases y el pluralismo político que atraviesan el primero y el papel de garantía de las diferencias que corresponde a la segunda.

Las constituciones rígidas, producidas por la refundación constitucional de la democracia acontecida tras la segunda guerra mundial y la liberación de los fascismos, son exactamente lo opuesto. Deben entenderse, hobbesianamente, como pactos de convivencia, es decir, como contratos sociales en forma escrita, tanto más necesarios y preciosos cuanto más profundas, heterogéneas y conflictuales sean las diferencias personales y las subjetividades políticas y culturales que estan llamados a tutelar, y cuanto más llamativas e intolerables son las desigualdades materiales que tendrán el cometido de eliminar o, al menos, reducir. No sirven, pues, para representar orgánicamente la común voluntad de un pueblo, o para expresar alguna homogeneidad social o identidad colectiva. Si fuesen solo el reflejo de la común voluntad de todos, tendrían contenidos mínimos y extremadamente genéricos y podría prescindirse tranquilamente de ellas. Pero lo cierto es que, por el contrario, sirven para garantizar el principio de igualdad y los derechos fundamentales de todos, incluso frente a la mayoría, y, por eso, para asegurar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. Son, por decirlo de algún modo, pactos de no agresión y de socorro mutuo, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos

ción entre la legalidad como sistema de límites y vínculos jurídicos, y la legitimidad política, así como la desvaloración de la primera en beneficio de la segunda en C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, trad. it. de P. Schiera, en Íd., *Le categorie del politico*, ed. de G. Miglio y P. Schiera, il Mulino, Bolonia, 1972, pp. 211-244 [trad. cast. de J. Díaz, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971]. La idea de ascendencia schmittiana, según la cual la integración europea y la misma legitimidad de una constitución de la Unión se verían perjudicadas por la ausencia de un *demos* europeo ha reaparecido en ocasión del debate sobre una posible Constitución europea: véase, *infra*, la nota 6 del capítulo VIII.

vitales de todos, tanto más esenciales cuando, como sucede a escala global, mayores son las diferencias culturales que están llamadas a tutelar a través de los derechos de libertad y las desigualdades materiales que están llamadas a reducir mediante los derechos sociales. Invirtiendo el lugar común schmittiano, diremos que una constitución es aún más importante para Europa de lo que pueda serlo para cada país europeo; y para el mundo más de lo que pueda serlo para Europa o cualquier otro espacio regional. La legitimidad de las constituciones, a diferencia de la de las leyes ordinarias, consiste, no en el hecho de ser queridas, sino en el de garantizar a todos. Reside, no tanto en la *forma* de su producción —en el «quién» las produce y en el «cómo» son producidas— como, sobre todo, en su *sustancia*, esto es, en los contenidos de las normas constitucionales producidas. Se basa, no en el consenso de las mayorías, sino en la igualdad de todos sus destinatarios estipulada por ellas.

Capítulo IV

POR UN CONSTITUCIONALISMO MÁS ALLÁ DEL ESTADO

4.1. *Modelos de derecho. Dos cambios de paradigma del derecho y la perspectiva de un tercer cambio: un constitucionalismo más allá del estado.* Los dos modelos de estado de derecho analizados en los capítulos precedentes —el *estado legislativo de derecho* y el *estado constitucional de derecho*— corresponden a dos distintas experiencias históricas, cada una de las cuales ha comportado un cambio de las condiciones de validez de las normas jurídicas. El primer modelo, que podemos llamar *paleo-positivista* o simplemente *positivista*, se afirmó con el nacimiento del estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del *derecho válido formalmente*. El segundo modelo, que podemos llamar *neo-positivista* o más simplemente *constitucionalista*, se produjo tras la segunda guerra mundial, con la difusión en Europa de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento del *derecho válido sustancialmente* además de formalmente. Así pues, cabe distinguir tres modelos de derecho —el derecho premoderno, el derecho del estado legislativo y el del estado constitucional de derecho— sumariamente correspondientes a otras tantas fases históricas y caracterizados por la creciente complejidad de sus normas sobre la producción jurídica.

En el *derecho premoderno* no existía un sistema unitario de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y de ordenamientos pertenecientes a instituciones diversas y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los principados, los municipios, las corporaciones— ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. En estas condiciones, el derecho «común» a las diversas instituciones estaba asegurado por la actualización de la vieja tradición romanista, es decir, por la elaboración

doctrinal y jurisprudencial cuya validez dependía, no de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. Obviamente, también en el derecho premoderno existían fuentes estatutarias, esto es, leyes, decretos, ordenanzas y similares. Pero, a causa del pluralismo de los ordenamientos que convivían en los mismos territorios, estas fuentes, con el tiempo, acababan amalgamándose e integrándose en el *corpus iuris* transmitido por la tradición, sometiéndose también ellos al principio normativo de la interna coherencia y plenitud. De aquí la naturaleza tendencialmente *nomoestática* del derecho premoderno. «Nada que sea contrario a la razón es derecho» es la tesis con la que, el jurista, en el célebre *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, de Thomas Hobbes, expresa en polémica con el filósofo, el fundamento iusnaturalista y nomoestático de la validez en el derecho premoderno[1]. Entonces tenía razón el jurista. En efecto, con aparente paradoja, el *iusnaturalismo* era la teoría del derecho premoderno. En cambio, el positivismo jurídico, que se expresa en la hobbesiana tesis opuesta, correspondía a la instancia axiológica de la refundación del derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza, libertad e igualdad frente al arbitrio judicial. Esta instancia fue afirmándose a través de progresivos cambios de paradigma del derecho, correspondientes a otras tantas fases de la modernidad jurídica.

El primer cambio es el producido con la formación del estado moderno como titular del monopolio de la producción jurídica y con su progresiva evolución según el modelo del *estado legislativo de derecho*. En este modelo las normas existen, no por ser «justas», sino por haber sido «puestas» por autoridades dotadas de competencia normativa en virtud de ese monopolio. Es el modelo de los sistemas esencialmente *nomodinámicos*, en los que la existencia y la validez de las normas son reconocibles, no por sus contenidos, sino por su forma de producción: según esto, «derecho» no será lo que es justo o razonable, sino lo establecido por la ley. Se entiende el extraordinario alcance de la revolución institucional producida con la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa y del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido. Cambia el título de legitimación del derecho existente respecto de la experiencia premoderna. Ya no será la

1. T. Hobbes, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, ed. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, ^{3}2018, p. 6, donde Hobbes atribuye al jurista, identificable como *sir* Edward Coke, la tesis de que «nihil, quod est contra rationem, est licitum, es decir, que 'nada que sea contrario a la razón es derecho'» y «que el derecho común no es sino la razón».

sustancia de las decisiones, o sea, su justicia intrínseca expresada por la autoridad de los doctores, sino su forma, preestablecida por normas deónticas, y por eso la autoridad de las fuentes de producción, según la ya recordada fórmula hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem*. En segundo lugar, cambian la naturaleza y el papel de la jurisdicción, que cesa de ser producción jurisprudencial del derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como sus únicas fuentes de legitimación, transformándose en la determinación de lo que ha sido pre-establecido por la ley. En tercer lugar, cambian la naturaleza y el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, que deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, explicativa de un objeto producido por el legislador: el derecho positivo. Cambia, en fin, la filosofía jurídica, que se convierte al *positivismo*, es decir, a la idea según la cual «derecho» es todo y solo el derecho positivo, cualesquiera que sean sus contenidos, y así se separa de la filosofía política, que, a su vez, se convierte en filosofía de la justicia, portadora del punto de vista axiológico externo de la valoración crítica, de la ideación y la transformación del derecho positivo vigente. En la base de estos cambios está la separación de derecho y moral, o sea, de validez y justicia. Si la existencia de las normas depende de su positividad, pueden darse muy bien normas positivas injustas y, sin embargo, existentes y normas justas y, sin embargo, no puestas y por tanto inexistentes. La posible injusticia de las normas es el precio pagado por los valores de la certeza del derecho, la igualdad ante la ley, la libertad frente al arbitrio de los poderes públicos y la sujeción de los jueces al derecho.

El segundo cambio es el producido con el modelo neopositivista del *estado constitucional de derecho*, que fue a afirmarse cuando ese precio, con los horrores del totalitarismo, consistió precisamente en la destrucción de esos valores de igualdad y libertad que el principio de mera legalidad del estado legislativo habría debido garantizar. Es el producto de una segunda revolución institucional: la subordinación de la propia legislación al derecho y con ello el desvanecimiento del último residuo de gobierno de los hombres y el perfeccionamiento del estado de derecho gracias a la difusión en Europa, después de la segunda guerra mundial, de constituciones rígidas supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez sustancial, así como del control jurisdiccional de constitucionalidad. Según este modelo, mientras la existencia de las leyes sigue dependiendo de su *forma* de producción, su validez depende, desde luego, de su forma, pero también de su *sustancia*, es decir, de su coherencia con las normas constitucionales. A la separación y a la divergencia externa entre justicia y validez, se añade así la diver-

gencia interna entre validez y existencia: en los actuales ordenamientos constitucionales pueden muy bien existir normas producidas de conformidad con las normas formales sobre su producción y, no obstante, inválidas por contradecir la que en el § 3.1 he llamado la *esfera de lo no decidible*, es decir, los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, o los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de actuar. El ordenamiento es un sistema *nomodinámico*, en el que las normas alcanzan la existencia si y solo si producidas en las formas establecidas en él. Y, sin embargo, en la producción legislativa se inserta también una dimensión *nomoestática*, en virtud de la cual las normas legales indebidamente producidas o no producidas en contradicción con la constitución se conciben como *vicios* lógicos, esto es, como *antinomias* o como *lagunas* que requieren ser reparadas. De aquí se siguen cuatro nuevas alteraciones del modelo del estado legislativo de derecho, en los mismos planos en los que este había alterado el derecho jurisprudencial premoderno. En primer lugar, cambian las condiciones de validez de las leyes, que ya no dependen solo de la conformidad de sus formas con las normas formales, sino también de la coherencia de sus significados con las normas constitucionales sustanciales sobre su producción. En consecuencia, cambian la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley, que ya no es sujeción acrítica e incondicionada a esta cualquiera que sea su contenido, sino sujeción a la ley solo si válida constitucionalmente, pero no si considerada inválida y por ello constitucionalmente censurable. Cambia, en tercer lugar, el paradigma epistemológico de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solo explicativa, sino crítica y proyectiva: crítica de las leyes inválidas, y por tanto de las antinomias, así como de los incumplimientos legislativos, y por eso de las lagunas, y promotora de la anulación de las primeras y de la subsanación de las segundas. Cambia, en fin, la filosofía del derecho, que en las democracias constitucionales se convierte al *constitucionalismo*, esto es, a un positivismo jurídico ampliado al deber ser del derecho mismo, también positivizado en normas constitucionales, y recupera la vieja relación con la filosofía política, que había elaborado aquel deber ser y continúa elaborándolo desde el punto de vista axiológico externo al derecho y a la ciencia jurídica.

Con el primer positivismo, correspondiente a la formación del estado soberano como titular del monopolio de la producción legislativa, nace, pues, la política moderna como fuente primaria del derecho y con ello de la regulación y transformación de la vida social: a través de la legislación, el derecho se convierte en instrumento de la política, de

progreso, pero también de posibles retrocesos. Con el segundo positivismo, consistente en la positivización del deber ser constitucional de la producción legislativa, la relación entre política y derecho se complica: el derecho sigue siendo un producto y un instrumento de la política, pero la política queda subordinada al derecho y, más precisamente, a la esfera de lo no decidible —la representación política, la separación de poderes y los derechos fundamentales— estipulada en las constituciones, no por casualidad tras la liberación de los diversos fascismos, como razón social del entero artificio estatal. El viejo contraste entre ley de la razón y ley de la voluntad, entre derecho natural y derecho positivo, entre punto de vista interno a este y punto de vista externo, entre Antígona y Creonte, que atraviesa la historia de toda la filosofía jurídica y política y corresponde al antiguo e igualmente recurrente contraste entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, parece así en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, con la positivización de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad y dignidad de las personas. Estos derechos y estos principios que integran la «ley de la razón», en la forma históricamente determinada de los pactos constitucionales, son los que Antígona impone a Creonte, es decir, a la «ley de la voluntad», que en democracia se expresa por el principio de mayoría. Así, el constitucionalismo se configura como un perfeccionamiento del positivismo jurídico al consistir en la positivización no solo de las formas de producción del derecho, sino también de los contenidos normativos que las normas producidas deben respetar y actuar.

Pero los conflictos entre Antígona y Creonte vuelven a reproducirse constantemente, no solo con la emergencia de nuevas instancias de justicia que piden ser constitucionalizadas, sino también con las violaciones, por acción o por omisión, de las leyes de la razón por parte de las leyes de la voluntad. Por consiguiente, hoy se da un tercer cambio de paradigma del derecho y de la política que viene impuesto —con necesidad y urgencia, a causa de la creciente interdependencia de los ordenamientos generada por la globalización— por la ley de la razón. En los mismos años en los que, con los procesos de descolonización, la forma del estado se difundió en todo el planeta, el estado perdió su tradicional centralidad soberana. Por otra parte, en las democracias avanzadas, su perfeccionamiento constitucional no ha afectado al derecho internacional. Así ha sucedido que la globalización de los mercados ha provocado la deslocalización de los poderes que cuentan fuera de las fronteras nacionales, la subordinación de la política a la economía dentro de los propios ordenamientos estatales, y el consiguiente desarrollo de procesos deconstituyentes que se han manifestado en la reducción de los de-

rechos sociales y en agresiones catastróficas al medio ambiente y a la salud de las personas. La última manifestación de esta deriva ha sido la pandemia del coronavirus, con centenares de millares de muertos y millones de contagios. Según la hipótesis aquí avanzada, frente a estos procesos, la única alternativa racional es la constitucionalización del derecho internacional, es decir, la integración, en el vértice de la estructura en grados del paradigma constitucional, de las diversas cartas internacionales de derechos humanos como límites y vínculos a los poderes salvajes de los estados soberanos y de los mercados globales.

Esta posible expansión del garantismo constitucional más allá del estado será ilustrada ampliamente en la segunda parte de este libro, dedicada a la teoría de la democracia. En este capítulo analizaré dos graves aporías, de cuya superación depende esa expansión. La primera aporía consiste en la presencia de antinomias y de lagunas, producidas por la violación o la falta de actuación de los principios constitucionales de justicia sustancial, particularmente llamativas en el ordenamiento internacional. La segunda aporía consiste en la falta de construcción de una esfera pública global. La crisis de la soberanía de los estados y de la forma estatal hasta ahora asumida por el paradigma constitucional, no se ha visto correspondida con la construcción de una esfera pública supraestatal a la altura de los poderes económicos globales y para la tutela de bienes ecológicos vitales y de los conexos derechos fundamentales, sino con la restricción de las esferas públicas nacionales: la verticalización y la personalización de los sistemas políticos, la privatización de muchas instituciones públicas de garantía, la concentración y la confusión entre poderes políticos y poderes económicos, los diversos conflictos de intereses, el desarrollo, gracias también al sostén de las ideologías populistas y liberistas, de poderes políticos, económicos y financieros libres de reglas y vínculos jurídicos.

En efecto, no ha sido realizado, sino, por el contrario, abandonado el proyecto constitucional de convivencia pacífica y de garantía de los derechos humanos diseñado, después de la segunda guerra mundial, por la Carta de la ONU, la Declaración Universal de 1948, los Pactos de 1966 y las diversas cartas regionales que prometen paz, seguridad, garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales para todos los habitantes del planeta. La actuación de esa embrionaria constitución del mundo habría requerido la introducción, a través de las adecuadas normas de actuación de las garantías y de las instituciones internacionales de garantía de los derechos estipulados en ella. En ausencia de tales garantías, los derechos prometidos en esas cartas se han quedado en el papel. Es como si un ordenamiento estatal solo estuviera dotado de consti-

tución y careciera de leyes de actuación: de códigos penales, tribunales, escuelas y hospitales. Es claro que tal vacío de garantías, de prolongarse demasiado en el tiempo, corre el riesgo de transformar aquellos derechos en una ficción ideológica y de provocar un futuro de guerras y violencias, capaz de trastornar nuestras propias democracias nacionales. Por eso la necesidad de superarlo con el tercer cambio de paradigma del derecho aquí proyectado: la ampliación de la estructura en grados del sistema jurídico más allá del estado, el reforzamiento de los actuales dispositivos de garantía y la construcción de nuevas funciones e instituciones globales de garantía.

4.2. *Antinomias y lagunas. El derecho ilegítimo y el deber ser jurídico del derecho.* El principal efecto de la estructura en grados del estado constitucional de derecho y, más aún, de ese embrionario constitucionalismo más allá del estado generado por las cartas internacionales de derechos, es la virtual presencia del *derecho ilegítimo* por falta de garantías idóneas. Esta grave aporía depende del primer rasgo estructural de los derechos fundamentales que los diferencia, como ya se ha dicho, de los derechos patrimoniales. Los derechos patrimoniales, como el de propiedad y los de crédito, son derechos singulares, predispuestos por las normas hipotéticas que los prevén como efectos de los actos hipotetizados por ellas junto con sus garantías primarias, es decir, con las prohibiciones de lesión y las obligaciones de prestación correspondientes. En cambio, los derechos fundamentales son derechos universales, dispuestos en cuanto tales por normas téticas para clases de personas, obviamente sin la simultánea introducción de las obligaciones y prohibiciones correlativas en las que consisten sus garantías.

Llegamos así al análisis de dos conceptos teóricos absolutamente centrales en la teoría del garantismo constitucional: el de *laguna* y el de *antinomia*, que pueden muy bien ser concebidos como los términos clave de una teoría del garantismo constitucional ampliada más allá del estado. Como se ha dicho, en un sistema nomodinámico, es inevitable la existencia virtual de antinomias y de lagunas en relación con las normas constitucionales que establecen téticamente derechos fundamentales. Está ligada a la misma normatividad del derecho, que no se desvanece cuando su objeto es el derecho mismo. En efecto, es posible que aunque las cartas constitucionales o internacionales prevean determinados derechos de libertad, como las de prensa o de reunión, se produzcan, con violación de las prohibiciones correspondientes a estas, normas ilegítimas que impidan o limiten su ejercicio; o bien, al contrario, que, aunque tales cartas prevean determinados derechos sociales, como

los derechos a la salud y a la educación, con violación de las obligaciones correspondientes, no se produzcan las normas instituyentes de las funciones e instituciones dirigidas a su satisfacción ni las destinadas a la comprobación y la reparación de sus violaciones. En síntesis, es posible que existan *indebidas antinomias* entre normas e *indebidas lagunas* de normas.

Por tanto, es necesario aislar, con las oportunas redefiniciones, este tipo de antinomias y de lagunas. Por lo general, «antinomia» y «laguna» se entienden en un sentido bastante más extenso: por «antinomia» se entiende comúnmente cualquier «incompatibilidad entre normas» que no permita la observancia o la aplicación de ambas[2], y por «laguna» cualquier falta de «una regla que pueda ser invocada por el juez para resolver una determinada controversia»[3]. Así, en el sentido corriente de tales expresiones, son también antinomias y lagunas las predicables con referencia a normas del mismo nivel, como las antinomias solucionables por el intérprete con los criterios de la prevalencia de la ley posterior sobre la antecedente y de la ley especial sobre la general, y las lagunas igualmente resolubles por el intérprete mediante el recurso a la analogía o a los principios generales del derecho.

En cambio, las redefiniciones de estos dos conceptos que propongo están dictadas por una específica finalidad explicativa: por la necesidad de aislar las antinomias y las lagunas que generan, no cualquier problema de aplicación, sino problemas únicamente solucionables con una modificación del ordenamiento vigente. Con este fin, defino 'antinomia' y 'laguna' como *vicios* consistentes, una, en la producción y, la otra, en la omitida producción de normas, en violación de normas supraordenadas cuya aplicación impiden, de no ser eliminadas por una intervención autoritativa[4]. En este sentido, antinomias y lagunas consisten en la inobservancia —por acción (y violación) o por omisión (e incumplimiento)— de la prohibición o de la obligación impuestas por una norma sobre la producción que aquellas hacen inaplicable cuando no sean eliminadas mediante una corrección del derecho vigente. Precisamente, el rasgo característico de las antinomias reside en la producción inválida de normas ilegítimas porque en contradicción con las normas sustanciales sobre su producción. Por ejemplo, en la producción de una norma

2. T. Mazzarese, «Antinomia», en *Digesto IV Edizione*, Utet, Turín, 1987, p. 348.

3. N. Bobbio, «Lacune del diritto», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. IX, p. 419.

4. Son las nociones de antinomia y de laguna anticipadas en la nota 16 de la Introducción.

que introduce una prohibición que contradice un derecho de libertad, o bien que, violando el principio de igualdad, discrimina o privilegia a algunas personas. En cambio, el rasgo característico de las lagunas consiste en la omitida producción, en violación de una norma sobre la producción, de una segunda norma de cuya introducción depende la aplicación de la primera. Por ejemplo, en la ausencia de normas que introduzcan las obligaciones correspondientes a un derecho social, verbigracia, a la salud o a la educación, para garantizar su satisfacción.

Es evidente la diferencia estructural de estas nociones de antinomia y de laguna de las corrientes, que incluyen también los conflictos entre normas y la ausencia de normas dentro de un mismo nivel normativo, que no son vicios y, precisamente por esto, pueden ser resueltos por el intérprete con la aplicación del criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) o del criterio de especificidad (*lex specialis derogat generali*), o con el recurso a la analogía o a los principios generales. La norma anterior sobre la que prevalece la posterior o la general sobre la que prevalece la norma especial no son en modo alguno ilegítimas. En ellas no concurre ningún vicio, ninguna indebida producción u omisión de normas, ninguna inobservancia de normas supraordenadas[5].

5. De este modo, en cuanto a las antinomias, he invertido la tesis de N. Bobbio, «Teoría del ordenamiento jurídico» [1960], en Íd., *Teoría general del derecho*, cit., § 17 y 18, pp. 218 y 224, que llama «aparentes» a las antinomias solubles con el criterio jerárquico que, a mi juicio, son, en cambio, estructurales o «reales», precisamente porque no son solucionables por el intérprete, sino solo mediante una intervención jurisdiccional que anule las normas inválidas; mientras que llama «reales» a las antinomias entre normas del mismo nivel «en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios» y que, en cambio, a mi parecer, son «aparentes» en cuanto siempre salvables por el intérprete con el criterio cronológico o con el de especialidad. De modo análogo, considero «aparentes» las lagunas con respecto a las normas del mismo nivel normativo, en cuanto resolubles por el intérprete mediante el recurso a la analogía: mientras que considero «reales» o «estructurales» a las lagunas que consisten en la falta de producción de normas implicadas e impuestas por normas supraordenadas sobre su producción y que, como ocurre con las antinomias estructurales, solo pueden ser resueltas con una intervención legislativa. La oportunidad de esta opción resulta confirmada por la distinta naturaleza de los criterios de solución de los dos tipos de antinomias y de lagunas. El criterio jerárquico para la solución de las antinomias y de las lagunas aquí definidas, que propongo llamar *antinomias* y *lagunas estructurales* o *en sentido fuerte*, es un *principium iuris tantum* equivalente a una *regla deóntica*, con respecto a la cual tales antinomias y lagunas se configuran como otras tantas violaciones por parte del legislador. El criterio cronológico, el de especialidad y el analógico sobre cuya base se resuelven las antinomias y las lagunas que propongo llamar *antinomias* y *lagunas en sentido débil* son, en cambio, *normas constitutivas*, en cuanto tales inviolables por el legislador, que determinan constitutivamente su superación. En el derecho italiano, por ejemplo, todos ellos son *principia iuris et in iure*, expresamente codificados en los

Por el contrario, las antinomias y las lagunas, identificadas por las redefiniciones aquí propuestas, son vicios, consistentes en la inobservancia, unas por acción y las otras por omisión, de normas sobre la producción de grado supraordenado, como son las que, en ordenamientos dotados de constituciones rígidas, disponen derechos fundamentales. Tales antinomias y tales lagunas no pueden ser eliminadas directamente por el intérprete, sino solo por la decisión de otro sujeto habilitado para ello, en ausencia de la cual las normas supraordenadas no son aplicables. Es lo que sucede en todos los casos de *antinomias* consistentes en normas legales que contradicen derechos u otros principios constitucionalmente establecidos: en estos casos —si, por ejemplo, se produce una ley que discrimina a las personas en el acceso a los cargos públicos con violación del principio constitucional de igualdad— es la norma legal, y no la constitucional, la que será aplicada hasta que sea anulada por un pronunciamiento *jurisdiccional* de inconstitucionalidad. Pero es también lo que sucede en todos los casos de *lagunas* debidas a la falta de actuación de una norma constitucional: en estos casos —si, por ejemplo, falta una ley sobre el servicio sanitario universal y gratuito en garantía del derecho fundamental a la salud— es la norma constitucional la que resulta inaplicada, hasta que la laguna no sea colmada mediante la introducción *legislativa* de las normas de garantía indebidamente omitidas.

Se entiende la importancia central que, en la teoría del garantismo constitucional, revisten estas nociones restringidas de antinomia y laguna. Estos dos vicios distinguen virtualmente el paradigma del constitucionalismo rígido, caracterizado precisamente por la divergencia deóntica entre el «deber ser» jurídico y el «ser» del derecho determinada por la inefectividad de las normas constitucionales. El más grave de ambos vicios es, sin duda, el de las lagunas, que, a diferencia del de las antinomias, no es un vicio contingente y jurisdiccionalmente reparable, sino un vicio estructural. Dentro de estas *lagunas estructurales* cabe distinguir dos clases: las 'lagunas primarias' y las 'lagunas secundarias'. Las *lagunas primarias* consisten en la ausencia de las garantías primarias de los derechos constitucionalmente establecidos por la omitida producción de sus normas primarias de actuación. Las *lagunas secundarias* consisten en la ausencia de sus garantías secundarias por la omitida producción de sus normas secundarias de actuación. Una laguna primaria es la

artículos 15, 14 y 12 de las Disposiciones preliminares del Código Civil, que por eso no generan problemas de aplicación, sino, a lo sumo, problemas de interpretación (si la ley sucesiva regula efectivamente los mismos comportamientos, si la ley aplicable es verdaderamente especial o si concurre realmente una analogía).

falta de introducción de las normas primarias que dictan las garantías primarias, es decir, las prohibiciones y las obligaciones impuestas e implicadas por las normas constitucionales que enuncian derechos fundamentales: por ejemplo, la omitida introducción de una ley de actuación del derecho de los trabajadores a una retribución equitativa previsto en el artículo 36 de la Constitución italiana. Fue, en cambio, una laguna secundaria, por ejemplo, la ausencia durante ocho años, hasta 1956, debida a la falta de actuación de las correspondientes normas instituyentes, de la jurisdicción de constitucionalidad prevista por la constitución para eliminar las leyes constitucionalmente inválidas. En todos los casos, las lagunas impiden la aplicación y con ello la efectividad de las normas sobre la producción respecto de las que son predicadas. Las lagunas más llamativas, capaces de provocar catástrofes globales si no se reparan, son, como se verá en el capítulo octavo, las determinantes de la casi total falta de actuación de las diversas cartas de derechos humanos que pueblan nuestro derecho internacional.

En síntesis, tanto el principio de coherencia, es decir, de la no contradicción entre normas de distinto nivel, como el principio de plenitud, esto es, de la existencia de las garantías implicadas por los derechos establecidos, si pueden ser afirmados lógicamente en el nivel de la teoría, no pueden serlo en el nivel del objeto de la teoría, o sea, del derecho positivo. Son, según se ha dicho, *principia iuris tantum*, externos y no internos al derecho, normativos y no solo explicativos. Pueden, pues —como de hecho sucede— ser violados por la indebida ejecución de los actos que violan o por la indebida omisión de los actos que actúan los *principia iuris et in iure* constitucionalmente establecidos. El precio que el constitucionalismo paga al garantismo de los derechos constitucionalmente establecidos es la posible incoherencia y la posible falta de plenitud del derecho mismo, esto es, el *derecho ilegítimo* generado por las promesas violadas o inactuadas contenidas en las constituciones. Pero se trata de un precio necesario, en el que se funda todo el edificio del garantismo constitucional. Si tal derecho ilegítimo es, por un lado, el principal defecto, por el otro, se revela como el mayor valor del paradigma constitucional. No existe en los regímenes absolutos, en los que el vigor de las normas positivas equivale a su validez y donde no se dan antinomias y lagunas en el sentido aquí ilustrado. Sí existe, en cambio, en las democracias constitucionales, donde todos los poderes, incluido el legislativo, están sometidos a límites y a vínculos fundamentales, cuya virtual y en alguna medida inevitable inefectividad determina su virtual e inevitable ilegitimidad.

Lamentablemente, la tendencia a ignorar el derecho estructuralmente ilegítimo forma siempre una suerte de reflejo condicionado de la cultura

jurídica y política: condicionado, precisamente, por el obsequio al derecho vigente y por la presunción apriorística de su legitimidad, debidas a su perdurante concepción paleo-positivista según el viejo modelo del estado legislativo de derecho. De aquí se sigue una profunda incomprensión de la especificidad estructural de la democracia constitucional.

Una primera incomprensión tiene que ver con las *antinomias*, que —cuando se manifiestan en los contrastes con los límites y vínculos impuestos por los derechos de libertad y por los derechos sociales constitucionalmente establecidos al ejercicio de los derechos de autonomía— son a veces interpretadas como conflictos entre derechos, entre los que, en ocasiones, sería necesario realizar una ponderación. En estos casos, en cambio, se trata de inobservancias de derechos fundamentales por parte del ejercicio directo o indirecto de los derechos secundarios de autonomía civil o política, a ellos estructuralmente subordinado. Y esto no en virtud de alguna jerarquía entre derechos, que vería los derechos secundarios subordinados a los derechos primarios si bien todos de rango igualmente constitucional, sino por la relación de grado que se da entre todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, sean primarios o secundarios, y el ejercicio de los derechos secundarios, ya sea directo a través de actos negociales, como en el caso de los derechos civiles, o bien indirecto, mediante leyes producidas por órganos electivos, como en el caso de los derechos políticos.

Una segunda y aún más grave incomprensión se refiere a las *lagunas*, a veces interpretadas —cuando, de nuevo, se manifiestan en la ausencia de límites o vínculos impuestos a los poderes públicos o privados, en garantía de los derechos fundamentales— como ausencia o inexistencia no de las garantías, sino de los derechos mismos. Por el contrario, estas constituyen indebidas inobservancias, por omisión, de los derechos establecidos: ya consistan en *lagunas primarias*, es decir, en la omitida producción de las normas primarias que dictan sus correspondientes garantías primarias; o bien en *lagunas secundarias*, esto es, en la omitida producción de las normas secundarias que dictan sus correspondientes garantías secundarias. En la base de esta incomprensión de las lagunas está la confusión entre derechos y garantías, es decir, la tesis, ampliamente difundida y avalada por la autoridad de Kelsen, de que los derechos subjetivos serían solo el reflejo de un deber jurídico y de la sanción prevista para sus violaciones, o sea, de las que he llamado sus garantías primarias y secundarias[6].

6. Así H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., Primera parte, cap. VI, A, p. 88: «No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurí-

4.3. *Derechos sin garantías. El problema de las lagunas por la ausencia de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos y la construcción de la democracia.* Se llega así a una cuestión central de la teoría del garantismo constitucional, de cuya solución depende el futuro de la democracia constitucional y, en particular, la perspectiva de su posible expansión al derecho internacional: la relación entre los derechos fundamentales y sus garantías y la naturaleza de los derechos sin garantías. Se ha dicho que, a diferencia de los derechos patrimoniales, cuyas garantías son predispuestas junto con ellos por normas hipotéticas como efectos de los actos hipotetizados por estas, los derechos fundamentales son dispuestos inmediatamente por normas téticas y, por consiguiente, para que sus garantías tengan existencia, requieren la producción de específicas normas de actuación. El derecho a la salud o el derecho a la educación, por ejemplo, están destinados a quedarse en el papel si no se producen, mediante adecuadas leyes de actuación, sus *garantías primarias positivas*, como el servicio sanitario nacional y la escuela pública. Pero lo mismo vale para los derechos de libertad y hasta para el derecho a la vida, cuyas lesiones serán perseguibles como delito en la medida en que sus prohibiciones estén previstas en la ley penal como sus *garantías primarias negativas*[7].

El problema se plantea de distinta manera según que los derechos fundamentales consistan en expectativas negativas de no lesión, como

dico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto»; *ibid.*, C, a, p. 90: el derecho «no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico»; *ibid.*, C, d, p. 96: tener un derecho equivale a tener «la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la norma sancionadora correspondiente». R. Guastini sostiene las mismas tesis, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos*, cit., pp. 57-62, y también D. Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los 'derechos fundamentales'», *ibid.*, pp. 75-83, a los que puede verse mi réplica, *ibid.*, pp. 181-197. Para una crítica de estas tesis kelsenianas, que hacen desarrollar a la teoría del derecho funciones normativas, remito a mi *La lógica del derecho*, cit., caps. 2 y 3 y a la discusión sobre este libro en L. Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto*, cit. Véanse también las críticas de estas tesis de Kelsen desarrolladas por G. Pino en *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., cap. III, § 3.1 y 3.2, pp. 101-104.

7. Según G. Pino, «Costituzione», cit., pp. 71-76, mi tesis de que todos los derechos fundamentales requieren leyes de actuación acabaría confiriendo a las normas constitucionales que los establecen un carácter programático. Se trata de un equívoco. Obviamente, los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son inmediatamente aplicables por los jueces: su *garantía secundaria* o jurisdiccional está fuera de discusión y consiste, precisamente, en el hecho de que cualquier juez puede aplicarlos directamente, desaplicando la norma inválida o denunciando su inconstitucionalidad. Son las *garantías primarias*, no por casualidad largamente ignoradas por el debate teórico, las que requieren normas de actuación en cuya producción consiste la construcción de la democracia impuesta por las constituciones.

son las inmunidades y las libertades fundamentales, o bien en expectativas positivas, como son los derechos sociales, por ejemplo, a la salud y a la educación. Las violaciones de las prohibiciones que forman las garantías primarias de los primeros consisten en *antinomias*, es decir, en la ejecución de actos ilegítimos de lesión, censurables o reparables, en cuanto inválidos o ilícitos, por obra de las garantías secundarias o jurisdiccionales. Estas garantías —tanto las primarias negativas como las secundarias— existen normalmente en los ordenamientos estatales avanzados, siendo ofrecidas por las leyes de actuación de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y por las normas sobre la jurisdicción. No existen, en cambio, más que de manera embrionaria, en el derecho internacional, en el que, sin embargo, podrían —y deberían— ser introducidas, si existiera voluntad política al respecto. Las violaciones por acción son siempre reparables mediante anulaciones o sanciones, si existe un juez habilitado para comprobarlas.

Bastante más grave es el problema generado por las *lagunas*, como son las determinadas por la ausencia de garantías primarias de los derechos sociales, o bien de garantías secundarias de la anulabilidad de los actos inválidos o de la responsabilidad por los actos ilícitos, es decir, por las violaciones de las obligaciones de introducir unas y otras a través de adecuadas normas de actuación. Las violaciones de tales obligaciones no son justiciables a través de garantías secundarias de tipo jurisdiccional, debido no solo a la separación de poderes, sino también al hecho de que los jueces no disponen de medios para repararlas. Por ejemplo, los jueces son impotentes frente a la falta de actuación del derecho a la salud por no haberse producido una ley adecuada sobre el servicio sanitario público y gratuito. Podrán, a lo sumo, intervenir en el caso sometido a su juicio, pero no ciertamente introducir las necesarias garantías y normas primarias. En síntesis, la jurisdicción puede reparar las *antinomias*, esto es, la presencia de normas inválidas, anulándolas o no aplicándolas. No puede, en cambio, reparar las *lagunas*, es decir, la ausencia de normas debidas, al no poder sustituir a la legislación y a la política en la actuación de las obligaciones generadas por las promesas constitucionales.

En suma, la cuestión teórica de fondo —descuidada por la doctrina y dramáticamente relevante sobre todo en el derecho internacional— es la de la posible ausencia de garantías primarias de los derechos fundamentales y de garantías secundarias contra los efectos producidos por sus violaciones. Dramática y de fondo es, sobre todo, la laguna estructural de las *garantías primarias positivas*, es decir, la omitida producción de las normas de actuación que establezcan las obligaciones implicadas

por aquellas expectativas positivas en las que consisten los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, a la subsistencia y similares. ¿Cómo hay que considerar estos derechos en ausencia de sus garantías, que es completa en el derecho internacional? ¿Cómo calificar sus violaciones, consistentes, no en actos ilegítimos, sino en la omisión de actos obligatorios?

Al final del parágrafo precedente he recordado las respuestas a estas preguntas formuladas por Kelsen y siempre muy difundidas entre los teóricos del derecho: los derechos son el reflejo de los deberes correspondientes, a su vez existentes solo si sus violaciones son justiciables, es decir, susceptibles de ser sometidas a sanción. Kelsen —al haber identificado, como resulta de todos los ejemplos que propone, los derechos subjetivos con los derechos patrimoniales, que, en efecto, son siempre producidos juntamente con los deberes sancionables a ellos correspondientes— ha llevado a cabo dos identificaciones: entre los derechos y las correlativas garantías primarias y entre los derechos y las correlativas garantías secundarias. De ello se sigue que derechos fundamentales formalmente puestos o producidos por actos normativos válidos, pero carentes de garantías, serían inexistentes; que inexistentes, simples *flatus vocis*, serían también las normas que los expresan; que enteros catálogos de derechos —gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales— serían no-derechos, no-normas, solo porque carentes de garantías, tanto primarias como secundarias. Son tesis que contradicen dos fundamentales postulados metateóricos y teóricos: en primer lugar, el postulado del positivismo, en cuanto desconocen la positividad de las normas jurídicas que, en un sistema dinámico, existen si producidas, y ciertamente no se corresponden con un principio teórico como es la tesis de la necesaria presencia simultánea de derechos y deberes; en segundo lugar, el postulado del constitucionalismo, puesto que ignoran el grado supraordenado a toda otra fuente de las normas constitucionales y de los derechos establecidos en ellas, cuya existencia y cuyo carácter vinculante no pueden ser subordinados a la producción de sus leyes de actuación sin con ello admitir, como ha escrito Michelangelo Bovero, en contradicción con la jerarquía de las fuentes, el poder del legislador de hacer vana, abrogar o de cualquier modo derogar la constitución, ocultando así sus violaciones[8].

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

Por el contrario, como ha enseñado Kelsen, puesto que en un sistema nomodinámico la existencia de las normas está ligada al hecho empírico, esto es, al acto de su producción y, por otra parte, la de susceptible de violación es una condición de sentido de cualquier norma, es muy posible que, dado un derecho social expresado por una norma constitucional, *no exista* —aun cuando debería existir como su implicación— la obligación o la prohibición correspondiente, a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preverlas; del mismo modo que es muy posible que, dado un derecho de libertad establecido por la constitución, *exista* —aunque no debería existir porque estaría en contradicción con él— la prohibición del comportamiento que es ejercicio de tal derecho, a causa de la (indebida) existencia de la norma que lo prevé. En síntesis, es posible, incluso inevitable por la virtual divergencia entre normas y hechos, que el derecho vigente sea constitucionalmente ilegítimo en cuanto viciado por *lagunas* y *antinomias*. La tesis opuesta, según la cual, en ausencia de garantías, un derecho, aun positivamente establecido, nô existe, es el fruto de una falacia realista —la identificación del «ser» del derecho con su «deber ser», de su efectividad con su legitimidad— paralela y análoga a la tesis según la cual una norma en contradicción con otra supraordenada a ella es válida solo porque existe.

El vicio más grave, repito, es el de las lagunas, dado que estas, a diferencia de las antinomias, no son reparables mediante garantías secundarias idóneas para actuar la obligación de introducir las garantías primarias. Pero esta es, precisamente, la obligación cuya observancia impone al legislador el principio de implicación entre expectativas y deberes correspondientes, expresado en el hexágono deóntico, y que integra la *garantía constitucional primaria positiva* de los derechos constitucionalmente establecidos[9]. Se trata de una *garantía débil*, es decir, de la obligación del legislador de introducir las *garantías fuertes* constituidas por las garantías *primarias* y *secundarias* correspondientes al derecho fundamental constitucionalmente establecido. Pero es precisamente

9. Así pues, no es cierto que, como escribe R. Guastini, «Tres problemas», cit., pp. 57-58, la falta de garantías legislativas primarias y secundarias equivalga a la ausencia de cualquier obligación correlativa a tales derechos, de manera que haya que abandonar la definición de 'derecho subjetivo' como expectativa a la que corresponde un deber, o bien negar la existencia del derecho aun constitucionalmente establecido. Esta obligación existe: es la de introducir las garantías legislativas correspondientes a los derechos establecidos, como, por ejemplo, el derecho a la salud, que es la primera obligación de la cadena de los actos y de las obligaciones que se concluye con la obligación de la concreta prestación sanitaria.

la producción de estas leyes garantistas de actuación lo que constituye el principal cometido de la política y se identifica con la construcción de la democracia, impuesta por las cartas constitucionales e internacionales de los derechos a todas las demás fuentes del ordenamiento.

Así hemos llegado a una tesis central en la teoría del garantismo constitucional: la obligación, implicada e impuesta por la estructura en grados de los ordenamientos complejos como son los dotados de cartas constitucionales, de introducir tanto las garantías primarias como las garantías secundarias de los derechos fundamentales establecidos en ellas. Precisamente, las garantías primarias (o, mejor, la obligación de introducirlas), como se ha dicho en los § 1.5, 2.9 y 3.2, están implicadas lógicamente e impuestas jurídicamente por las normas que disponen esas expectativas positivas o negativas que son los derechos fundamentales. Las garantías secundarias (o, mejor, la obligación de introducirlas) según se ha dicho en el § 2.4, están implicadas lógicamente e impuestas jurídicamente por las normas que predisponen esas expectativas positivas que son la anulabilidad de los primeros y la responsabilidad por los segundos, como efectos de los actos inválidos y de los actos ilícitos[10].

De este modo se manifiesta el nexo entre las dos dimensiones del derecho, la dinámica o formal y la estática o sustancial, una como instrumento de la otra, ambas requeridas por el paradigma constitucional. Si la dimensión dinámica de la legislación está subordinada a la estática dictada por las cartas constitucionales o internacionales de derechos, la dimensión estática tiene a su vez necesidad de la dimensión dinámica, es decir, de la actuación legislativa de los derechos fundamentales y de los demás principios de justicia sustancial constitucionalmente establecidos a través de la introducción de sus garantías y de sus funciones e instituciones de garantía, llamativamente ausentes en el derecho internacional, en lo que, como se verá en la segunda parte, consiste la construcción de la democracia en sus varias dimensiones y en sus distintos niveles.

4.4. *La creciente divergencia entre el deber ser constitucional y el ser efectivo del derecho. La doble crisis del principio de legalidad, tanto formal como sustancial: la derrota tanto de Antígona como de Creonte.* Antinomias y lagunas muestran como la composición constitucional ilustra-

10. De aquí la expresión «constitucionalismo lógico» con que Paolo Di Lucia y Lorenzo Passerini Glazel han evidenciado el carácter lógico, además de normativo, de las relaciones de no contradicción y de implicación entre derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y normas de nivel infraconstitucional («Non sola auctoritas facit legem. Il costituzionalismo logico di Luigi Ferrajoli», en L. Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto*, cit., pp. IX-XXIV).

da en el § 4.1, entre ley de la razón y ley de la voluntad, entre Antígona y Creonte, no ha resuelto en modo alguno su conflicto, sino que, por el contrario, lo ha ampliado. El punto de vista de Antígona, debido al crecimiento de las antinomias y de las lagunas, se ha radicalizado. Ya no es, solamente, el punto de vista externo, el político y moral, crítico y proyectivo frente a la posible injusticia del derecho positivo y a los límites de su mismo deber ser constitucional. Es también el punto de vista crítico o proyectivo interno, el constitucional, que se expresa en la contestación de las antinomias y de las lagunas, es decir, de las violaciones, por acción o por omisión, de las promesas constitucionales por parte del legislador. Pero, sobre todo, es hoy el punto de vista crítico y proyectivo interno al derecho internacional, cuyas convenciones en materia de paz y de derechos fundamentales han permanecido hasta ahora inefectivas por la casi total ausencia de garantías adecuadas y de las correspondientes instituciones de garantía.

Con la transformación de muchas de las leyes de razón en normas constitucionales de derecho positivo, ciertamente, la divergencia entre justicia y derecho se ha reducido, al menos dentro de las actuales democracias constitucionales. Pero, de hecho, la divergencia entre el deber ser constitucional y el ser efectivo del derecho ha vuelto a reabrirse y a ampliarse en muchos aspectos: por las violaciones masivas de la legalidad constitucional; por el desorden de la propia legislación ordinaria; por el desarrollo de nuevas, masacrantes agresiones a los derechos humanos y al medio ambiente natural por obra de los poderes globales salvajes; en fin, por la creciente asimetría entre la potencia de los nuevos soberanos globales —políticos, económicos y financieros— y la ausencia o la impotencia de los contrapoderes garantistas. Han entrado en crisis tanto la «ley de la voluntad» como la «ley de la razón», tanto el principio de legalidad formal como el principio de legalidad sustancial, tanto la que en la segunda parte calificaré de dimensión formal de la democracia, como la que ahora llamaré dimensión sustancial. En síntesis, tanto Creonte como Antígona han sido derrotados.

Sobre todo, ha sido derrotado Creonte al haber entrado en crisis la capacidad reguladora de las leyes y con ella la que podemos llamar dimensión formal de la legalidad y de la democracia. Las causas políticas de la crisis serán analizadas en la segunda parte. Aquí ilustraré sumariamente la fenomenología de la crisis tal como se manifiesta en cuatro derivas del principio de legalidad formal. La primera deriva es de carácter cuantitativo. Consiste en la sobreproducción legislativa: las leyes estatales y regionales se cuentan ya, en Italia, por decenas de miles, al extremo de que hasta en materia penal la Corte Constitucional, en su

sentencia n.º 364/1988, debió archivar, como falto de realismo, el clásico principio de que la *ignorantia legis* no excusa. La segunda deriva es de carácter cualitativo. Consiste en el desorden del lenguaje de los textos legislativos, provocado por su creciente vaguedad, oscuridad, tortuosidad y en ocasiones contradictoriedad, por sus intrincados laberintos normativos, por los innumerables reenvíos, a veces descoordinados, en los que se extravía cualquier intérprete y, por otra parte, por la prevalencia de las leyes-acto sobre las leyes consistentes en normas. El resultado es una legalidad pletórica, incoherente y confusa que abre ilimitados espacios al arbitrio de los jueces, minando la legitimación y la credibilidad tanto de la legislación como de la jurisdicción, tanto del poder político como del poder judicial. La tercera y más grave deriva consiste en la complicación del sistema de las fuentes, ya no solo estatales, sino también supraestatales, desarrollado en ausencia de una estructura jerárquica unitaria y compartida[11]. En fin, la cuarta deriva consiste en el debilitamiento en las relaciones internacionales de mercado, de la forma pública de la normación heterónoma, general y abstracta, sustituida por las formas privatistas del contrato, es decir, de la autonomía incontrolada de los mismos poderes económicos y financieros, obviamente solo preocupados por sus particulares intereses y no por los públicos y generales[12]. El resultado es un sistema jurídico caracterizado por la inconsistencia y el desorden de las fuentes que justifica su descali-

11. Sobre la incertidumbre normativa consecuencia del actual desorden de las fuentes que, obviamente, incrementa la discrecionalidad judicial, véase el importante fascículo cuidado por T. Mazzarese, «Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali», monográfico de *Diritto & questioni pubbliche* 1 (2017), pp. 5-139 y, en particular, Íd., «Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale», *ibid.*, pp. 7-12; Íd., «La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto», *ibid.*, pp. 109-137; B. Pastore, «Sul disordine delle fonti del diritto (inter) nazionale», *ibid.*, pp. 13-30; P. Parolari, «Tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il 'dialogo tra le corti' nel disordine delle fonti», *ibid.*, pp. 31-58; A. Rossetti, «La Corte interamericana y el sistema regional de proteccion de los derechos humanos. Surgimento, importancia y perspectivas en el mundo globalizado actual», *ibid.*, pp. 59-83; G. Itzcovich, «Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell'unione economica e monetaria europea», *ibid*, pp. 87-107; A. Morrone, *Fonti normative*, il Mulino, Bolonia, 2018; T. Mazzarese, «Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine»: *Lo Stato* 12 (2019), pp. 461-476.

12. Véanse los estudios de M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bolonia, 2000; Íd., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bolonia, 2002; Íd., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006: Íd., *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bolonia, 2010; Íd., *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

ficación como «desordenamiento»[13] y no «ordenamiento», y por el sustancial desvanecimiento de la heteronomía del derecho, o sea, del modelo del «estado de derecho», en los comportamientos de los poderes políticos y sobre todo de los grandes poderes económicos en el mercado global.

Se entiende que semejante crisis del principio de legalidad formal se resuelva, no solo en un debilitamiento de las funciones de gobierno y con ello de la dimensión política de la democracia, sino también en una crisis del estado de derecho. En efecto, solo una legalidad consistente, con expresión en leyes claras y unívocas y producida por un sistema de fuentes compartido, es capaz de vincular a sus destinatarios. En particular, solo la estricta legalidad penal puede garantizar el principio de sujeción de los jueces a la ley y, por consiguiente, la verificabilidad de las hipótesis acusatorias en el proceso penal. Una legalidad desordenada crea, inevitablemente, espacios indebidos de discrecionalidad judicial y administrativa. Por eso, el único modo de que disponen los gobiernos para subordinar a administradores, jueces y mercados a la ley, esto es, a su voluntad política, es producir leyes claras y precisas, tal vez recurriendo, como se dirá en el § 5.5, a su codificación sistemática en un número limitado de leyes orgánicas.

Pero es Antígona, sobre todo, la que ha sido derrotada. Lo ha sido por la crisis de la legalidad formal, a la que se ha sumado la crisis de la legalidad constitucional y por eso de la dimensión sustancial tanto de la legalidad como de la democracia. Esta crisis de la dimensión sustancial, a diferencia de la de la dimensión formal, se deriva no de un exceso, sino de un defecto de normas, no de una legalidad inflacionaria, sino de un vacío de legalidad. Se sigue, en primer lugar, de los procesos de desregulación y deslegificación en el interior de los ordenamientos estatales. En los últimos treinta años se ha desarrollado un proceso deconstituyente, con manifestación en la restricción del estado social, en los recortes a la educación y la sanidad pública, en la privatización de muchos servicios públicos consistentes a veces en funciones de garantía primaria o en la demolición de los derechos de los trabajadores generada por la multiplicación de los tipos de relación de trabajo y por su creciente precariedad. Se sigue, en segundo lugar, de la eliminación de los principios constitucionales del planeamiento político y de la sustitución del orden del derecho y de las constituciones por el orden del mercado, y de la razón social de la garantía de los derechos fundamentales por las

13. La expresión es de G. Itzcovich, «Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale»: *Diritto pubblico* 9 (2005), pp. 749 ss.; Íd., «Disordinamento giuridico», cit.

razones del beneficio y del crecimiento del PNB: a causa del carácter global de la economía y del capital financiero, y del carácter siempre prevalentemente estatal y territorial de los poderes públicos, la política resulta impotente en sus funciones de gobierno y el derecho se hace ineficaz en sus funciones de garantía. Se sigue, en tercer lugar, del desvanecimiento de la soberanía de los estados, en los que el paradigma constitucional tuvo su primera realización histórica, y del desarrollo de poderes salvajes extra- o supraestatales, públicos y sobre todo privados que, en ausencia de un garantismo constitucional a su altura, están provocando el desmantelamiento del estado social, la devastación irreversible del medio ambiente, el *apartheid* mundial de un cuarto del género humano, y la muerte cada año —por falta de alimentos, por enfermedades tratables y no tratadas, y por omisión de socorro— de millones de personas, solo culpables de su hambre y de su miseria.

Las nuevas Antígonas se llaman hoy Greta Thunberg, Carole Rackete, Olga Misik y Ebru Timtik, que ponen al descubierto la pérdida de la razón y del sentido moral tanto de la política como de la economía: con la denuncia del fin inminente de la habitabilidad del planeta, de no frenarse el calentamiento global; con la desobediencia civil a la obtusa inmoralidad de los decretos que penalizan el salvamento de los náufragos en el mar; con la protesta en Rusia, en nombre de la Constitución, contra las ilegalidades y las medidas liberticidas de los gobiernos; con las huelgas de hambre, hasta la muerte, llevadas a cabo en Turquía contra los procesos farsa a los disidentes. El auténtico problema que amenaza nuestro futuro es esta pérdida de la razón. El actual desarrollo de los poderes salvajes y globales en un mundo cada vez más frágil, económicamente integrado, pero políticamente dividido, equivale simplemente a la ausencia de cualquier racionalidad que no sea la de la ley del más fuerte.

4.5. *Las tesis escépticas acerca de la cuestión de si es posible un constitucionalismo más allá del estado.* Hace algunos años, Gaetano Azzariti publicó un libro titulado *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*[14]. Y respondió a esta inquietante pregunta enumerando los múltiples peligros para su futuro, ligados al desvanecimiento de sus presupuestos sociales y culturales: los procesos de mundialización de la economía, el declive de los derechos fundamentales en el horizonte de la política, la ausencia de sujetos sociales y políticos capaces de sostener luchas

14. G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno puo sopravivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

exitosas en defensa de los derechos, el desencanto de la cultura jurídica y política, la propensión de muchos juristas a eliminar la dimensión normativa del derecho, la consiguiente pérdida de la vitalidad original del derecho constitucional encaminado a convertirse en un «derecho débil». Está, además, el peligro más grave de todos para el futuro del constitucionalismo y de la democracia, de la paz y de la misma habitabilidad del planeta: la asimetría, generada por la globalización, entre el carácter global de los poderes políticos y económicos que cuentan y de los desafíos y las emergencias que pesan sobre nuestro futuro, y el carácter todavía prevalentemente local de las funciones públicas, tanto de gobierno como de garantía, reducidas a la impotencia y a la sustancial subalternidad a las razones del mercado.

Por otra parte, en el debate teórico actual prevalece la tesis escéptica, opuesta a la hipótesis aquí avanzada, en orden al posible cambio del constitucionalismo en sentido cosmopolita: la tesis que identifica el paradigma teórico del estado de derecho y de la democracia constitucional con las estructuras históricas del estado nacional. Recordaré la orientación escéptica más difundida acerca de la posibilidad de una democracia constitucional de nivel global: esa según la cual esta hipótesis estaría viciada por la falacia de la *domestic analogy*[15]. Cualquier diseño del orden internacional modelado sobre los principios y las estructuras de las actuales democracias constitucionales estatales, sería irrealista y falaz, y por eso destinado al fracaso. Es la crítica dirigida por varios autores, entre ellos, en Italia, Danilo Zolo[16], al proyecto cosmopolita diseñado por Immanuel Kant[17], propuesto de nuevo por Hans

15. La expresión fue acuñada por Hedley Bull, *La società anarchica. L'ordine nella politica mondiale* [1977], trad. it. de S. Procacci, Vita e Pensiero, Milán, 2005, p. 60 [trad. cast. de I. Martín Cortés, *La sociedad anárquica: un estudio sobre el orden de la política mundial*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2005].

16. D. Zolo, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, trad. cast. de R. Grasa y F. Serra, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000, cap. 4, en particular § 3, pp. 147 ss.; Íd., *Globalizzazione. Una mappa dei problema*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 71 [trad. cast. de M. Montes, *Globalización. Un mapa de los problemas*, Editorial Mensajero, Bilbao, 2006]; Íd., *L'alito della libertà. Su Bobbio*, Feltrinelli, Milán, 2008, pp. 97 y 107.

17. La formulación más ilustre de la *domestic analogy* se remonta como es sabido a I. Kant, «En torno al tópico», cit., pp. 56-57: «Así como la general violencia, y la necesidad resultante de ella, terminaron haciendo que un pueblo decidiese someterse a la coacción que la razón misma le prescribe como medio, esto es, someterse a las leyes públicas e ingresar en una constitución *civil*, también la necesidad resultante de las continuas guerras con que los estados tratan una y otra vez de menguarse o sojuzgarse entre sí ha de llevarlos finalmente, incluso contra su voluntad, a ingresar en una constitución cosmopolita», es decir, en «una situación jurídica de *federación* con arreglo a un *derecho internacional* comunitariamente pactado».

Kelsen[18] y por Norberto Bobbio[19], sobre la base de la analogía entre la sociedad desregulada del estado de naturaleza y la anarquía de las relaciones internacionales entre estados soberanos, ya puesta de relieve por Hobbes, Locke, Kant y Hegel[20]. Según esta crítica, faltarían a esca-

18. «No puede haber duda de que la solución ideal del problema de la organización mundial como el problema de la paz mundial es la creación de un Estado Federal Mundial compuesto de todas o del mayor número de naciones posible [...] La sugerencia de conseguir la paz internacional mediante un Estado mundial se basa en la supuesta analogía entre un Estado mundial y el Estado nacional mediante el cual se consigue tan eficazmente la paz nacional» (H. Kelsen, *La paz por medio del derecho*, trad. cast. de L. Echávarri, introd. de M. La Torre y C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, pp. 40-41). La misma perspectiva fue avanzada por Kelsen en *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo por una dottrina pura del diritto* [1920], ed. de A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989, § 52-55, pp. 355-402.

19. «Para el pacifismo jurídico el remedio por excelencia es la institución del Superestado o Estado mundial [...] El razonamiento sobre el que se asienta esta teoría es de una sencillez y de una eficacia ejemplares: del mismo modo que a los hombres, en el estado natural, les han sido necesarias, primero la renuncia por parte de todos al uso individual de la fuerza, y luego la atribución de la fuerza de todos a un poder único destinado a convertirse en detentador del monopolio de la fuerza, asimismo a los estados caídos nuevamente en el estado natural a través del sistema de relaciones amenazadoras y precarias que se ha denominado equilibrio del terror, les es necesario cumplir un paso análogo desde la situación actual de pluralismo de centros de poder [...] a la fase de concentración de poder en un órgano nuevo y supremo que posea en relación con los estados individuales el mismo monopolio de la fuerza que tiene el estado en relación con los individuos» (N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz* [1966], trad. cast. de L. D. Torres, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 80-81).

20. T. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. 13, pp.198-109: «Pero aunque no hubiese habido ninguna época en la que los individuos estaban en una situación de guerra de todos contra todos, es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana están, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose con sus armas, mirándose fijamente, es decir, con sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espiando a sus vecinos constantemente, en una actitud belicosa». Véase también *ibid.*, cap. 21, p. 177: «Pues igual que entre los hombres a quienes les falta un amo y señor hay una guerra perpetua de cada uno contra su vecino, no hay herencia que pueda legarse a los hijos ni que pueda esperarse del padre, no hay propiedad de bienes y tierras, no hay seguridad, y tiene lugar una libertad absoluta en cada individuo, así también en los estados y repúblicas que no dependen mutuamente de otros, es cada estado, y no cada hombre, el que tiene una absoluta libertad para hacer lo que desee, es decir, lo que el hombre o asamblea de hombres que lo representa juzgue como lo más conducente al logro de su propio beneficio». De forma análoga Locke: «como todos los príncipes y jefes de los gobiernos independientes del mundo entero se encuentran en un estado de naturaleza, es obvio que nunca faltaron en el mundo, ni nunca faltarán hombres que se hallen en tal estado» (*Segundo tratado*, cit., cap. 2, § 14, p. 44). E.-J. Sieyès, *¿Qué es el tercer estado?* [1788], Alianza, Madrid, 1989, cap. V, p. 149, retoma la misma tesis: «Las naciones de la tierra deben concebirse como individuos fuera de toda relación social

la planetaria algunos presupuestos esenciales del desarrollo de la democracia y del estado de derecho, presentes en los ordenamientos estatales —como la existencia de un pueblo mundial y de una sociedad civil planetaria, así como de una opinión pública global y de partidos supranacionales—, en ausencia de los cuales resultaría imposible un constitucionalismo cosmopolita y un garantismo constitucional de carácter global.

A mi juicio, esta tesis es inaceptable. En primer lugar, porque da por supuesta la perfecta analogía entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos estatales que está en la base, esta sí, de la idea, viciada por la falacia doméstica, de que no existe otro tipo de institución política susceptible de ser sujeta a vínculos constitucionales que no sea el estado nacional; cuando esa analogía, aun imperfecta, es solo una confirmación inductiva de la validez de la tesis teórica, avalada por la experiencia histórica de los estados nacionales más avanzados, de que el derecho es el principal instrumento racional de solución y civilización de los conflictos y la única alternativa realista a la guerra y a la ley del más fuerte. En suma, incurren en la falacia de la llamada *domestic analogy* precisamente aquellos que consideran inverosímil la perspectiva de un constitucionalismo global solo porque, como escribe Hedley Bull, las «características únicas» de la comunidad de los estados no reproducen las de las sociedades nacionales y sus ordenamientos estatales[21].

o, como se dice, en estado natural. El ejercicio de su voluntad es libre e independiente de toda forma civil». Después lo hará Kant, *La paz perpetua* [1795], trad. cast. de J. Abellán, presentación de A. Truyol Serra, Tecnos, Madrid, 1985, «Segundo artículo definitivo para la paz perpetua», pp. 25-26: «Los estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes), y formar un *Estado de pueblos* (*civitas Gentium*) que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra». Recuérdese, en fin, la análoga caracterización de las relaciones entre estados soberanos como «estado de naturaleza» debida a Hegel: «como su soberanía es el principio de sus relaciones, los estados se encuentran en cierto sentido en estado de naturaleza [...] Un conflicto entre estados, por tanto, solo puede resolverse si las voluntades particulares no se ponen de acuerdo, mediante la guerra» (*Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*, ed. de J. Abellán, con la colaboración de C. A. Lemke, Tecnos, Madrid, 2017, 1988, § 333-334, p. 335).

21. H. Bull, *La società anarchica*, cit., p. 56. Se trata de una nueva, singular versión del monismo estatal de corte hegeliano. El derecho internacional no podría aspirar a constituirse como ordenamiento jurídico constitucional y universalmente vinculante solo porque no tiene ni podrá tener los caracteres históricos del derecho estatal —un gobierno central representativo, un pueblo dotado de identidad nacional, un sistema unitario de fuentes y de normas— concebido, no es claro por qué, como el único derecho que puede ser modelado según el paradigma constitucional.

En segundo lugar, este anclaje del paradigma constitucional a la existencia y la voluntad de un *demos* dotado de identidad nacional refleja la concepción schmittiana de la constitución recordada en el § 3.10 y la identitaria del pueblo —también sostenida por Schmitt, según se verá en los § 5.4 y 6.2— como entidad homogénea dotada de voluntad unitaria, y no como pluralidad de individuos diferentes y desiguales unidos por la igualdad en los derechos fundamentales. Es una idea generalmente sostenida por las tesis escépticas unida a la confusión de legitimidad y efectividad de las constituciones. En su base está la falacia realista consistente en la asunción de la inefectividad de los derechos fundamentales, innegable a escala internacional, como su desmentido y como prueba del carácter utópico de sus garantías: una falacia que remite también, no menos que la confusión de paradigma constitucional y estatalismo nacionalista, a la ya recordada concepción de la constitución como expresión orgánica de la voluntad y de la unidad del pueblo, cuya legitimidad provendría, precisamente, de su efectividad ligada a su vez al consenso popular.

Legitimidad y efectividad son, en cambio, nociones rigurosamente distintas. La legitimidad democrática de una constitución, según resulta de las condiciones contrafácticas aquí estipuladas, en el § 3.10, en su definición, depende de su papel de garantía de los derechos fundamentales y, por su cauce, de la igualdad. Una constitución es legítima no porque nadie está excluido de su estipulación, sino porque en ella está pactada la no exclusión de nadie; no porque querida por todos, sino porque garantiza a todos; no porque los derechos establecidos en ella sean o deban ser universalmente compartidos, lo que es falso en el plano empírico e iliberal en el plano político, sino porque tales derechos son conferidos universalmente a todos. Por eso, como se verá en el capítulo octavo, el paradigma constitucional, justamente al contrario de lo que sostienen las tesis estatalistas y nacionalistas, podrá alcanzar su forma más coherente y completa, adverando el universalismo de los derechos fundamentales, precisamente con su ampliación a escala global, es decir, con la construcción de funciones y de instituciones globales de garantía capaces por sí solas de tutelar las diferencias y de reducir las desigualdades de todos los seres humanos y de obtener así un consenso tan general como sea posible; que es también, como se verá, la única respuesta realista y racional al desafío lanzado a la razón por la globalización de la economía y los paralelos procesos deconstituyentes de la esfera pública en el interior de nuestras democracias.

4.6. *La crisis de los estados nacionales y del constitucionalismo estatal. La posibilidad, la obligatoriedad, la necesidad y la urgencia de un tercer cambio de paradigma. Tres necesarias expansiones del garantismo constitucional.* Los peligros para el futuro del constitucionalismo señalados al comienzo del parágrafo precedente no permiten, es cierto, ningún optimismo. Sin embargo, si no se quiere ocultar las responsabilidades de la política o legitimar su inercia y su ineptitud, no deben confundirse las dificultades generadas por intereses de parte o por miopía política con una imposibilidad de carácter teórico.

Por eso, la cuestión teórica que hay que afrontar es si la crisis actual afecta al paradigma constitucional en cuanto tal, o bien, como sostendré, solamente a la institución estatal en la que este se ha realizado históricamente; si el nexo entre estado nacional y democracia es un nexo necesario, de manera que hay que resignarse al declive de la democracia como consecuencia del declinar del estado nacional, o, en cambio, es posible poner en marcha un proceso de refundación de las formas de la democracia a la altura de la que Jürgen Habermas ha llamado una «política interior del mundo»[22]; en síntesis, si estamos en condiciones de prefigurar un constitucionalismo global y una democracia más allá del estado, o bien habrá que archivar la idea misma de democracia y de estado de derecho como una breve experiencia del siglo pasado[23].

22. La expresión «política interior del mundo» ha sido usada por Jürgen Habermas: «Con el fin del equilibrio del terror parece que en el plano de la política internacional de la seguridad y de los derechos humanos se haya abierto —no obstante todos los contragolpes— una perspectiva para la que C. F. von Weizsäcker definió como 'política interna del mundo' [*Weltinnenpolitk*]» (*L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* [1996], trad. it. de L. Ceppa, Feltrinelli, Milán, 1998, p. 139 [trad. cast. de J. C. Velasco y G. Vilar, *La inclusión del otro*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1999]). La expresión ha sido recogida por Habermas, *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democracia* [2004], trad. it. de M. Carpitella, Laterza, Roma-Bari, 2005, cap. VII, pp. 130-134 [trad. cast., de P. Fabra Abat, D. Gamper Sachse y L. Pérez Díaz, *La constelación postnacional: ensayos políticos*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000], después por L. Bonanate, «2001: la politica interna del mondo»: *Teoria politica* 1 (2001), pp. 20-21, e Íd., *La politica internazionale tra terrorismo e guerra*, Laterza, Roma-Bari, 2004, caps. II y III.

23. Sobre la cuestión, remito a mis «Democrazia senza stato?», en *Ripensare lo Stato*, ed. de S. Labriola, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 199-213; «Costituzione e globalizzazione», en *Il futuro di Norberto Bobbio*, ed. de M. Bovero, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 118-133, y *Constitucionalismo más allá del estado*, cit. Sobre la expresión «constitucionalismo global», usada para designar, en vez de la hipótesis de una democracia constitucional cosmopolita, la difusión a escala mundial del modelo del estado constitucional de derecho y los elementos de convergencia de las cartas constitucionales más avanzadas en la previsión de un número creciente de derechos, véase T. Groppi, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, il Mulino, Bolonia, 2020, pp. 33-34, 159, 229 y 362.

Indudablemente, la actual crisis del estado nacional es radical e irreversible. De «crisis del estado» se habla hace más de un siglo[24]. En la literatura que se le ha dedicado, la crisis ha sido caracterizada en ocasiones bajo innumerables aspectos, tantos como son los rasgos comúnmente asociados a la palabra «estado»: como crisis del estado liberal, del estado social, del estado representativo, del estado de derecho, del estado nacional, del estado soberano. Hasta el punto de que parece que la crisis hubiera sido siempre una connotación del estado. Sin embargo, la crisis actual carece de precedentes. Se refiere a todas las características del estado que acaban de relacionarse: el estado nacional soberano y la primacía de sus decisiones políticas; el estado de derecho, es decir, el principio de legalidad, con referencia tanto a la legalidad ordinaria como a la constitucional; el estado representativo, por el progresivo vaciamiento de la representatividad de sus órganos políticos; el estado social por la caída de su papel de garantía de los derechos sociales y del trabajo. Sobre todo, con la deslocalización fuera de las fronteras estatales de los más relevantes poderes políticos y económicos, han saltado —o al menos se han debilitado, y están destinados a resultar cada vez más débiles— los nexos entre democracia y pueblo y entre poderes decisionales y estado de derecho, tradicionalmente mediados, el primero por la representación política, y el segundo por la primacía de la ley estatal, por la garantía de los derechos y por la separación de poderes. En un mundo de soberanías desiguales y de creciente interdependencia ha dejado de ser cierto que las decisiones más importantes correspondan a poderes directa o indirectamente representativos y estén sometidas al control jurisdiccional de legitimidad constitucional. En efecto, pues ha sucedido que el estado —luego de haber sido exportado a todo el mundo y de haber alcanzado, en los países avanzados, el máximo perfeccionamiento democrático en las formas garantistas del estado constitucional de derecho— ha perdido gran parte de sus funciones de gobierno, transferidas fuera de sus confines, y también de sus funciones de garantía, que no han sido heredadas por otras instituciones de ámbito supranacional.

Se entiende así por qué, de no desarrollarse un constitucionalismo más allá del estado, la crisis irreversible de la soberanía del estado nacional genera hoy el riesgo de llevarse por delante a la democracia constitucional, a causa de los procesos deconstituyentes que, como se verá mejor en la segunda parte, afectan a sus dos dimensiones. De un lado,

24. Recuérdese el célebre ensayo de Santi Romano, «Lo Stato moderno e la sua crisi» [1909], en Íd., *Scritti minori*, ed. de G. Zanobini, *Diritto costituzionale*, vol I, Giuffrè, Milán, 1950, pp. 311-325.

el progresivo vaciamiento del papel de gobierno de la política en relación con la economía, hasta la conversión en su contrario y, con ello, la reducción de la dimensión formal y representativa de la democracia; de otro, el progresivo ocaso de los derechos fundamentales y del principio de igualdad del horizonte de la práctica de gobierno, con la consiguiente erosión del estado de derecho y de la dimensión sustancial de la democracia. En la época de la globalización, el futuro de cada país y, sobre todo, el de los países pobres, depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas: de las políticas de las mayores potencias y de las instituciones internacionales controladas por ellas —el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, los G8, los G20 o los G4— así como por las grandes empresas multinacionales, que obviamente ignoran los vínculos constitucionales. En apoyo de la crisis y de los poderes generados por ella se han desarrollado dos potentes ideologías de legitimación que se reclaman la una a los valores de la libertad y la otra a los de la democracia, pero que están unidas por una misma vocación anticonstitucional: la ideología liberista que da sostén a la ausencia de límites a los poderes privados de los mercados, concebidos como libertades, y la ideología populista que lo hace a la ausencia de límites a los poderes públicos de la política, identificados a su vez con la voluntad popular concebida como el único fundamento de la democracia. Sin contar la ideología realista, repetidamente expresada por quienes mantienen el orden existente que, según estos, carece de alternativas.

Pues bien, la tesis que sostendré es que, en el orden teórico, de no compartirse estas ideologías, no hay nada que se oponga al desarrollo de un constitucionalismo más allá del estado. Debido a su carácter formal, el paradigma constitucional puede extenderse a cualquier sistema jurídico y limitar las naturales vocaciones absolutistas de cualquier poder. En efecto, pues consiste en una estructura multinivel que permite a las normas de nivel superior la imposición de límites y vínculos a las normas de nivel inferior. Equivale, pues, a una sintaxis lógica, que admite cualquier contenido. «En el molde de la legalidad», escribió Piero Calamandrei, «se puede vaciar oro o plomo»[25]. Este es el sentido del carácter formal del principio de legalidad constitucional: que no designa ningún contenido, sino solo la lógica del derecho, es decir, la normatividad lógica además de jurídica de las normas supraordenadas, cualesquiera que sean los principios contenidos en ellas, en relación con las normas y, más en general, con las prescripciones subordinadas, con in-

25. P. Calamandrei, Prefacio a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 65.

dependencia de los tipos de poder que las hayan producido. Como se ha dicho en la Introducción y luego en el § 1.2, las relaciones de grado entre normas de distinto nivel son relaciones lógicas y no solo normativas. Me refiero a la no contradicción entre normas constitucionales y normas legislativas y entre normas legales y prescripciones infralegales y, por otra parte, las implicaciones entre expectativas negativas o positivas en las que consisten los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y las situaciones activas correspondientes, en virtud de las cuales la observancia de las primeras, al margen de su contenido, es una condición de la legitimidad de las segundas.

Pero la expansión del paradigma constitucional a escala global no es solo posible. Es, por un lado, jurídicamente debida y, por otro, realista y racionalmente necesaria y urgente. Es, en primer lugar, jurídicamente debida, es decir, impuesta por las constituciones nacionales y por el embrión de constitución global formado por la Carta de la ONU y las distintas cartas internacionales de derechos: si tomamos en serio estas cartas y los derechos establecidos en ellas, la construcción de una esfera pública global capaz de garantizar, de forma universal, las expectativas positivas y negativas de carácter universal en las que consisten los derechos no es una opción política facultativa, sino una obligación implicada e impuesta por tales expectativas.

En segundo lugar, la alternativa de la expansión más allá del estado del paradigma constitucional está requerida, con absoluta necesidad y urgencia, por los cambios producidos, sobre todo en estos últimos años, en las relaciones internacionales y en las relaciones del hombre con la naturaleza. Estamos asistiendo a un crecimiento llamativo de las desigualdades y de la pobreza, a un retorno de la guerra con armas cada vez más mortíferas como instrumento de solución de las controversias internacionales y, sobre todo, a un desarrollo industrial ecológicamente insostenible que está provocando terribles pandemias y catástrofes ambientales irreversibles. En suma, el nexo entre derecho y democracia se está haciendo tanto más estrecho y necesario cuanto más se debilitan los constitucionalismos nacionales y crece la jungla de los poderes globales, desregulados y salvajes, que solo un garantismo constitucional más allá del estado sería capaz de domesticar.

Así pues, el garantismo constitucional, gracias a su carácter formal, es un modelo teórico aplicable a cualquier sistema jurídico. Puede operar como conjunto de límites y vínculos a cualquier poder y en garantía de cualquier expectativa estipulada como fundamental. Por el contrario, «estado» es solo el nombre de la institución política históricamente más importante, ligada a una determinada fase del desarrollo histó-

rico de los sistemas políticos. Entretanto, otras instituciones políticas, como la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Europea, se han situado junto a los estados nacionales como igualmente originarias y tendencialmente constitucionales en cuanto dotadas de constituciones —la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Pactos sobre los Derechos de 1966, los Tratados instituyentes y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, a través de las normas de competencia de sus órganos y de los principios y los derechos fundamentales establecidos en ellas, dictan sus normas de reconocimiento y su razón social—.

El término «estado» pertenece a la dogmática del derecho público, y no a la teoría del derecho, a la que sí pertenece, en cambio, la noción formal de *institución política originaria*, definible como institución producida por un acto constituyente y caracterizada, como todas las demás instituciones, por su artificialidad y, a diferencia de todas las otras, por su carácter originario. Si acaso, en el plano teórico, el fundamento axiológico de un constitucionalismo más allá del estado, capaz de superar las actuales aporías del garantismo constitucional, es todavía más pertinente y necesario que el del propio constitucionalismo estatal. Por dos razones: porque en la actual época de la globalización las amenazas más graves para la democracia, la paz y la misma habitabilidad del planeta provienen, como se verá en la segunda parte de este libro, precisamente de los poderes salvajes de los estados y, más aún, de los mercados; y porque un constitucionalismo global como el ya diseñado por el principio de la paz y por los derechos humanos establecidos en tantas cartas internacionales es bastante más coherente que los diversos constitucionalismos nacionales con el universalismo de tales derechos y con los principios de igualdad y dignidad de las personas.

En efecto, estamos viviendo una incierta fase de transición, marcada por la confusa superposición de múltiples ordenamientos supranacionales a los ordenamientos estatales y por la falta de desarrollo de un nuevo sistema de fuentes coherente y compartido, que se corresponde con la crisis de soberanía de los estados. El resultado de la crisis es imprevisible. Dada la inercia y la irresponsabilidad de la política, de ella podría seguirse la quiebra de las democracias y de la paz, bajo la enseña del predominio de los poderes de los mercados y de los estados más fuertes. Pero de, prevalecer la razón, de ella podría también seguirse la expansión del paradigma del garantismo constitucional en relación con esos poderes. Precisamente en tres direcciones, que ilustraré en las páginas que siguen: *a*) en dirección a un *constitucionalismo de derecho privado*, a la altura de los actuales poderes económicos, añadido al ex-

clusivamente de derecho público que hoy existe; *b*) en dirección a un *constitucionalismo de los bienes fundamentales*, añadido al actual constitucionalismo de solo los derechos fundamentales; *c*) en dirección a un *constitucionalismo supraestatal*, añadido al únicamente estatal. Son tres expansiones que imponen la refundación de una jerarquía racional y compartida del sistema de las fuentes, como condición elemental de la certeza y, en último término, de la normatividad del derecho, como alternativa a la quiebra del papel garantista de las constituciones y a una creciente anomia, en cuyo marco está destinada a prevalecer la ley de los más fuertes, a largo plazo mortífera incluso para los más fuertes.

4.7. *A) Por un constitucionalismo de derecho privado. Esfera pública y esfera privada.* La primera expansión impuesta por la globalización es en dirección a los poderes privados. En el § 3.2 se ha hecho ver que los derechos civiles de autonomía privada no son simples libertades. Además de derechos fundamentales atribuidos a todos en cuanto capaces de obrar, son también derechos-poder, dado que su ejercicio produce efectos relevantes en la esfera jurídica no solo propia, sino también ajena. De aquí la necesidad de su limitación y regulación, tanto más urgente por el carácter global asumido por cada uno de ellos, para impedir que esos efectos consistan en indebidas violaciones de derechos fundamentales y, sobre todo, de los bienes ecológicos que más adelante llamaré 'bienes fundamentales'.

Para entender los términos de esta primera expansión del constitucionalismo, sobre la que volveré en la segunda parte del capítulo VI, es necesario repensar una de las distinciones más discutidas y controvertidas de la ciencia jurídica: la «gran dicotomía», como la ha llamado Norberto Bobbio, entre derecho público y derecho privado[26]. Los confines entre estas dos esferas son históricamente móviles, en el sentido de que cambian y se desplazan, ora en un sentido, ora en el otro. Hoy asistimos a la progresiva reducción de la esfera pública, que se manifiesta en las múltiples privatizaciones, en la ausencia de límites y vínculos a la iniciativa privada, reivindicada por la ideología liberista al concebirla como libertad y, sobre todo, en la asimetría entre el carácter global de los mercados y el todavía prevalentemente estatal de la política y de los poderes

26. N. Bobbio, «La grande dicotomia» [1974], ahora en Íd. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* [1977], Laterza, Roma-Bari, 2007, cap. VII, pp. 122-138. Sobre las vicisitudes de la dicotomía, véase últimamente la amplia reconstrucción histórica de B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, il Mulino, Bolonia, 2020.

públicos. Pero en otros tiempos y lugares —piénsese en las experiencias de los socialismos burocráticos del siglo pasado— se ha vivido el proceso opuesto: el de la tendencial y anómala restricción de la autonomía privada y de una correlativa expansión de la pública.

La movilidad histórica y por eso el carácter contingente de las fronteras entre las dos esferas, no priva en nada de validez conceptual a su diferenciación, que constituye un rasgo caracterizador del estado moderno como estado político, por oposición al viejo estado patrimonial. El principal problema teórico, de enorme relevancia política, es, por tanto, el del equilibrio entre las dos esferas, como condición del insustituible papel de garantía que, gracias a su distinción y separación, está llamada a desempeñar la esfera pública en relación con los poderes privados, para la tutela de los intereses generales, los derechos fundamentales y la autonomía de las esferas privadas[27].

A mi juicio, una definición adecuada de las dos esferas puede conseguirse haciendo uso d e dos criterios aparentemente distintos y, sin embargo, interconectados. El primer criterio es el expresado por la clásica máxima de Ulpiano: «publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem»[28]: en este sentido, se llama «público» a lo que es en interés de todos, como las funciones públicas y, además, por su forma universal, los derechos fundamentales; se dice «privado», en cambio, de lo que es en el interés de cada uno con exclusión de los demás, como todos los poderes consistentes en potestades y, en particular, esos intereses singulares que son los derechos patrimoniales. El segundo criterio es el sugerido por Kelsen, que tiene que ver con «dos

27. Sobre la distinción entre derecho público y derecho privado existe una literatura inabarcable. Un tratamiento orgánico de la misma se encuentra en la bella voz debida a S. Pugliatti, «Diritto pubblico e diritto privato», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XII, 1964, pp. 696-746, que se abre con estas palabras: «Toda crisis en el campo del derecho reconduce al estudioso a la distinción entre derecho público y derecho privado: y cuanto más aguda es la crisis, los más se inclinan a negar la distinción; es decir, se quedan en la superficie, y olvidan que la exigencia racional del derecho como ordenamiento está en la dinámica de los dos términos: público y privado. En efecto, pues negada la distinción, se disuelve el derecho: todo público, expresión de fuerza no controlada ni limitada de quien ejerce el poder; todo privado, organismo sin la fuerza de un poder, aquel carente de garantía, este carente de vitalidad». Estas palabras reproducen el Prólogo de Pugliatti a *Gli istituti del diritto civile*, Giuffrè, Milán, 1943, en el que polemizaba con la devaluación fascista y nazi del derecho privado y con la consecuente negación de su distinción del derecho público.

28. Ulpiano, D.1.1.1.2. Pero recuérdese también la máxima de Papiniano sobre la preeminencia del derecho público sobre el privado: «Ius publicum privatorum pactis mutari non potest» (D. 2.13.38).

diversos métodos de creación» de las normas, la autonomía y la heteronomía[29]: son de derecho privado todas las situaciones producidas con el concurso de sus destinatarios mediante el ejercicio de los derechos civiles de autonomía privada, como, típicamente, el contrato; son de derecho público todas las producidas, no directamente por los sujetos que resultan obligados, sino por el ejercicio de funciones autoritativas como la legislativa, la administrativa o la jurisdiccional, por obra de instituciones encargadas al efecto. Bajo este aspecto el derecho privado es producido desde abajo, mientras que el derecho público es producido desde arriba: el primero es la esfera de la autonomía, el segundo la de la heteronomía.

Separando los dos criterios en la definición de la esfera pública y uniéndolos en el caso de la privada, cabe identificar las dos esferas, respectivamente, con la suma y con el producto lógico de dos clases opuestas de situaciones. La *esfera pública* puede ser definida como el conjunto de las situaciones correspondientes igualmente a todos y de las garantías estipuladas y actuadas en el interés de todos, así como de las situaciones producidas por actos preceptivos no autónomos, sino heterónomos. La *esfera privada*, en cambio, puede definirse como el conjunto de las situaciones correspondientes a cada uno de forma exclusiva y singular y producidas, además, por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía[30].

La esfera del derecho público comprende, por tanto, todas las situaciones universales, como los derechos fundamentales, las prohibiciones penales y la obligación de pagar impuestos y, además, las decisiones administrativas y judiciales y las funciones, no solo estatales, sino también infra- o supraestatales, finalizadas a la garantía de los derechos y, más en general, de los intereses de todos. Entran, en cambio, en la esfera del derecho privado todas las situaciones singulares, como los derechos patrimoniales y las obligaciones civiles, producidas por la dinámica de las relaciones entre particulares, es decir, por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía privada. Recuperando la imagen avanzada en los § 1.4, 1.8 y 2.8, diremos que la esfera pública consiste en la red vertical de relaciones jurídicas (públicas) generada por las relaciones de grado en las que está estructurado el ordenamiento, mientras que la esfera pri-

29. H. Kelsen, *Teoría*, cit., Segunda parte, I, D, d, p. 244: «Este antagonismo ente autonomía y heteronomía es el que funda la distinción entre derecho privado y derecho público, en cuanto la citada oposición es interpretada en el sentido de que el derecho privado regula relaciones entre sujetos iguales, mientras que el público regula las que existen entre un sujeto inferior y otro superior».

30. Son las definiciones de 'esfera pública' y de 'esfera privada' estipuladas en *PiI*, § 11.15, pp. 756-763.

vada consiste en la red horizontal de las relaciones (privadas) generada por las vicisitudes a las que están sujetas las situaciones patrimoniales. Ambas son redes de decisiones, que en cuanto tales deben estar sujetas al derecho, tanto en sus formas como en sus contenidos.

De este modo, la distinción entre «público» y «privado» se configura como una dicotomía. Sobre la base de ambos criterios adoptados para fundar la distinción —la contrariedad tanto entre intereses generales (como son los derechos fundamentales) e intereses particulares (como son los derechos patrimoniales), como entre 'heteronomía' y 'autonomía'— también 'esfera pública' y 'esfera privada' son en efecto configurables como dos esferas entre sí opuestas y contrarias. Podrán darse incertidumbres sobre la asignación a una u otra de esta o aquella situación o actividad; pero en el plano conceptual las dos esferas se excluyen recíprocamente, de modo que su distinción, en virtud de sus opuestas fuentes de legitimación, requiere, además, como se verá en el § 5.6, la separación. Lo cierto es que ambas esferas se activan por actos de poder —por el ejercicio de funciones públicas la esfera pública, por el de las potestades privadas la esfera privada— que en cuanto tales, en el estado de derecho, deben ser sometidos a normas sobre su producción, tanto formales como sustanciales.

4.8. *B) Por un constitucionalismo de bienes fundamentales. Una actualización de la teoría jurídica de los bienes: bienes patrimoniales, bienes fundamentales, bienes ilícitos.* La segunda expansión del garantismo constitucional impuesta por la globalización es en la dirección de un constitucionalismo de los bienes fundamentales. El desarrollo industrial y tecnológico ha provocado dos órdenes de cambios, que se han manifestado en la producción de dos nuevas categorías de bienes: en la producción de *bienes artificiales vitales*, como los fármacos esenciales y la alimentación básica, y en la producción de *bienes artificiales mortíferos* capaces de destruir nuestro medio ambiente natural y de poner en peligro la habitabilidad del planeta. Estos dos cambios obligan a repensar radicalmente la teoría jurídica de los *bienes*.

Según la definición ofrecida por el artículo 810 del Código Civil italiano y comúnmente acogida por la doctrina, «son bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos». En este sentido, prosigue el Código, los bienes se distinguen en *bienes inmuebles* y *bienes muebles*. «Son bienes inmuebles el suelo [...] los edificios [...] y en general todo lo que natural o artificialmente es incorporado al suelo», de modo que su venta, dice el artículo 1350, 1, puesto que no se pueden mover materialmente, debe hacerse por escrito. En cambio, son «muebles todos los

demás bienes», que se pueden mover y por eso son transferibles materialmente junto con su posesión. Hay después otras distinciones de bienes debidas a la doctrina, también ellas de carácter naturalista: entre bienes materiales y bienes inmateriales, como son las obras del ingenio y las creaciones intelectuales; entre bienes divisibles y bienes indivisibles, entre bienes fungibles y bienes no fungibles, entre bienes consumibles y bienes no consumibles pero deteriorables.

En todas estas acepciones la noción de 'bien' designa, claramente, solo los «bienes patrimoniales», en cuanto tales virtualmente disponibles y alienables por ser «objeto de derechos» a su vez patrimoniales. No es casual que la definición de bien ofrecida por el citado artículo 810 abra el libro III del Código Civil titulado «De la propiedad», es decir, dedicado al más clásico e importante de los derechos patrimoniales. Pero junto a los bienes patrimoniales, objeto de derechos patrimoniales, existen bienes como el aire, el agua potable, los fondos marinos, las grandes masas forestales, las rutas espaciales y, por otra parte, los órganos del cuerpo humano, cuyo rasgo distintivo, al contrario de lo que sucede con los bienes patrimoniales, es —o, mejor, debería ser, en garantía de su tutela y conservación como objeto de derechos de todos— su indisponibilidad, esto es, su sustracción al mercado como bienes, según los llamaban los romanos, *extra commercium* y *extra patrimonium*. Existen, en fin, bienes que son objeto no de derechos, sino, al contrario, de prohibiciones de producción, de comercio, de uso de tenencia, como, por ejemplo, las sustancias estupefacientes y, deberíamos añadir, las armas.

La definición del artículo 810 del Código Civil, que ciertamente tiene la virtud de la sencillez, debe ser ampliada, en el plano teórico para dar también cuenta de estas otras dos clases de bienes. Por eso propongo redefinir '*bien*' en el sentido de incluir cualquier entidad que pueda ser objeto de una situación jurídica. En paralelo a la distinción de los derechos subjetivos en patrimoniales y fundamentales, llamaré *bienes patrimoniales* a todos los bienes que son objeto de derechos patrimoniales y *bienes fundamentales* a todos los bienes que son objeto de derechos fundamentales[31]. Llamaré, en fin, *bienes ilícitos* a los bienes que sean objeto de prohibiciones de producción, comercio o tenencia[32].

31. He introducido la categoría de 'bienes fundamentales' y su distinción en 'personalísimos', 'comunes' y 'sociales' en *PiI*, § 11.10, pp. 733-739 y en *PiII*, § 14.21, pp. 255-258, 564-565 y 576-577; después en *Beni fondamentali* [2013], ahora en *Iura paria. Los fundamentos de la democracia constitucional*, ed. de D. Ippolito y F. Mastromartino, trad. cast. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2020, pp. 147-163.

32. También esta definición, como las de todos los términos teóricos, es una definición formal, que identifica los 'bienes ilícitos' con todos los bienes que son objeto de una

Correlativamente a la clasificación de los derechos fundamentales primarios en 'derechos de libertad' y 'derechos sociales', distinguiendo dentro de los primeros, a su vez, 'libertades frente a' y 'libertades de', distinguiré luego dentro tres clases de bienes fundamentales: *a*) los *bienes comunes*, que son objeto de 'libertades de', es decir, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos de acceder a su uso o disfrute y, al mismo tiempo, 'libertades frente a', esto es, de inmunidades frente a devastaciones o contaminaciones que comprometan la conservación y, con ella, la habitabilidad del medio ambiente y por eso los derechos a la vida y a la salud: aquí entran todos aquellos bienes, como el aire, el agua potable, los fondos oceánicos, la biodiversidad, el medio ambiente, cuya tutela corresponde a un interés común o general, y cuya lesión suscita los problemas vitales y dramáticos de la *ecología*[33]; *b*) los *bienes personalísimos*, que son objeto de 'libertades frente a', o sea, de

prohibición jurídica (de producción, de disposición y/o de utilización) con independencia de lo que dispone o se considera justo que disponga el derecho positivo. Con esta base se dirá, en sede dogmática, que son bienes ilícitos, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, las sustancias estupefacientes; y podrá añadirse, en sede de teoría normativa de la democracia, que también deberían serlo las armas, que están destinadas a matar y por eso a alimentar la criminalidad y la guerra en cuya prevención, a través del monopolio jurídico de la fuerza, reside la función primaria del derecho, es decir, la garantía de la vida y de la paz. De hecho, naturalmente, tales prohibiciones son siempre circunstanciadas, resultando excluidas de ellas los usos lícitos y a veces necesarios, como, por ejemplo, la morfina para usos médicos o las armas como dotación de la policía.

33. Son las *res communes omnium* catalogadas por Gayo: «Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium; et naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris» (*Inst.*, 2.1 pr.; *D.* 1.8.2.1). En este sentido todos los bienes comunes son cosas, empíricamente determinadas. De este modo me separo de un uso difundido de esta noción para designar, contradiciendo nuestra regla de designación, una cantidad heterogénea de entidades y de valores diversos, que la priva de su capacidad explicativa y, sobre todo, de la posibilidad de su utilización como objetos de garantías adecuadas: así, por ejemplo, M. Hardt y A. Negri, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milán, 2010, pp. 7-8, que por «común» entienden, además de las *res omnium* catalogadas por Gayo. «todo lo que se obtiene mediante la producción social, que es necesario para la interacción social y para la continuidad de la producción, como los conocimientos, los lenguajes, los códigos, la información, los afectos, etc.»; U. Mattei, *Bienes comunes. Un manifiesto*, trad. cast. e introd. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2013, p. 66, según el cual «los bienes comunes son tales no por presuntas particularidades ontológicas, objetivas o mecánicas que los caracterizarían, sino por contextos en los que ellos se convierten en relevantes en cuanto tales [...] Ellos no pueden en ningún caso ser objetivizados»: en este sentido, para Mattei, son, por ejemplo, bienes comunes, «en el contexto de una práctica de lucha», el trabajo (*ibid.*, p. 66), el derecho (*ibid.*, pp. 71-73) y la investigación universitaria (*ibid.*, p. 74). Ha criticado estos usos retóricos e indeterminados de la noción de «bienes comunes» E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

inmunidades, al ser utilizables y accesibles únicamente por y para quien los tiene en cuanto partes integrantes de la persona: como los órganos del cuerpo humano, cuya tutela corresponde a un interés individual y personalísimo, y cuya posible manipulación plantea los problemas no menos vitales y dramáticos de la *bioética* y del *bioderecho*; *c*) los *bienes sociales*, que son objeto de derechos sociales, como la comida necesaria para la alimentación básica y los llamados «fármacos esenciales» o «salvavidas» de cuya prestación depende igualmente la supervivencia de las personas.

La noción de 'bienes fundamentales' como categoría comprensiva de los bienes comunes, los bienes personalísimos y los bienes sociales, es desconocida en el léxico jurídico corriente. Su introducción, junto a la de 'derechos fundamentales', es indispensable a los fines de una teoría garantista del derecho y de la democracia. En efecto, pues las agresiones, en particular, a los bienes comunes, comenzando por el calentamiento global, no son generalmente percibidas, ni siquiera por los titulares de los derechos que los tienen por objeto, como atentados contra su salud y supervivencia. Por eso tales bienes necesitan una garantía directa, objetiva, independiente de la voluntad y de la iniciativa de los particulares, como dimensión nueva y cada vez más vital del garantismo constitucional.

Con todo, la calificación de un bien como fundamental, es un hecho histórico y cultural, antes que jurídico, que no tiene nada de ontológico. Históricamente, la cantidad de bienes fundamentales aumenta con el crecimiento de la civilidad y del desarrollo tecnológico. Con la superación de la esclavitud, el cuerpo mismo de las personas humanas se convirtió en el primero y más importante bien fundamental. Consecuentemente, llegaron a serlo también las partes del cuerpo humano, declaradas indisponibles, por ejemplo, por el artículo 5 del Código Civil italiano, cuando «los actos de disposición [...] ocasionen una disminución permanente de la integridad física». Al mismo tiempo, en los países evolucionados, el carácter fundamental del valor de la persona ha venido afirmándose, también en el derecho público, donde la intangibilidad del cuerpo humano y de los conexos *bienes personalísimos* ha sido garantizada por la tipificación de sus lesiones como delito y, además, por la prohibición de la pena de muerte, las penas corporales y la tortura.

Pero, para bien y para mal, ha sido sobre todo el desarrollo de la industria y de la tecnología, lo que ha generado la necesidad y la centralidad de esta categoría de bienes como objeto de garantía. Sobre todo, ya lo he recordado, gracias al desarrollo tecnológico se han multiplica-

do los bienes vitales cuya producción es obra del hombre —de los fármacos esenciales a los bienes alimenticios— cuya prestación como *bienes sociales*, en un mundo como el actual, en el que sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho social, es debida a todos en garantía de los derechos a la salud y a la supervivencia. Además, el desarrollo tecnológico ha revelado como fundamentales, para la supervivencia misma del género humano, muchos bienes naturales que hasta hace algunos decenios no eran ni siquiera «bienes», sino simplemente «cosas», como el agua, el aire y los equilibrios ecológicos, y que hoy, para no ser expuestos a la apropiación privada y/o a la destrucción, requieren ser garantizados como *bienes comunes* a través de límites a las actividades privadas y de vínculos a la esfera pública. Por otra parte, el desarrollo tecnológico ha creado un bien artificial —Internet y la red de comunicaciones digitales— el acceso al cual, en cuanto también él *bien común*, ha sido justamente propuesto por algunos como objeto de un derecho fundamental al ser su garantía, en la sociedad actual, una condición cada vez más irrenunciable de la vida asociada y de la ciudadanía activa[34]. En fin, en garantía de la privacidad y contra las acumulaciones de poder determinadas por la recolección y la posesión de datos personales, como se dirá en el § 7.2, es muy posible configurar estos datos como *bienes personalísimos*, que en cuanto tales deben sustraerse al comercio y a cualquier tipo de mercantilización.

Por consiguiente, la garantía de todos estos bienes fundamentales reside, como se verá mejor en los § 6.10 y 8.5, en su sustracción al mercado, al que, en cambio, pertenecen los derechos patrimoniales. Los bienes sociales deben sustraerse al mercado por la obligación, de uno u otro modo, de su prestación gratuita a todos en garantía del derecho a la salud. Los bienes comunes y los bienes personalísimos, del mismo modo que los derechos fundamentales de los que son objeto, deben sustraerse al mercado por su indisponibilidad. Sin embargo, se trata de una indisponibilidad distinta de la de los derechos. Los derechos fundamentales son indisponibles porque, por definición, corresponden universalmente a todos en cuanto personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar: en efecto, son normas téticas, cuya existencia es independiente de la voluntad y de los actos de sus titulares, de modo que un acto que dispu-

34. Véase al respecto, J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy* [2000], trad. it. de P. Canton, Mondadori, Milán, 2000, cap. XII. Pero véanse, en los § 6.3 y 7.4, la deformación de la democracia política y los peligros para las libertades fundamentales producidos por los abusos de la red por parte del llamado populismo digital y del que se ha llamado el «capitalismo de la vigilancia».

siera de ellos sería jurídicamente inexistente e irrelevante más que inválido. Por el contrario, los bienes personalísimos y los bienes comunes, al consistir en cosas, son por su naturaleza materialmente apropiables, cambiables, alterables, deteriorables, destruibles.

Por eso —porque materialmente accesibles y disponibles— su protección necesaria para la tutela de los derechos fundamentales de los que son objeto, solo puede darse mediante la prohibición de su disposición, como bienes deónticamente indisponibles: los bienes personalísimos en cuanto pertenecientes a sus titulares y a ningún otro como objeto de 'libertades frente a'; los bienes comunes porque, al contrario, pertenecientes a todos, sin exclusión de nadie, como objeto de 'libertades de'. La sustracción al mercado de los primeros puede producirse mediante la estipulación de la nulidad absoluta más que de la invalidez y de la anulabilidad, de todos los que el ya mencionado artículo 5 del Código Civil italiano llama «actos de disposición del propio cuerpo». La sustracción al mercado de los segundos puede, en cambio, realizarse recurriendo a la vieja figura del *demanio*[35], es decir, a su calificación, mediante específicas *normas tético-constitutivas*, como bienes *demaniales* —de rango constitucional y para algunos de nivel planetario, como se dirá en el § 8.5— cuya negociación y disposición sean prohibidas por otras *normas tético-deónticas*.

En fin, algunas palabras sobre los *bienes ilícitos*, es decir, sobre esos bienes materiales cuya producción y/o comercio y/o tenencia están prohibidos. Son tales, en gran parte de los ordenamientos, las sustancias estupefacientes. También los bienes ilícitos son, por consiguiente, indisponibles o *extra commercium*, al igual que los bienes personalísimos, los bienes comunes y los bienes demaniales. Al contrario de lo que ocurre con estos bienes, cuya disponibilidad está prohibida para garantizar a todos o exclusivamente a sus titulares la máxima posibilidad de utilización, la disponibilidad de los bienes ilícitos está prohibida para asegurar a todos al máximo la imposibilidad de su uso. Como sostendré en el § 8.6, los bienes que para una teoría garantista del derecho deberían ser los más prohibidos de todos como ilícitos, en cuanto mayormente lesivos para la incolumidad de todos, son las armas, destinadas a matar y, en particular, las armas nucleares, que por su número y por su poten-

35. La palabra «demanio» comparece por primera vez en el léxico jurídico en el *Liber Constitutionum* del Reino de Sicilia, emanado por Federico II en Melfi, en 1231, pero objeto de estudios y comentarios por parte de los juristas napolitanos hasta todo el siglo XVIII (E. Cortese, «Demanio in generale [diritto intermedio]», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XII, 1964, § 7, p. 79).

cia son capaces de destruir varias veces a toda la humanidad. Su prohibición es una garantía primaria de los dos derechos fundamentales de cuya tutela depende la justificación externa de cualquier ordenamiento jurídico: el derecho a la vida en los ordenamientos estatales y el derecho a la paz en el ordenamiento internacional.

4.9. C) *Por un constitucionalismo global. Constitucionalismo y federalismo. Instituciones locales de gobierno e instituciones globales de garantía.* La tercera expansión del paradigma constitucional es, en fin, la que se orienta en la dirección de un constitucionalismo supraestatal[36]. Se trata de la perspectiva más importante e, indudablemente, más difícil. Pero nada, que no sea la miopía de la política y de la teoría política, impide su realización. En efecto, el paradigma constitucional, precisamente porque formal, es capaz de modelar cualquier institución política. No solo. Se revela tanto más necesario, en garantía de los derechos y de los bienes fundamentales de todos, cuanto más se complica y se articula en distintos niveles el conjunto de las fuentes y de los poderes normativos.

Esta complicación multinivel del derecho y de la democracia y, al mismo tiempo, la crisis de la legalidad formal ilustrada en el § 4.4, se han desarrollado sobre todo en estos últimos decenios, en los cuales, por efecto del debilitamiento del monopolio estatal de la producción jurídica, se ha producido una transformación profunda del tradicional sistema de fuentes. Los sistemas jurídicos actuales ya no pueden concebirse como sistemas cerrados, independientes y unitarios de fuentes y de normas dispuestas en las ordenadas escalas jerárquicas antes habituales. Por el contrario, una parte relevante de los poderes normativos, tanto públicos como privados, se ha desplazado fuera de las fronteras estatales y de los correspondientes ordenamientos, de modo que su ejercicio se ha desvinculado de secuencias o redes normativamente determinadas y compartidas por todos. Piénsese en la Unión Europea, cuyos tratados instituyentes y cuyas fuentes normativas son inmediatamente vinculantes para los Estados miembros. Pero piénsese también en las instituciones económicas y financieras internacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Internacional del Comercio y, sobre todo, en las grandes empresas multinacionales. Estos sujetos operan todos a escala global y casi todos sin legitimación demo-

36. Gustavo Gozzi habla, a propósito de esta expansión del paradigma constitucional, de «constitucionalización del derecho internacional» y de una correspondiente «internacionalización del derecho constitucional» (*Diritti e civiltà. Storia e filosofia del diritto internazionale*, il Mulino, Bolonia, 2010, cap. XIII, § 3, pp. 356-357).

crática y sin límites ni vínculos constitucionales. Y, sin embargo, inciden sobre la vida de miles de millones de seres humanos, de forma a veces más penetrante que los tradicionales poderes estatales. Por consiguiente, en ausencia del nexo hasta aquí ilustrado entre los poderes públicos y sus fuentes de legitimación provenientes de las normas constitucionales de los estados sobre la representación política, la separación de poderes y los derechos fundamentales, una defensa y una refundación de la democracia y del estado de derecho en la época de la globalización solo serán posibles mediante la institución a su nivel de nuevos nexos entre los actuales poderes extra- o supraestatales y nuevas fuentes de legitimación, formal y sustancial: en síntesis, a través de la construcción de una esfera pública global a su altura y la expansión a escala supranacional del paradigma de la democracia constitucional.

Evidentemente, estos nuevos nexos —tras la positivización del derecho, luego del desarrollo del estado legislativo y después del estado constitucional de derecho— solo pueden provenir del tercer cambio del paradigma constitucional expuesto en los § 4.1 y 4.6, es decir, de la construcción de un orden supranacional capaz de reproducir, a escala supraestatal, las estructuras del garantismo constitucional. Con ese fin distingo las *instituciones políticas* y los correspondientes ordenamientos en dos grandes clases: las *instituciones políticas originarias*, que en el § 4.6 he definido como las instituciones cuyo acto instituyente es un acto constituyente originario y desregulado en cuanto no sujeto a ninguna norma sobre la producción, y las *instituciones políticas derivadas*, que podemos definir como las instituciones cuyo acto instituyente es un acto constitutivo cuya válida producción es disciplinada por normas sobre la producción pertenecientes a otro ordenamiento, sea originado o derivado. La institución originaria históricamente con diferencia la más importante, ya lo he dicho, es obviamente el *estado* moderno; pero también son originarias instituciones como la ONU y la Unión Europea. Son, en cambio, instituciones derivadas las instituciones políticas generadas por actos constitutivos regulados por las normas de una institución originaria o de otra institución derivada: por ejemplo, las instituciones territoriales como las Regiones, las Provincias y los Municipios y todos los distintos entes públicos y privados instituidos dentro del ordenamiento estatal. A su vez, las instituciones originarias pueden integrarse y coordinarse, para no entrar entre ellas en conflicto, dando vida a ordenamientos multinivel. Estas formas de integración pueden ser las más diversas: alianzas, confederaciones, federaciones. Es claro que las alianzas y las confederaciones no bastan para refundar la democracia constitucional a escala supranacional: las primeras, al consistir solo

en acuerdos bi- o multilaterales entre estados soberanos, no dan vida a ninguna institución supranacional; las segundas son instituciones internacionales originarias formadas por varias instituciones políticas, también ellas originarias, unidas solo por normas pacticias modificables por las instituciones contratantes.

Solo la *forma federal* permite el desarrollo de un constitucionalismo supranacional dotado de efectivas capacidades garantistas, en una perspectiva global. En efecto, el rasgo distintivo de las federaciones es la comunidad entre las instituciones federadas, sea de órganos o de fuentes federales de producción normativa. Precisamente, pueden definirse las *federaciones* o *instituciones federales* como las instituciones políticas originarias compuestas por un conjunto de instituciones políticas *federadas* y caracterizadas por dos elementos: el primero es la separación entre funciones e instituciones federales y funciones o instituciones federadas y el carácter común de las primeras a todas las segundas; el segundo es la presencia de *fuentes* federales productivas de normas que entran directamente en vigor, sin necesidad de ratificaciones, en los ordenamientos de las instituciones federadas[37]. En virtud de estos dos rasgos distintivos, la federación es una forma de institución política vista alternativamente, al igual que cualquier otra institución, ya como ordenamiento, ya como sujeto artificial: piénsese en las constituciones de Estados Unidos, Suiza o Alemania. El carácter originario de las instituciones federadas y de sus normas constitucionales de reconocimiento no es en modo alguno incompatible con la renuncia a su soberanía y con el *pactum subiectionis* estipulado con la constitución federal. El carácter originario no coincide en absoluto con la soberanía, que se desvanece con el acto constituyente de la federación.

El federalismo es además una *cuestión de grado*. En el plano teórico puede afirmarse que el grado de federalismo de un sistema político se mide por dos elementos: la cantidad y la calidad de las funciones de garantía encomendadas a las instituciones federales, y la cantidad y la calidad de las funciones de gobierno confiadas a las instituciones federadas. El primer elemento indica el grado de federalismo de un sistema político con respecto a las meras alianzas y a las confederaciones; el segundo elemento señala, en cambio, su grado de federalismo respecto de los estados nacionales. Aunque no resulte posible, en el plano teórico, formular una tipología de las federaciones sobre la base del distinto grado

37. Para un análisis más detallado y riguroso de esta noción de 'institución federal' o 'federación' y, antes aún, de 'institución originaria' y de 'institución derivada', remito a las definiciones D12.42, D12.40 y D12.41, en *PiI*, § 12.19, pp. 884-890.

de federalismo, se puede convenir en llamar *estados federales* a las federaciones en las que corresponde a los órganos federales la mayor parte de las funciones de gobierno: como Estados Unidos, Rusia, Alemania Federal, Suiza y gran parte de los estados de América Latina. Cabe, en cambio, llamar simplemente *federaciones* a las instituciones federales no consistentes en estados, en las que las funciones de gobierno están encomendadas sobre todo a los estados federados; un típico ejemplo es la Unión Europea, cuyo rasgo singular, como se verá en el § 8.9, es actualmente la naturaleza de federación en el plano jurídico, pero no en el político.

Gracias a la distribución de las funciones públicas entre instituciones federales e instituciones federadas y a la producción de normas comunes por las primeras, el modelo federal es el único capaz de llevar a buen fin el paradigma constitucional. Este desarrolla, sobre todo, el sistema de las separaciones y con ello de las limitaciones de los poderes públicos, añadiendo a la separación *horizontal* entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, propia del constitucionalismo estatal, la separación *vertical* entre instituciones federales e instituciones federadas. En efecto, pues la federación comporta la supresión de las soberanías externas de las instituciones federadas y una limitación recíproca de los poderes tanto de las instituciones federadas como de las instituciones federales, sin la concentración de las funciones públicas que es propia de las instituciones estatales tradicionales[38]. Solo una federación mundial sería capaz de suprimir efectivamente, y no solo en el plano normativo, la soberanía externa de todos los estados y, con ello, de garantizar la paz[39]. Por tanto, solo el modelo federa de nivel global

38. A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *El Federalista* [1788], prólogo y traducción de G. R. Velasco, FCE, México, ²1957, XXVIII, pp. 113-114: «Como el poder es casi siempre el rival del poder, el gobierno general estará siempre alerta para contener las usurpaciones de los gobiernos estatales, y estos obrarán de igual modo respecto al gobierno general. El pueblo podrá arrojar su peso en cualquiera de los dos platillos de la balanza y hacerlo preponderar en todos los casos. Si cualquiera de los dos invadiese sus derechos, podrá utilizar al otro como medio para enderezar la situación». Es el principio general formulado por Montesquieu, *Del espíritu*, cit., Segunda parte, lib. XI, cap. IV, p. 150: «Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder».

39. Como escribieron justamente Hamilton y Kant, la paz no puede ser asegurada mediante simples alianzas y federaciones que, al no implicar una limitación de la soberanía de los estados, solo pueden comportar una paz precaria, ligada a los equilibrios contingentes y mudables de sus relaciones de fuerza. «Esperar que pueda continuar la armonía entre varias entidades soberanas vecinas, independientes e inconexas —escribió Hamilton— sería volver la espalda al curso uniforme de los acontecimientos humanos,

—limitando la soberanía de los estados federados y confiando a las instituciones federales algunas funciones, primera entre todas la del uso de la fuerza— representa una alternativa creíble a la anarquía internacional. Para garantizar la paz, escribió Kant, «el derecho de gentes debe fundarse en una *federación* de estados libres»[40], en virtud de la cual los estados salen «de la situación sin leyes», renunciando a «su libertad salvaje» y se someten a «leyes públicas coactivas» para dar vida a una federación que «abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra»[41].

En fin, solo un federalismo global permite la garantía de los derechos y de los bienes fundamentales de todos los seres humanos. En un mundo globalizado, en el que las economías y las políticas están integradas y son interdependientes, solo la construcción de una esfera pública mundial será capaz de actuar el principio de igualdad y de impedir o

desafiando la experiencia acumulada a través de los siglos» (A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, *El Federalista*, cit., VI, p. 19). Y Kant, «En torno al tópico», en *Teoría y práctica*, cit., III, p. 59: «La naturaleza humana en ninguna otra parte se muestra menos digna de ser amada que en las relaciones mutuas entre los pueblos. No hay un estado que se encuentre seguro frente a otro, ni por un momento, en lo que respecta a su independencia o a su patrimonio [...] Una paz universal duradera conseguida mediante el llamado *equilibrio de las potencias en Europa* es una simple quimera, igual que la casa de Swift, tan perfectamente construida por un arquitecto de acuerdo con todas las leyes del equilibrio que, al posarse sobre ella un gorrión, se vino enseguida abajo».

40. I. Kant, *La paz perpetua*, cit., p. 21.

41. *Ibid.*, pp. 25-26. Recuérdese el pasaje kantiano citado en la nota 20 de este capítulo. La misma tesis fue formulada por Saint-Simon: «Toda reunión de pueblos, toda reunión de hombres, exige instituciones comunes, exige una organización. Fuera de esto, todo se decide por la fuerza. Querer que Europa esté en paz, con tratados y congresos, es querer que un cuerpo social subsista sobre la base de las convenciones y los acuerdos: en ambos casos se requiere una fuerza coactiva que una las voluntades, conciertos y movimientos, haga comunes los intereses y sólidos los compromisos»; «el equilibrio de las potencias es la combinación más falsa que pueda hacerse, porque la paz no era el fin y no ha producido más que guerras» (*De la réorganisation de la société européenne* [1814], en *Œuvres de C. H. de Saint-Simon*, Anthropos, París, 1966, vol. I, pp. 173 y 175). Una anticipación de la idea federalista fue expresada también por Montesquieu, *Del espíritu*, cit., Segunda parte, lib. IX, cap. I, p. 135: «Las potencias extranjeras destruyen a las repúblicas pequeñas; las grandes se deshacen por un defecto interno. De este doble inconveniente adolecen igualmente las democracias y las aristocracias, ya sean buenas o malas, pues el mal reside en la cosa misma, y no hay nada que pueda remediarlo. Así pues, parece verosímil que los hombres se habrían visto obligados a vivir siempre bajo el gobierno de uno solo, si no hubieran imaginado una especie de constitución que tiene todas las ventajas interiores del gobierno republicano y la fuerza exterior del monárquico. Me refiero a la república federativa. Esta forma de gobierno consiste en un convenio, según el cual, varios cuerpos políticos consienten en convertirse en ciudadanos de un estado mayor que se proponen formar. Se trata de una sociedad constituida por otras sociedades y susceptibles de ir aumentando en virtud de la unión de nuevos asociados».

cuando menos limitar las agresiones de los poderes políticos y económicos globales a los derechos humanos estipulados en tantas cartas constitucionales e internacionales. Solo el desarrollo de adecuadas funciones e instituciones de garantías planetarias, para la tutela de los que antes he llamado «bienes comunes», puede impedir la devastación del medio ambiente producida por el cambio climático y por las contaminaciones incontroladas y garantizar la habitabilidad del planeta. Solo las instituciones globales de garantía de la salud, como últimamente ha hecho ver la pandemia de coronavirus, sobre la que volveré más adelante, habrían podido prevenir y luego afrontar los contagios con medidas racionales, homogéneas y coordinadas, y así garantizar los derechos de todos a la salud y a la supervivencia.

Esta perspectiva de un constitucionalismo supraestatal y tendencialmente global está además facilitada por la reformulación de la separación de poderes llevada a cabo en el § 3.8 e idónea para satisfacer, gracias a la forma federal, las dos funciones aludidas: la recíproca limitación de los poderes, la salvaguarda de la paz y la garantía de los derechos fundamentales. Lo requerido para que el paradigma constitucional se expanda a escala internacional no es tanto el desarrollo de *funciones* y de *instituciones globales de gobierno*. Estas funciones, al tener su fuente de legitimación en la *representatividad política*, deben seguir siendo lo más posible *locales*, ejercidas por los órganos representativos de los estados nacionales o, mejor aún, de las autonomías regionales o municipales, más directamente ligadas a la voluntad popular. Pero las más necesarias son las *funciones* y las *instituciones globales de garantía* de los derechos fundamentales, de los bienes comunes y de la paz, cuya fuente de legitimación es, no el consenso mayoritario, sino la *sujeción a la ley* y precisamente a la universalidad de los derechos y de los bienes estatuidos en ella. En efecto, pues la ilegítima ausencia de estas funciones y de estas instituciones de garantía de nivel global es la verdadera, gran laguna del actual derecho internacional. No solo y no tanto la ausencia de las tradicionales *garantías secundarias* o jurisdiccionales, destinadas a intervenir en caso de violaciones de derechos, cuanto, sobre todo, la ausencia de las que he llamado *garantías primarias* y de las correspondientes funciones e instituciones globales de garantía —en materia de salud, asistencia social, paz y tutela del medio ambiente— encargadas, principalmente, o cuando menos de forma subsidiaria con respecto a las instituciones de garantía estatales, de la tutela directa y la satisfacción de los derechos proclamados.

Pues bien, en esta dirección, aparte de la institución del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, al que todavía no se han adherido las mayores potencias, poco o nada se ha hecho.

Frente a los gigantescos problemas sociales del hambre y la miseria generados por una globalización sin reglas sería necesario, como sostendré en el capítulo octavo, potenciar sobre todo las instituciones existentes, como la FAO y la Organización Mundial de la Salud, hoy impotentes por la falta de los medios y los poderes necesarios para sus funciones de erogación de las prestaciones alimentarias y sanitarias[42]. Deberían finalmente ser constituidas otras instituciones de garantía contempladas en la Carta de la ONU, comenzando por la fuerza internacional de policía, prevista en el capítulo VII, en garantía de la paz. Y, sobre todo, deberían proyectarse e instituirse otras, mediante nuevas normas internacionales de actuación, en materia de tutela del medio ambiente, de garantía de la subsistencia, la educación, y los demás derechos y bienes vitales.

4.10. *El principio de legalidad en el constitucionalismo global. El principio de subsidiariedad.* Un constitucionalismo federal más allá del estado, que lleve a la práctica la hipótesis kantiana que acaba de recordarse de una «federación de estados libres» y de un «estado de pueblos (*civitas gentium*)» puede, pues, realizarse: *a*) con la atribución de la mayor parte de las funciones de gobierno a las instituciones estatales federadas; *b*) con la distribución de las instituciones de garantía entre las instituciones federadas y las instituciones federales; *c*) encomendando a las instituciones federales o globales de gobierno, además de la coordinación entre las funciones y las instituciones de diferente nivel, la obligación de crear o poner a punto las funciones y las instituciones federales y globales de garantía.

Se entenderá que el principio de legalidad, en la perspectiva de este constitucionalismo global, está destinado a asumir una complejidad todavía mayor de la que lo caracteriza en el estado constitucional de derecho. Actualmente, las normas supremas o fundamentales de este constitucionalismo ampliado son, es obvio, las vigentes cartas internacionales —de la Carta de la ONU a las distintas convenciones y pactos sobre derechos humanos— que, además, gracias a su sustancial homogeneidad debida a las tradiciones culturales compartidas por todas, como se dice en el capítulo VIII, podrían muy bien unificarse en una *Constitución de la Tierra*. La legitimidad de las normas de derecho internacional y de las

42. El presupuesto de la Organización Mundial de la Salud para el bienio 2020-2021 ha sido de en torno a cuatro mil ochocientos millones de dólares, una suma del todo insuficiente para el desarrollo de las funciones de garantía de la salud que tendría que desarrollar a escala planetaria. Sobre el carácter prevalentemente privado del financiamiento de las agencias de la ONU para la salud, y su consiguiente control por parte de sus financiadores, véase N. Dentico, *Ricchi e buoni? Le trame oscure del filantrocapitalismo*, prólogo de V. Shiva, Emi, Verona, 2020.

de los diversos ordenamientos estatales dependería de la plenitud y la coherencia de unas y otras con los principios de esta Constitución. Después sería necesario prever funciones e instituciones jurisdiccionales de garantía secundaria y, en particular, una jurisdicción global de constitucionalidad. Sin perjuicio del principio de separación entre funciones de gobierno, relativas a la esfera de lo decidible y, así, tanto más legítimas cuanto más representativas de opciones e intereses locales, y funciones de garantía, vinculadas a la esfera de lo no decidible y, por eso, tanto más legítimas cuanto más garantistas de la igualdad a escala supranacional, el principal problema será el de los criterios de distribución de las funciones de garantía entre los niveles estatales (federados) y los supraestatales (federales).

El criterio de distribución de las funciones de garantía más acorde con el paradigma constitucional multinivel es el ofrecido por el *principio de subsidiariedad.* Este es el principio informador de un modelo federal de división del poder de tipo no jerárquico ni separatista, sino autonomista y solidario, fundado en la subsidiariedad de las instituciones de nivel superior respecto de las instituciones de nivel inferior. El principio puede ser caracterizado como una norma de competencia en virtud de la cual el órgano o la fuente subsidiaria es competente para intervenir en el ejercicio de las funciones atribuidas en vía primaria al órgano o la fuente subsidiaria solo en caso de inercia, por incapacidad o falta de medios, y/o a solicitud de esta. No se trata, pues, de una rígida distribución de competencias, y menos aún de una relación de subordinación de fuentes inferiores a fuentes superiores o de delegación en las segundas por parte de las primeras, sino sobre todo de una relación —o, mejor, de una red de relaciones— de concurso y cooperación, de colaboración y codecisión, de diálogo y negociación. Es claro que las funciones de garantía de bienes comunes o de derechos no garantizables a escala local —como los relativos a la paz y la tutela del medio ambiente frente a agresiones globales— deberán atribuirse prevalentemente a instituciones supranacionales y a veces mundiales de garantía. En cambio, las funciones de garantía ejercitables a escala local —por ejemplo, en materia de salud, educación, subsistencia y seguridad social— en virtud del principio de subsidiariedad, deberán atribuirse a instituciones de garantía próximas a los titulares de los derechos de que se trate y solo subsidiariamente, esto es, por inercia, incapacidad o insuficiencia y a demanda de estas, a las instituciones de nivel territorial más lejano[43].

43. Sobre el principio de subsidiariedad me limito a recordar: S. Cassese, «L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea»: *Foro ita-*

Así resulta una red de poderes caracterizada, ya no por la dependencia jerárquica de las instituciones locales centrales, sino por el papel de suplencia, de integración o soporte de estas con respecto a aquellas, motivado en cada caso en el plano sustancial por razones de conveniencia y solidaridad y, en el plano formal, por necesidades objetivas normativamente preestablecidas, o bien por la demanda de intervención por parte de los titulares de las funciones locales o directamente por los ciudadanos interesados. Se trata de una forma de organización de los poderes públicos que, en momentos recientes, se ha afirmado en las relaciones entre ordenamientos. Una aplicación del principio en las relaciones entre estado y regiones es la ofrecida por el artículo 120 de la Constitución italiana, según el cual «el Gobierno puede sustituir a órganos de las Regiones, las Ciudades metropolitanas, las Provincias y los Municipios, en el caso de que no se respeten normas y tratados internacionales o la normativa comunitaria, o de peligro grave para la incolumidad y la seguridad pública, o bien cuando lo requieran la tutela de la unidad jurídica y de la unidad económica y en particular la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales».

Pero es, sobre todo, en las relaciones entre instituciones supraestatales e instituciones estatales donde el principio de subsidiariedad ha encontrado hasta ahora aplicación y puede ser generalizado como principal criterio informador de un constitucionalismo global. En particular, es principalmente tomándolo por base, a través de la progresiva construcción de una esfera pública común y complementaria de las diversas esferas estatales, como se proyectó el proceso de construcción de la Unión Europea. Recuérdese, por ejemplo, el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, que declara que «en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en el caso y en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión»; y el artículo 222, 2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión

liano 5 (1995), cols. 373 ss.; J. Luther, «Il principio di sussidiarietà: un 'principio speranza' per il diritto costituzionale comune europeo?»: *ibid.*, V (1996) cols. 184 ss.; G. D'Agnolo, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Cedam, Padua, 1998; A. Rinella, L. Coen y R. Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padua, 1999; G. Cotturri, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2001; Íd., *Responsabilità globale. Dal civismo alla cura per il pianeta Terra*, Castelvecchi, Roma, 2020, pp. 41 ss.; L. Bobbio,«Invece dello Stato: reti»: *Parolechiave* 34 (2005). Véase también *PilI*, § 14.9, pp. 191-196.

Europea, al que lamentablemente no se ha recurrido con ocasión de la pandemia del coronavirus, que establece que «si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano, a petición de sus autoridades políticas los demás Estados miembros le prestarán asistencia». Pero el mismo principio ha encontrado aplicación también en el derecho internacional, por ejemplo, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, cuyo primer artículo afirma que el Tribunal «es complementario de las jurisdicciones penales nacionales» y cuyo artículo 17 establece que no habrá lugar a proceder cuando se haya dado comienzo a las investigaciones o se hayan iniciado los procedimientos penales en un estado que tenga jurisdicción sobre el caso.

En efecto, el principio de subsidiariedad parece el mejor criterio informador de los procesos de integración supranacional, en cuanto idóneo para regular la distribución pacífica y racional del poder entre los diversos niveles en los que se articulan los ordenamientos multinivel, como es típicamente el caso de los ordenamientos federales, y por eso está, más que ningún otro, a la altura de la globalización y de sus opuestas tendencias centrípetas y centrífugas. Consiste en una forma mixta de separación y de coparticipación: realiza la separación entre poderes de diverso nivel cuando no se requiera o no concurran los presupuestos normativos para la coparticipación. Es por lo que vale para rediseñar la esfera pública sobre la base de relaciones de autonomía recíproca y, al mismo tiempo, de solidaridad y de cooperación. El secreto de su funcionalidad está en su idoneidad para conjugar coordinación central y autonomías locales, igualdad y respeto de las diferencias, máxima integración global en las funciones de garantía y máxima representatividad local en las funciones de gobierno.

Añadiré que el garantismo constitucional multinivel es también un factor de reforzamiento del paradigma constitucional. Si se consideran los contenidos sustanciales de las actuales cartas constitucionales, tanto estatales como internacionales, es fácil advertir su complementariedad y la sinergia entre los varios tipos de derechos fundamentales, tanto más si dotados de garantías eficaces, y entre las luchas políticas y sociales en su apoyo. En efecto, todo derecho fundamental es al mismo tiempo medio y fin: fin en sí mismo, pero también medio para asegurar la efectividad de los demás derechos fundamentales; límite y vínculo a la democracia política y a la democracia económica y, a la vez, condición de efectividad de una y otra. Por consiguiente, derechos y garantías, tanto más si actuados también a escala internacional, se refuerzan recíprocamente: los derechos de libertad son las precondiciones del ejercicio y,

por eso, de la efectividad de los derechos de autonomía política y civil; y los derechos sociales —a la salud, la educación, la información— lo son de la autonomía cognoscitiva y del consciente ejercicio y, por tanto, de la efectividad de los derechos de libertad, los derechos políticos y los derechos civiles. Frente a los lugares comunes del conflicto entre libertad e igualdad, entre derechos de libertad y derechos sociales, a causa del cual la garantía de los primeros se daría en perjuicio de la de los segundos, y viceversa, puede afirmarse justo lo contrario, ampliamente comprobado por la experiencia histórica, es decir, por el progreso en los derechos sociales que se ha producido siempre por efecto del progreso en los derechos políticos y en los de libertad, y viceversa[44].

44. Los derechos sociales atribuidos a cada individuo, ha escrito Bobbio, tienen «el fin de contribuir a reafirmar su dignidad y, además, 'al libre desarrollo de su personalidad'»: dado que las «condiciones objetivas, materiales, originarias, no permiten a todos el mismo grado de desarrollo [...] no bastan las libertades civiles y tampoco las libertades políticas». Es necesario que se asegure a cada uno «la posibilidad de hacer lo que la pura y simple 'libertad frente a' o libertad negativa permite hacer», gracias, precisamente, a los derechos sociales que ponen a «cada individuo en condiciones de poder hacer lo que es libre de hacer» («Sobre los derechos sociales» [1996], ahora en *Teoría general de la política*, cit., p. 541, si bien, en este punto, no se ha seguido esa traducción).

Segunda parte

TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

Capítulo V

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL

5.1. La relación isomórfica y la diferencia de estatuto entre teoría del derecho y teoría de la democracia. Democracia formal y democracia sustancial. El análisis del garantismo constitucional como paradigma formal, desarrollado en la primera parte de este libro, permite ilustrar ahora las relaciones isomórficas que, como se ha dicho en la Introducción, ligan entre sí las estructuras jurídicas de los ordenamientos y las estructuras políticas de las instituciones públicas y, consecuentemente, la teoría del estado constitucional de derecho y la teoría de la democracia constitucional. La *teoría del derecho* elaborada hasta aquí ha diseñado el paradigma constitucional como un sistema de derecho positivo articulado según una estructura en grados, cuya normatividad consiste en la rígida subordinación de todos los poderes constituidos a las normas supraordenadas a ellos que condicionan la validez, formal y sustancial, de los actos que son su ejercicio a la conformidad de sus formas con las predispuestas por tales normas y a la coherencia de sus significados con los establecidos por ellas. La *teoría de la democracia* desarrollada en esta segunda parte será a su vez articulada en el análisis tanto de las distintas *dimensiones* de la legitimidad democrática, formal y sustancial, de las decisiones con las que se ejercen los distintos tipos de poder, correspondientes a otras tantas dimensiones de su validez jurídica, como de los diferentes *niveles* en los que se desarrollan tales actividades, correspondientes a otros tantos ordenamientos de diverso nivel, de los locales, a los estatales y a los supraestatales.

Entre la teoría del derecho y la teoría de la democracia hay, no obstante, una profunda diferencia de estatuto. La teoría del derecho es una teoría formal y analítica, válida para cualquier sistema jurídico, que

como he afirmado más veces, no nos dice (ni debe decirnos) nada sobre los contenidos normativos de las leyes y de las constituciones. La teoría de la democracia es, en cambio, una teoría empírica y normativa, fruto de una interpretación semántica de la teoría del derecho, a cuyas tesis asocia los contenidos prescriptivos en cuya actuación identifica la naturaleza democrática de los sistemas políticos. La primera analiza el garantismo constitucional como sistema de las relaciones sintácticas de no contradicción y de implicación existentes entre las expectativas universales, cualesquiera que sean, que son los principios y los derechos constitucionalmente establecidos, y las prohibiciones y las obligaciones en las que consisten sus garantías, así como el conjunto de las normas de competencia sobre la representatividad, la división y la separación de los distintos tipos de poder. La segunda establece qué derechos fundamentales es preciso que sean garantizados, qué poderes deben ser compartidos, cuáles separados y cuáles deben ser dejados a la autonomía, directa o indirecta, de sus titulares, para que un sistema jurídico y político pueda decirse democrático en lo relativo a las formas de la producción normativa y en cuanto a los contenidos de las normas producidas.

Hay, por tanto, una noción teórico-jurídica que forma el objeto privilegiado de esta interpretación semántica de la teoría del derecho y que puede servir de guía en la elaboración de la teoría de la democracia. Es la noción de *constitución*, de la que en el § 3.10 he ofrecido una definición articulada en dos partes: una primera *estructural*, que solo requiere la colocación de la constitución en el vértice de la jerarquía de las fuentes y de las normas, y una segunda, *axiológica*, que identifica sus contenidos normativos requeridos para que pueda calificársela de 'democrática'. Se trata de una definición completa en su parte estructural, en virtud de la cual, su colocación en el nivel más alto del ordenamiento, es condición necesaria y suficiente para que el estatuto de una institución política originaria sea una constitución; incompleta y contrafáctica en su parte axiológica, sobre cuya base decimos que una constitución es democrática solo si prevé que la producción normativa esté atribuida, directamente o a través de representantes, a la autonomía de sus mismos destinatarios y, gracias a la separación y a la división de poderes, consiste en la garantía de los derechos fundamentales estipulados en ella como vitales, es decir, en el respeto de los derechos de libertad para la tutela del igual valor de todas las diferencias personales y en la actuación de los derechos sociales a fin de que se reduzcan las desigualdades materiales.

La tesis que sostendré en las páginas que siguen es que la democracia constitucional será tanto más sólida cuanto más estrechas y vinculan-

tes sean las relaciones isomórficas que ligan garantismo constitucional y sistema democrático, condiciones formales y sustanciales de validez jurídica y condiciones formales y sustanciales de legitimidad democrática, derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— y correspondientes dimensiones —política, civil, liberal y social— de la democracia. La primera condición de la construcción de la democracia es, por tanto, la rigidez constitucional, esto es, la formalización de una jerarquía de las fuentes y de las normas que vea en el vértice de nuestros sistemas normativos a la paz, los derechos y los bienes fundamentales estipulados como vitales, de modo que se encuentren a salvo del ejercicio de cualquier poder. La segunda condición es la introducción de garantías y de funciones e instituciones de garantía de los derechos fundamentales, impuesta e implicada por estos, según se dijo al final del § 4.3, como límites y vínculos constitucionales a todos los poderes, no solo estatales, sino también supraestatales y no solo públicos, sino también privados. De aquí el nexo entre derecho y democracia generado por el paradigma garantista del constitucionalismo rígido, es decir, por el deber ser del derecho impuesto a la política democrática por la constitucionalización de principios ético-políticos como el de igualdad y los derechos fundamentales en cuya garantía se basan la vida y la dignidad de las personas.

Este nexo se manifiesta en la correspondencia entre dimensiones del derecho, y más precisamente de la validez jurídica, y dimensiones de la democracia, y más precisamente de la legitimidad democrática. He dicho, desde el § 2.3, que toda la teoría del derecho desarrollada hasta aquí está atravesada por una dicotomía fundamental, entre formas y sustancia, actos y efectos, signos y significados, fuentes y normas, medios y fines, procedimientos y contenidos, validez formal y validez sustancial, normas formales y normas sustanciales, conformidad y coherencia, nomodinámica y nomoestática, normas de reconocimiento y razón social de cualquier institución. Formas, signos, fuentes, medios, validez formal, normas formales, conformidad y normas de reconocimiento se refieren a los actos, o sea, a las causas de la dinámica jurídica. Sustancia, significados, normas, fines, validez sustancial, normas sustanciales, coherencia y razón social se refieren a los efectos, es decir, a los contenidos estáticos producidos por la misma dinámica. Sobre estas dos dimensiones se articula la fenomenología del derecho positivo en su totalidad.

Esta dicotomía atraviesa también la teoría de la democracia. En efecto, las dos dimensiones del derecho generadas por ella, en virtud de la relación isomórfica entre condiciones de validez jurídica y condiciones de legitimidad democrática, forman la base de otras tantas dimensiones de la *democracia constitucional* fundadas en otros tantos derechos

fundamentales: de un lado, la *dimensión formal* y *nomodinámica*, basada en esos derechos fundamentales que son los *derechos-poder de autonomía*, esto es, los *derechos políticos* en la esfera pública y los *derechos civiles* en la esfera privada; del otro, la *dimensión sustancial* y *nomoestática*, basada, en cambio, en esos derechos fundamentales que son los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*.

Las dos dimensiones —la formal y la sustancial—, como se dijo en el § 3.9, corresponden a otros tantos tipos de actividad: voluntad y comprobación, poder y saber, consenso y verdad, innovación y conservación y, en las funciones públicas, *legis-latio* y *iuris-dictio*, innovación y actuación, funciones de gobierno y funciones de garantía. De aquí la diversidad de sus fuentes de legitimación, que justifica la separación. La *democracia formal*, tanto política como civil, tiene relación con la que en el § 3.1 he llamado la *esfera de lo decidible*: por eso se funda en la *autodeterminación* de las personas, en las formas indirectas de la autonomía política y de la representación de la voluntad popular en la esfera pública y en las directas de la autonomía negocial en la esfera privada. La *democracia sustancial*, tanto liberal como social, tiene relación con la *esfera de lo no decidible*: es por lo que se funda en la *sujeción al derecho* y, precisamente, a la Constitución, de las funciones encargadas de garantizar la intangibilidad de tal esfera, bien sea en vía primaria o en vía secundaria. La primera se ha hecho posible por el primero de los dos cambios de paradigma ilustrados en el § 4.1, el realizado con el *positivismo jurídico* y con la afirmación, en el *estado legislativo de derecho*, del *principio de legalidad formal* como norma de reconocimiento de la *existencia* de las leyes y de su *validez formal* únicamente sobre la base de las *formas* (el *quién* y el *cómo*) de su producción. La segunda ha sido determinada por el segundo cambio, el realizado con el *constitucionalismo* rígido y con la afirmación, en el *estado constitucional de derecho*, del *principio de legalidad sustancial*, añadido al de legalidad formal, como razón social del sistema jurídico y como norma de reconocimiento de la *validez sustancial* de las leyes sobre la base de su *sustancia*, o sea, de sus contenidos (el *qué*) no está permitido, o bien es obligatorio decidir.

La dimensión formal de la democracia constitucional es, pues, la activa y dinámica de los poderes, según se manifiesta en los actos preceptivos, de autonomía política o civil, a través de los cuales se ejercitan los poderes. La dimensión sustancial es, en cambio, la pasiva y estática de los derechos fundamentales —de libertad y sociales y, además, de autonomía civil y política— según se manifiesta en los límites y en los vínculos impuestos por ellos, como sus garantías, al ejercicio de todos los poderes. La dimensión formal es obviamente esencial para el funciona-

miento democrático del sistema político. No obstante, sin la dimensión sustancial, la puramente formal o dinámica de la democracia puede degenerar en el despotismo político o en el económico: sin límites, vínculos y controles impuestos por las funciones de garantía a los poderes de gobierno, la democracia política puede suicidarse o degenerar en sistemas políticos autoritarios o totalitarios; de forma análoga, sin límites, vínculos y controles impuestos por las funciones de garantía a los poderes económicos y financieros, una economía de mercado degenera, normalmente, en el arbitrio depredador y en el totalitarismo capitalista.

5.2. *Crítica de la concepción solamente formal de la democracia. El modelo cuatridimensional de la democracia constitucional: democracia política, democracia económica, democracia liberal, democracia social.* A mi juicio, la cultura jurídica y política no ha madurado una suficiente conciencia de la transformación estructural de la democracia producida con su constitucionalización. En el sentido común y en la doctrina prevalente la «democracia» se entiende siempre en la acepción etimológica del término, esto es, en el sentido de «poder del pueblo». Así, esta consistiría únicamente en un método de formación de las decisiones políticas, es decir, en el conjunto de reglas que atribuyen al pueblo, y por tanto a la mayoría de sus miembros, el poder de asumir tales decisiones, directamente o a través de representantes. Esta es, no solo la acepción etimológica, sino también la noción de «democracia» recurrente en toda la historia del pensamiento político: de la clásica tripartición introducida por Platón en el *Político*[1] y retomada por Aristóteles[2] a la idea rousseauniana de la voluntad general como autodeterminación de todos y cada uno, hasta las actuales teorías procedimentalistas de la democracia. En este sentido, ha escrito Norberto Bobbio, la democracia es una «vía», un «método» consistente en las «llamadas reglas del juego», es decir, en «el conjunto de reglas que deben servir para tomar las decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia. Se encuentran hoy en

1. «¿La tercera forma de gobierno no es el poder de la mayoría que se denomina con el nombre de 'democracia'?» (*El político*, 291d, en Platón, *Critón. El político*, ed. de F. Casadesús Bordoy, Alianza, Madrid, 2008, p. 156).

2. «Necesariamente será soberano o un individuo, o la minoría, o la mayoría: cuando el uno o la minoría o la mayoría gobiernan en vista del interés común, esos regímenes serán necesariamente rectos, y aquellos en que se gobierne atendiendo al interés particular del uno, de los pocos o de la masa serán desviaciones» (*Política*, ed. bilingüe, trad. cast. de J. Marías y M. Araujo, introd. y notas de J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 1279a, p. 80).

torno a esta definición algunos de los mayores filósofos, economistas y juristas contemporáneos, como Karl Popper, Schumpeter, Alf Ross, Hayek, Kelsen»[3]. El único fundamento axiológico de la democracia residiría en la «*auto-nomía*», es decir, en el «poder de darse normas a sí mismos y de no obedecer más normas que las dadas a sí mismos»[4].

Esta noción de democracia ha sido justamente llamada *formal* o *procedimental*, dado que se identifica sobre la base del «quién» y del «cómo» de las decisiones, es decir, de las *formas* —en el sentido de 'forma' aquí definido en el § 2.1— idóneas para garantizar que estas, sean cuales fueren sus contenidos, sean expresión de la voluntad popular. En Kelsen y en Bobbio, no por casualidad, esta concepción de la democracia se conjuga, en confirmación del isomorfismo entre derecho y sistema político, con una concepción igualmente formal de la validez de las normas, como se ha recordado en los § 2.2 y 2.3, anclada por ellos en la sola forma de su producción y no en los contenidos normativos producidos. Es una concepción que refleja las estructuras del estado legislativo, pero no la del estado constitucional de derecho[5] y, por eso, es in-

3. N. Bobbio, «Democrazia ed Europa» [1987], ahora en *Teoría general de la política*, cit., VII, I, pp. 459-460. Recuérdense, al respecto, H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* [1929], ed. y trad. de J. L. Requejo Pagés, KRK, Oviedo, ²2009; Íd., *Teoría general del derecho*, cit., Segunda parte, IV, B y C, pp. 337-360; K. R. Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. cast. de E. Loedel, Paidós Ibérica, Barcelona, 2006; J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*, trad. cast. de J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1968; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, il Mulino, Bolonia, 1957; N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, trad. cast. de J. F. Fernández Santillán, FCE, México, 1986; J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* [1999], trad, it. de A. Pintore, Giuffré, Milán, 2001; M. Bovero, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. cast. de L. Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2002.

4. N. Bobbio, «De la libertad de los modernos comparada con la de los posteriores» [1954], ahora en Íd., *Teoría general de la política*, cit., p. 304: que es la noción rousseauniana de libertad como «la obediencia a la ley que uno se ha prescrito» (*Del contrato social*, cit., lib. I, cap. VIII, pp. 27-28), retomada por Kant: «Mi libertad exterior (jurídica) hay que explicarla, más bien, de la siguiente manera: como la facultad de no obedecer ninguna ley exterior, sino en tanto en cuanto he podido darle mi consentimiento» (*La paz perpetua*, cit., p. 16, nota); «la *libertad* legal de no obedecer a ninguna otra ley más que a aquella a la que [el ciudadano] ha dado su consentimiento» («Principios metafísicos», cit., § 46, p. 143). Véanse también los pasajes de Rousseau y de Kant citados *infra*, en la nota 2 del cap. VI. Para una crítica de esta noción de democracia como simple «autonomía», sostenida tanto por Bobbio como por Kelsen, remito a *La democracia a través de los derechos*, cit., § 1.4, pp. 40-41 y a *La lógica del derecho*, cit., § 9.2, pp. 221-223.

5. «La kelseniana», ha escrito justamente Mauro Barberis, pero lo mismo puede decirse de la teoría de Norberto Bobbio, «es todavía una teoría del estado legislativo del ochocientos» (*Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Módena, 2012, p. 41).

suficiente para ofrecer una definición adecuada de la democracia. Por múltiples razones. En primer lugar, por su falta de alcance empírico al ser desmentida por las (y siendo, en consecuencia, incapaz de dar cuenta de las) actuales democracias constitucionales, en las que el poder del pueblo, o de sus representantes, no es ilimitado, y el respeto de las formas y de los procedimientos democráticos no legitima en modo alguno cualquier decisión. En segundo lugar, por la inadecuación de la sola dimensión formal y del principio de mayoría para asegurar el desarrollo fisiológico y hasta la supervivencia de la democracia política misma: en ausencia de garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales como límites y vínculos sustanciales a los contenidos de las decisiones válidas, el ejercicio del derecho de voto por sí solo no garantiza una efectiva autodeterminación política y, además, es siempre posible, como sucedió en el pasado siglo, que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos. En tercer lugar, por la contradicción entre la noción solamente formal de democracia y el reconocimiento, por parte de los mismos que la sostienen, de «condiciones mínimas», «precondiciones» o «requisitos» de la democracia, como la prohibición de suprimir las minorías, la garantía de los derechos de libertad, la promoción de la libre formación de una opinión pública: que son claramente condiciones no de forma, sino, precisamente, de sustancia, relativas a la que he llamado la esfera de lo no decidible[6]. En cuarto lugar, a causa del carácter tan mistificador como insidioso de la idea, secundada a su pesar por todas las doctrinas procedimentalistas, de que la democracia consiste en la actuación de la voluntad popular: una voluntad semejante, como se verá mejor en los § 5.4 y 6.2 y como nos ha

6. Recuérdese, por ejemplo, N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, cit., p. 15: «también para una definición mínima de democracia, como es la que adopto [...] es necesaria» a más del sufragio universal y el principio mayoritario, «una tercera condición: es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una y otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes decidan les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc. [...] Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego». En sentido análogo Kelsen: «Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos. En la medida en que la opinión pública solo pueda formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa, de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico» (*Teoría general*, cit., Segunda parte, cap. IV, B, d, pp. 341-342): donde es claro que esta «coincidencia» hace de los derechos de libertad una dimensión sustancial de la democracia.

enseñado el propio Kelsen, no existe, y la concepción del pueblo como macro-sujeto dotado de una única voluntad está en el origen de todas las perversiones totalitarias que enlutaron el siglo XX y de todas las ideologías populistas y las tentaciones autoritarias que siguen acechando a nuestras democracias.

Así pues, la noción exclusivamente formal de democracia, según resulta del ejercicio de los *derechos políticos* y de las formas de la representación política, aunque necesaria, no basta para definir la democracia constitucional, ni en el plano empírico con referencia a las actuales democracias, ni en el teórico con referencia a la noción misma de democracia política. Y es que ignora el nexo conceptual que en el paradigma constitucional liga la democracia política a todos los derechos constitucionalmente estipulados que operan como límites o vínculos de contenido a la voluntad, de otro modo absoluta, de las mayorías. En virtud de este nexo, tales derechos diseñan la *dimensión constitucional* de la democracia que, con una expresión desgastada por sus usos ideológicos, he querido llamar *sustancial* porque referida a la *sustancia*, es decir, al *qué* está prohibido o es obligatorio decidir por las constituciones[7]. Se trata de un doble nexo, lógico y axiológico: de un lado, las garantías en las que consiste esta dimensión sustancial son implicadas por los derechos fundamentales como «razón social» de la democracia constitucional; del otro, tales garantías expresan la concepción contractualista, utilitarista y heteropoyética de las instituciones políticas como instrumentos para finalidades externas a ellas, como la paz y los derechos fundamentales, por oposición a las concepciones eticistas y autopoyéticas que las consideran valores intrínsecos y fines en sí mismas.

7. El uso de la expresión «sustancial» como rasgo de la democracia constitucional ha sido reiteradamente criticado por Michelangelo Bovero, desde su «La filosofía política de Ferrajoli», en L. Gianformaggio (ed.), *Las razones del garantismo*, cit., § 3, pp. 413-414, precisamente a causa del uso ideológico debido a los apologetas de las llamadas «democracias populares» para designar con ella, por oposición a «democracia *formal*», las experiencias antidemocráticas del socialismo real: un uso, en este sentido, justamente rechazado por N. Bobbio, «Democrazia», en Íd., *Dizionario di politica* dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, Utet, Turín, 1976, p. 305 (trad. cast. *Diccionario de política*, Siglo XXI, Madrid, 1982). Como he escrito más veces, he querido rehabilitar esta expresión, subrayando el carácter deliberadamente provocativo de mi redefinición, precisamente porque el uso que he propuesto es exactamente el opuesto a aquellos usos ideológicos: «sustancial», en el sentido redefinido en la nota 3 del cap. II, es un término teórico —formal al igual que todos los términos teóricos— que designa el rasgo más característico del paradigma constitucional, es decir, los límites y los vínculos de sustancia, cualesquiera que sean, impuestos al ejercicio de cualquier poder por los principios constitucionalmente establecidos, como condiciones de su validez jurídica.

En ausencia de este nexo, una democracia solamente formal equivale a la enésima modalidad, aunque sea democrática, de gobierno de los hombres en oposición al gobierno de las leyes, capaz de degenerar hasta negarse a sí misma. Es por lo que, en toda definición teórica de «democracia» dotada de capacidad explicativa, se requieren como necesarios, además de los formales, rasgos y condiciones sustanciales, en garantía de las propias formas y del propio método democrático y de sus diversos presupuestos. El resultado es un paradigma complejo —la democracia constitucional, precisamente— que, junto a la dimensión política, relativa a las formas representativas de las decisiones, incluye otras tres dimensiones esenciales.

Incluye, sobre todo, una segunda dimensión formal, relativa al «quién» y al «cómo» de las decisiones, no ya públicas, sino privadas: la que cabe llamar *dimensión civil* o *económica* de la democracia, basada en esos específicos derechos de autodeterminación en la esfera privada y de producción directa del derecho a los que he reservado el nombre de *derechos civiles* que corresponden a todos los sujetos capaces de obrar. Aquí se manifiesta el equívoco que ha pesado largamente sobre la concepción liberal y sobre la construcción misma del «*estado* de derecho». En contra de su configuración habitual como derechos de libertad, según se ha demostrado en el § 3.2, estos derechos de autonomía, además de derechos fundamentales, son poderes, dado que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de libertad, su ejercicio consiste en actos preceptivos productores de efectos también en la esfera jurídica de los demás y, por tanto, en el estado de derecho, no pueden dejar de estar sometido a límites y vínculos de carácter tanto formal como sustancial.

Pero la democracia constitucional incluye, sobre todo, además de la *dimensión formal* de la democracia relativa al «quién» y al «cómo», esto es, a la *forma* de las decisiones tanto públicas como privadas, la *dimensión sustancial* relativa al «qué», es decir, a la sustancia de las decisiones mismas. Esta sustancia, repito, es la que en el § 3.1 he llamado la esfera de lo «*no decidible*», determinada por la igualdad en los derechos fundamentales, todos concebibles como leyes de los más débiles en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de un lado, la esfera de lo «*no decidible que*», determinada por el conjunto de los *derechos de libertad* y *de autonomía*, que impiden decisiones que pueden lesionarlos; del otro, la esfera de lo «*no decidible que no*», determinada por el conjunto de los *derechos sociales*, que imponen decisiones dirigidas a satisfacerlos.

Así resulta un modelo cuatridimensional de democracia articulado en cuatro dimensiones correspondientes, respectivamente, a los cuatro

tipos de derechos fundamentales que se han distinguido en el § 3.1: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. Los primeros dos tipos de derechos, es decir, los derechos políticos y los derechos civiles que he llamado 'formales', 'secundarios' o 'instrumentales', dan lugar a otras tantas esferas de autonomía —la autonomía política y la autonomía privada— y valen para fundar la legitimidad de la *forma* de las decisiones, respectivamente, en la esfera pública de la política y en la privada de la economía. De este modo concurren a asegurar la *dimensión formal* de la democracia: de un lado, la *democracia política*, del otro, la *democracia económica* o *civil*. Los otros dos tipos de derechos, es decir, los derechos de libertad y los derechos sociales que he llamado 'sustanciales', 'primarios' o 'finales', se refieren a aquello que a la autonomía le está prohibido o le es obligatorio decidir, y valen para fundar la legitimidad de la *sustancia* de las decisiones, sean públicas o privadas. Por eso concurren a asegurar, en negativo y en positivo, la *dimensión sustancial* de la democracia: de un lado, la *democracia liberal* o *liberal-democracia*, del otro, la *democracia social* o *social-democracia*.

Las cuatro dimensiones de la democracia y su nexo isomórfico con otros tantos derechos fundamentales pueden representarse con el siguiente cuadro:

Democracia formal Estado legislativo Derechos secundarios	Democracia política Autonomía política Derechos políticos	Democracia económica Autonomía privada Derechos civiles
Democracia sustancial Estado constitucional Derechos primarios	Democracia liberal (Liberal democracia) Derechos de libertad	Democracia social (Social democracia) Derechos sociales

Así pues, el paradigma del garantismo constitucional diseñado por la teoría formal del derecho postula una teoría empírica y a la vez normativa de la democracia constitucional como sistema político que tome en serio, en sus varias *dimensiones*, este conjunto de derechos equivalentes a otros tantos principios ético-políticos. Los capítulos de esta segunda parte se dedicarán al análisis de este sistema. Este quinto capítulo estará dirigido a ilustrar el modelo normativo y garantista de la democracia constitucional y del papel de garantía de los derechos fundamentales desarrollado en él por las múltiples separaciones de los poderes y hoy comprometido por las diversas confusiones. En el sexto y séptimo capítulos se analizarán las cuatro dimensiones de la democracia constitucional determinadas por las garantías de otras tantas clases de dere-

chos: la democracia formal, tanto política como civil, determinada por las garantías de los derechos de autonomía política y de autonomía privada; la democracia sustancial, tanto liberal como social, determinada por las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales. En fin, en el último capítulo se delinearán las diversas potencialidades expansivas de un garantismo constitucional más allá del estado y, en particular, en la dirección de una democracia constitucional de nivel supranacional, señaladas en el capítulo IV.

5.3. *El modelo multinivel de la democracia constitucional: niveles locales, estatales, federales. El nivel global.* La democracia constitucional, además de dotada de una multiplicidad de dimensiones, está articulada en distintos niveles de ordenamientos. Además de *multi-dimensional* es *multi-nivel.* Me refiero, no ya a los diversos niveles normativos dispuestos entre sí en relaciones de grado —la constitución, las leyes ordinarias, las sentencias y los demás actos preceptivos infralegales, como los actos administrativos y los negocios privados—, sino a los ordenamientos de diverso nivel que conviven dentro de un mismo sistema jurídico. Puesto que, en la era de la globalización, los poderes que cuentan se han deslocalizado fuera de las fronteras nacionales, el futuro de la democracia depende de la extensión a su nivel del paradigma constitucional.

La articulación multinivel de los ordenamientos bajo la forma de las autonomías locales —como los municipios, las provincias, las regiones y similares—, ha caracterizado siempre, en mayor o menor medida, la experiencia de los estados nacionales. A estas articulaciones infraestatales se han añadido otras de nivel supraestatal, como son, típicamente, las federaciones, caracterizadas por grados diversos de federalismo. Esta articulación multinivel de tipo supraestatal es la que sugiere, como se ha dicho en el § 4.9, la posibilidad de una expansión planetaria del paradigma constitucional, capaz de superar la actual crisis de la democracia provocada por la globalización de la economía y por el desarrollo caótico de fuentes y de instituciones supranacionales, mas no de adecuadas instituciones globales de garantía. Las relaciones entre estos ordenamientos de distinto nivel —local, regional, estatal, supraestatal y global— no son de tipo jerárquico o vertical, como las que se dan entre niveles normativos consistentes en la sujeción de los niveles inferiores a los niveles superiores, sino de tipo cooperativo u horizontal, estando basadas, aparte algunas funciones normativas de coordinación, en el principio de subsidiariedad en virtud del cual, como se dijo en el § 4.10, los órganos de los ordenamientos de nivel superior intervienen en sustitución o en apoyo de los órganos de los de nivel inferior cuando

su intervención sea requerida por estos o se encuentre normativamente prevista. La hipótesis que se expondrá, sobre todo en el capítulo VIII, —como alternativa a los actuales procesos destructivos de la democracia, la paz y las mismas condiciones de habitabilidad del planeta— es la de la construcción de una esfera pública y de un constitucionalismo internacional capaz de sujetar a los actuales poderes políticos, económicos y financieros globales a las garantías de los derechos y de los bienes fundamentales ya establecidos en diversas cartas internacionales.

A tal fin ayuda, como criterio de distribución de los poderes públicos entre ordenamientos de distinto nivel, la distinción realizada en los § 3.8 y 4.9 entre *instituciones* y *funciones de gobierno* e *instituciones* y *funciones de garantía*. Dado que las funciones de gobierno consisten en funciones políticas de opción y de innovación discrecional, su legitimidad, en democracia, reside en su representatividad política, que es tanto mayor cuanto más próximos sean los representantes a los electores y por eso más capaces de expresar su voluntad y tutelar sus intereses. Por el contrario, las instituciones y las funciones de garantía, al estar vinculadas a la aplicación sustancial de la ley y legitimadas por los derechos fundamentales, que son derechos de todos, son instituciones y funciones antimayoritarias que, en garantía de la igualdad, pueden y a veces deben ser de nivel estatal, supraestatal o incluso internacional.

Lo requerido para la construcción de la democracia constitucional a nivel global no es tanto la institución de una improbable y ni siquiera deseable reproducción de la forma del estado a escala supranacional —una suerte de superestado mundial, como sería la ONU, aun reformado sobre la base de los principios igualitarios de la democracia política— como, sobre todo, la introducción de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas. Estas funciones e instituciones de garantía primarias y secundarias son las que hay que edificar a escala global, en actuación del paradigma constitucional. Las funciones y las instituciones de gobierno, al estar legitimadas por la representación política, es bueno que sigan siendo lo más posible competencia de los estados nacionales, careciendo de sentido un gobierno planetario representativo de ocho mil millones de personas sobre la base del principio de un voto por cabeza. Por el contrario, las funciones y las instituciones de garantía, al estar legitimadas, no por el consenso de las mayorías, sino por la sujeción a la ley y por la universalidad de los derechos fundamentales, no solo pueden, sino que en muchos casos deben ser introducidas a escala planetaria.

Obviamente, esto no impide que algunas instituciones de gobierno deban desarrollarse a niveles más altos, con funciones de coordina-

ción, mediación y, sobre todo, de construcción y puesta a punto de las funciones y de las instituciones de garantía. Un papel esencial, quizá el más importante, de las funciones globales de gobierno consiste, precisamente, en la creación y en la regulación de tales funciones e instituciones de garantía. A su vez, las instituciones de garantía de nivel supraestatal o estatal pueden ser también distribuidas en los niveles locales sobre la base del principio de subsidiariedad. Como se recordará, separación de poderes y división del poder, aun siendo figuras opuestas de distribución de las competencias, no se excluyen entre sí. En efecto, la división es una garantía que se requiere de todos los poderes públicos. Por consiguiente, funciones de garantía y funciones de gobierno pueden muy bien ser y, a veces, deben ser compartidas por instituciones de distinto nivel, ya sea bajo la forma de la delegación o de la subsidiariedad. Como es obvio, la identificación del nivel más apropiado de cada función —local estatal, federal o global— dependerá de su específica naturaleza. Lo cierto es que hoy algunas funciones de garantía, como la tutela del medio ambiente, la prevención y la gestión de las pandemias y la paz, solo pueden ser ejercidas eficazmente por instituciones de garantía de nivel global.

5.4. *Dos concepciones opuestas del pueblo. Las nociones de pueblo y de soberanía popular compatibles con el paradigma constitucional. El estado instrumento y el nexo funcional entre democracia formal y democracia sustancial.* El futuro de la democracia depende, pues, de la refundación, multidimensional y multinivel, del paradigma constitucional. Para entender este papel del garantismo constitucional en la construcción de la democracia, es además necesario aclarar, sobre la base de la redefinición de 'pueblo' y de 'soberanía popular' compatible con él, la relación que liga la dimensión formal y la dimensión sustancial de la democracia constitucional.

La noción de pueblo como fundamento elemental de la democracia se cuenta entre las más debatidas y equívocas del pensamiento político. Pueden distinguirse dos concepciones de las que, como se verá en el § 6.2, dependen otras tantas concepciones, diversas y opuestas, de la democracia correspondientes a las dos opuestas concepciones de la constitución ya distinguidas al final del § 3.10. Por 'pueblo' puede entenderse, simplemente, el conjunto de las personas unidas por la sujeción a un mismo derecho y, sobre todo, por el sentido de pertenencia a una misma institución política generado por la igualdad en los mismos derechos fundamentales. Esta es la noción de pueblo formulada por Cicerón hace más de dos mil años: el pueblo, escribió, no es cualquier

agregación de seres humanos, sino solo una comunidad basada en la *par condicio civium*, es decir, en la igualdad proveniente de esos *iura paria* que son los derechos de los que todos los ciudadanos, más allá de sus desigualdades económicas y de sus diferentes cualidades personales, son titulares[8].

Pero con «pueblo» se alude con frecuencia a un sujeto colectivo imaginario, dotado de una voluntad y de una identidad unitarias, de intereses y valores comunes y por eso homogéneos: en síntesis, a una suerte de macrosujeto antropomórfico capaz de obrar unitariamente. En este segundo significado la noción de «pueblo» es uno de los legados más insidiosos y nefastos del pensamiento político. Su teorización más amenazante se debe a Carl Schmitt, que concibió «la unidad del pueblo como conjunto político», dotado de una «voluntad política» con la que el presidente del Reich puede «enlazarse de modo directo»[9], en cuya «aclamación» identificó la representación política que, por eso, no reside en la mediación política y parlamentaria, más bien la excluye. A diferencia del Parlamento, escribió Schmitt, «el presidente del Reich es elegido por

8. Cicerón, *De republica*, Istituto Editoriale Italiano, Roma, 1928, lib. I, XXV, p. 68:«Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus». Y más adelante, *ibid.*, XXXII, p. 80: «Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?». No difiere la noción de pueblo formulada por Hobbes, que igualmente la identificó con el hecho de compartir el mismo derecho en virtud de un pacto del conjunto de los individuos que han dado vida al artificio estatal: «Cada uno de los que forman la multitud (para que se dé un principio de constitución del estado), debe ponerse de acuerdo con los demás en que aquello que cualquiera proponga en el grupo, se tenga por voluntad de todos» (*Tratado sobre el ciudadano*, cit., cap. VI, § 2, p. 56). Y más adelante: «Antes de la constitución del estado el *pueblo* no existía, ya que no era una persona única, sino una multitud de personas singulares» (*ibid.*, cap. VII, § 7, p. 71).

9. C. Schmitt, *El defensor de la constitución*, en Íd. y H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, trad. cast. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, estudio preliminar de G. Lombardi, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 286-287. Recuérdese también sobre «la unidad política de un pueblo» expresada por el «concepto absoluto de constitución», el pasaje de Schmitt en *Teoría de la Constitución*, cit., recogido en el § 3.10, nota 60. Véanse, además, de Carl Schmitt, el escrito *Staat, Bewegung, Volk* [1933], trad. it. en *Principii politici del nazionalsocialismo*, ed. de D. Cantimori, Sansoni, Florencia, 1935, y la conferencia milanesa «I caratteri essenziali dello Stato nacionalsocialista», en C. Schmitt, G. Ambrosini y O. Ranelletti, *Gli Stati europei a partito politico unico*, Panorama, Milán, 1936, pp. 37-52, donde se enuncia «la vinculación orgánica entre derecho y Estado [...] realizada en los órganos supremos y en primer lugar en el *Führer* del Partido».

todo el pueblo alemán» y por eso está en condiciones de «establecer una relación directa con los ciudadanos electores *contra* el Parlamento»[10].

Se debe a Kelsen la crítica más radical de esta concepción organicista del pueblo y de la representación política, intrínsecamente antiparlamentaria y anticonstitucional. «Pero, ¿qué es este pueblo?», se pregunta Kelsen en polémica con Schmitt: «que en él se reduce a unidad una pluralidad de hombres parece ser un presupuesto fundamental de la democracia [...] Y, sin embargo, para una investigación centrada en la realidad de los hechos no hay nada más problemático que, justamente, esa unidad designada con el nombre de pueblo. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, el pueblo se ofrece antes —desde el punto de vista sociológico— como un conglomerado de grupos que como una totalidad que da cohesión y sentido propio a un agregado»[11]. En realidad, concluye Kelsen, el pueblo no existe como macrosujeto, es decir, como «un todo colectivo homogéneo» dotado de una «voluntad colectiva unitaria»[12]: su asunción ideológica solo sirve para «ocultar la contraposición radical y real de intereses existentes, que se dan en el hecho de los partidos políticos y en el hecho aún más significativo y subyacente, de las clases sociales»[13].

10. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., § 27, III, 4, p. 404. «El presidente del Reich —prosigue Schmitt— tiene un contacto directo con el Pueblo. Está ideado como un hombre que reúne en sí la confianza de todo el Pueblo por encima de los límites y del marco de las organizaciones y burocracias de los partidos; no como hombre de partido, sino como el hombre de confianza de *todo* el Pueblo. Una elección presidencial [... que] sería algo más que una de tantas elecciones como tienen lugar en un Estado democrático. Sería una aclamación magnífica del Pueblo alemán».

11. H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. II, pp. 62-63. Entendida en este sentido, advierte Kelsen, «la unidad del pueblo [...] es un postulado ético-político establecido por la ideología nacional o estatal sirviéndose de una ficción que, por ser de uso tan común, se asume ya de manera acrítica». A su vez Norberto Bobbio ha mostrado reiteradamente su desconfianza de esta concepción organicista del pueblo, recordando también él la perversión en la *Volksgmeinschaft* de triste memoria, y sosteniendo su ajenidad al concepto de democracia («La democracia de los modernos comparada con la de los antiguos (y con la de los posteriores) [no postreros]» [1987], en *Teoría general de la política*, cit., pp. 409-412.

12. H. Kelsen, «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?», en Íd. y C. Schmitt, *La polémica*, cit., pp. 346-347; *ibid.*, p. 348: «no existe tal voluntad general». Como ha escrito Claus Offe, debería ser evidente que «dos alemanes, uno de ellos amenazado por el desempleo, tienen probablemente *menos* en común, en el plano de los intereses socioeconómicos, que dos europeos, uno de ellos alemán, amenazados por el desempleo. Lo mismo vale para los perceptores de rentas financieras» (*L'Europa in trappola. Riuscirà l'Ue a superare la crisi?*, il Mulino, Bolonia, 2014, pp. 76-77).

13. H. Kelsen, «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?», cit., p. 346. «En una versión aparentemente democrática», prosigue Kelsen, «la formulación de esta ficción

No se trata de tesis descartadas. La noción organicista de pueblo sigue estando presente en el sentido común y también en una parte del pensamiento político y jurídico. Basta recordar las tesis euroescépticas, aquí criticadas en el § 4.5, sobre el nexo axiológico entre constitución, estado nacional y pueblo que haría imposible y/o no deseable una constitución supranacional en ausencia de una sociedad homogénea como la que se supone realizada en los estados nacionales. Detrás de esta noción hay una larga tradición: la idea de «cuerpo político», central en el pensamiento de Rousseau[14], pero presente en gran parte de la filosofía política, de Hobbes y Locke a Kant y a Hegel[15], compartida por la doc-

sería: el pueblo que conforma el Estado es un todo colectivo homogéneo que tiene, por lo tanto, un interés colectivo unitario y que se expresa en la voluntad colectiva unitaria. Esta voluntad colectiva que se sitúa más allá de todos los antagonismos de intereses y, con ello, sobre los partidos políticos —'verdadera' voluntad del Estado— no es generada por el Parlamento; este es el escenario de la contraposición de intereses, de la atomización —'pluralista', diría Carl Schmitt— político partidaria. El generador de esa voluntad es el jefe del Estado; o su instrumento. El carácter ideológico de esta interpretación es manifiesto» (*ibid.*, pp. 346-347).

14. J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. I, cap. VI, p. 23: «Este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su *yo* común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que se forma de este modo por la unión de todas las demás tomaba en otro tiempo el nombre de *Ciudad* y toma ahora el de *República* o de *cuerpo político* [...] Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de *Pueblo*». Y, más adelante: «Mediante el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político: se trata ahora de darle movimiento y voluntad mediante la legislación» (*ibid.*, lib. II, cap. VI, p. 42).

15. T. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. 17, pp. 144-145: «Una multitud así unida en una persona es lo que llamamos estado, en latín *civitas*», que «es una verdadera unidad de todos en una y la misma persona, unidad a la que se llega mediante un acuerdo de cada hombre con cada hombre»; J. Locke, *Segundo tratado*, cit., cap. 8, § 95, p. 111: «Cuando un grupo de hombres ha consentido formar una comunidad o gobierno, quedan con ello incorporados en un cuerpo político en el que la mayoría tiene el derecho de actuar y decidir en nombre de todos»; *ibid.*, § 95, p. 112: «Cuando un número cualquiera de hombres con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo»; *ibid.*, § 97, p. 112 y cap. 12, § 145, p. 151, donde asimismo se habla de un «cuerpo político»; I. Kant, «En torno al tópico», cit., en Íd., *Teoría y práctica*, cit., pp. 25-25: «La unión de muchas personas en orden a cualquier fin (fin común, que todos *tienen*) se halla en todo contrato social [...] tal unión solo puede encontrarse en una sociedad en la medida en que esta se halle en estado civil, esto es, en la medida en que constituya una comunidad»; *ibid.*, 28: «Porque el modo de pensar *patriótico* es aquel en que cada uno de los que se hallan dentro del estado (sin excluir al jefe) considera a la comunidad como el seno materno, o al país como el suelo paterno, del cual y sobre el cual él mismo ha surgido, y al que ha de legar también como una preciada herencia»; G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal* (ed. reducida), trad. cast. de J. Gaos, Tecnos, Madrid, 2005, p. 176: el «individuo espiritual» el «pueblo, por

trina del derecho público alemana del siglo XIX[16] y que alcanza su resultado nefasto con las tesis de Schmitt.

Esta noción de pueblo, que en el pasado fue la base de tantos nacionalismos belicistas y de diversos fascismos, hoy resulta de nuevo propuesta por los distintos populismos, unidos por la idea de una relación directa entre el pueblo, entendido como macrosujeto homogéneo en virtual conflicto con otros pueblos, y el jefe que lo representa y lo unifica, con independencia de la pluralidad de los intereses y de las opiniones que en concreto lo recorren. Lo que diferencia a los distintos líderes populistas del fascismo es la identificación del pueblo solo con la parte de este por la que son elegidos o aclamados[17], la consecuente exaltación del momento electoral como fuente de su legitimación y la no necesaria inclinación a la represión del disenso. Pero nada excluye que tales diferencias decaigan: la tentación de cambiar la parte por el todo y de sentirse encarnación de todo el pueblo soberano solo porque votado por la mayoría puede, en efecto, revelarse irresistible.

cuanto está en sí articulado, por cuanto es un todo orgánico [...] Pero aquí se toma el Estado en un sentido más amplio», pensando en «la manifestación de lo espiritual. Concebimos, pues, un pueblo como un individuo espiritual y no subrayamos en él principalmente el aspecto exterior, sino que destacamos eso que hemos llamado espíritu del pueblo».

16. Su formulación más ilustre se debe a F. C. Savigny, que concibió «el pueblo como sujeto activo y personal» y vio en él «el creador y el sujeto del derecho positivo» y, al mismo tiempo, «una unidad natural», generada por «una comunidad de relaciones intelectuales, que resultan acreditadas, reafirmadas y desarrolladas por una lengua común» y que «se conserva a través de las generaciones que se suceden y unen el presente al pasado y al futuro» a través de la «*tradición*, que se produce y establece con el cambio no repentino, sino lento y sucesivo de las generaciones» (*Sistema*, cit., lib. I, cap. II, § 8, pp. 45-47). «Si luego», escribió Savigny, «buscamos cuál es el sujeto en el cual y por el cual el derecho positivo tiene su existencia, encontramos que es el pueblo. En la conciencia común del pueblo vive el derecho positivo, y por eso podemos llamarlo *derecho del pueblo*» (*ibid.*, lib. I, cap. II, § 7, p. 42). Análoga fue la concepción de C. F. von Gerber, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco* [1865], en Íd., *Diritto pubblico*, Giuffré, Milán, 1971, Apéndices, II, pp. 200-201: «El pueblo es la fundamental base natural de la personalidad del Estado [...] No obstante, el pueblo no es la suma de los individuos que viven en un cierto momento, sino que es el todo espiritualmente unido de una historia común que encuentra en la generación actual solo su manifestación en el presente. En este sentido, el pueblo es llevado, en el Estado y a través del Estado, a la unidad jurídica».

17. E. Laclau, *La ragione populista* [2005], trad. it. de D. Ferrante, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 212-213 [trad. cast. de S. Laclau, *La razón populista*, FCE, México, 2005]; N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, il Mulino, Bolonia, 2019, pp. 33, 68 y 228; M. Barberis, *Populismo digitale. Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Chiarelettere, Milán, 2020, pp. 17 y 21; Íd., «Brexit, Trump e governo giallo-verde»: *Lo Stato* 12 (2019), p. 24: «El mensaje del nuevo populismo de gobierno suena fuerte y claro [...] El Presidente parte el País como una manzana y gobierna para su propia mitad, llamada pueblo, contra la otra mitad, llamada, en cambio, *establishment*».

Es por lo que la noción organicista de pueblo es incompatible tanto con la democracia parlamentaria como con la democracia constitucional. Al igual que la idea schmittiana de la constitución como expresión de la unidad y de la identidad del pueblo por el que sería querida y al que está destinada, también esta noción de pueblo, que oculta las diferencias y los conflictos que atraviesan cualquier pueblo, debe rechazarse, dado que contradice el pluralismo político y los conflictos sociales que recorren todos los pueblos y que una constitución democrática debe representar y garantizar. Por lo demás, el nexo que según las tesis populistas y escépticas en orden a un constitucionalismo supraestatal ligaría constitución, estado nacional y pueblo, nunca ha existido. Un *referéndum* popular que se hubiera desarrollado sobre la *Déclaration* de 1789 no habría tenido el consenso, no ya de la mayoría, sino ni siquiera de una mínima minoría. Hasta hoy, en nuestras democracias, hay motivos para temer una votación popular sobre los derechos sociales o sobre la pena de muerte.

Opuesta es la concepción del pueblo subyacente al paradigma del garantismo constitucional. El pueblo no es una entidad homogénea, sino una pluralidad heterogénea de sujetos diferentes y desiguales, cuya unidad proviene solo de su igualdad en los derechos fundamentales: de la tutela de sus diferencias realizada por la garantía de los derechos de libertad y de la reducción de las desigualdades perseguida con la garantía de los derechos sociales. También bajo este aspecto la tesis de Schmitt debe invertirse. El pueblo no es el presupuesto, sino el efecto de una constitución y de la igualdad instituida por ella. Es con la igualdad en los derechos fundamentales como madura la percepción de los asociados como iguales, y su sentido de pertenencia a una comunidad lo que hace de esta un pueblo. Es la igualdad en los derechos la que, al garantizar el igual valor de las diferencias y la reducción de las desigualdades, hace posibles el pluralismo político y a la vez la convivencia pacífica, el conflicto social y al mismo tiempo la unidad de un pueblo en el único sentido en el que esta unidad es compatible con la democracia. Añadiré que esta concepción del pueblo como comunidad de diferentes y de desiguales y de la constitución como un pacto de convivencia a través de las garantías de los derechos a las diferencias y a la reducción de las desigualdades, alude al «pueblo» en un sentido aún más pleno del que lo hace la concepción de la constitución como expresión de la identidad y de la supuesta voluntad unitaria de un pueblo, dado que tales derechos son expectativas de *todas* las personas que lo componen. De aquí se siguen dos consecuencias de enorme alcance a los fines de una teoría normativa de la democracia política misma.

La primera consecuencia es que, todos los sujetos a los que las normas constitucionales adscriben los derechos fundamentales, son titulares —«titulares», repárese, no simples «destinatarios»— de la parte sustancial de las constituciones. En efecto, pues los derechos fundamentales no son más que los significados normativos en los que consisten las normas tético-deónticas que los atribuyen. Tales normas y, por consiguiente, la entera parte sustancial de la constitución, son por esto «imputadas», en el sentido técnico-jurídico del término, a todos y cada uno, es decir, al pueblo entero y a cada persona que lo compone. De aquí, en el plano teórico, su «natural» rigidez[18]: los derechos fundamentales, y por tanto las normas constitucionales en que ellos consisten, precisamente porque derechos de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles por las mayorías, que no pueden disponer de lo que no les pertenece. Si todos y cada uno somos titulares de la constitución como titulares de los derechos adscritos por ella, la constitución es patrimonio de todos, y ninguna mayoría puede violarla de no ser con un golpe de estado y una ruptura ilegítima del pacto de convivencia. Por eso, en el plano de la teoría de la democracia, los derechos fundamentales, una vez estipulados constitucionalmente, no pueden ser suprimidos por ninguna mayoría y deberían ser sustraídos, por el derecho positivo, a cualquier poder de revisión. En síntesis, solo debería admitirse su ampliación, pero nunca la restricción y, menos todavía, la supresión[19].

La segunda consecuencia está conectada a la primera. La constitucionalización de los derechos fundamentales, al elevarlos a la categoría de normas del ordenamiento supraordenadas a cualquier otra, confiere a todas las personas, que son sus titulares, una posición supraorde-

18. La expresión es de A. Pace, «La 'naturale' rigidità delle costituzioni scritte»: *Giurisprudenza costituzionale* (1983), pp. 4085 ss., e Íd., *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padua, 1996. Según él, una constitución no rígida, sino flexible, esto es, derogable por ley ordinaria, no es en realidad una constitución. Es una tesis teórica —y, más precisamente, de teoría normativa de la democracia constitucional— afirmada, no por casualidad, en presencia de las actuales constituciones rígidas, pero del todo extraña a la vieja cultura jurídica, que no concebía una ley sobre las leyes. Prueba de ello es que ningún jurista denunció un golpe de estado cuando el fascismo destruyó el viejo Estatuto Albertino. Ejemplar es el caso de Santi Romano, «Costituente», cit., § 5, p. 352: «Existe una ley que comúnmente se designa con el nombre de 'estatuto', o carta constitucional, pero que, desde el punto de vista de que aquí se trata, no difiere en nada de las demás leyes, ya que la Autoridad legislativa ordinaria es la competente para modificarla y abrogarla».

19. La Corte Constitucional italiana, en su sentencia n.º 1146/1988, estableció un principio similar: «la Constitución contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales».

nada a su vez al conjunto de los poderes públicos y privados que están vinculados y deben ser funcionales a su garantía. Es en esta común titularidad de la constitución, que se sigue de la titularidad de los derechos fundamentales, donde cabe identificar a la «soberanía» en el único sentido en el que se puede hacer uso de esta vieja palabra en la democracia constitucional. En efecto, pues en el estado constitucional de derecho, en el que también el poder legislativo está sujeto a la ley y, más precisamente, a los derechos constitucionalmente establecidos, no hay espacio para la idea de soberanía en la vieja acepción de *potestas legibus soluta*[20]. Es verdad que en casi todas las constituciones se dice que la soberanía pertenece al pueblo[21]. Pero tal norma es compatible con el paradigma constitucional, que no admite poderes absolutos, solo de ser entendida en dos sentidos complementarios entre sí: *en negativo*, en el sentido de que la soberanía pertenece al pueblo y a nadie más, y ningún poder constituido, ni asamblea representativa ni presidente electo pueden apropiarse de ella y usurparla[22]; *en positivo*, en el sentido de que, al no ser el pueblo un macrosujeto, sino el conjunto de todos los asociados, la soberanía pertenece a todos y a cada uno, identificándose con el conjunto de esos fragmentos de soberanía, es decir, de poderes y contrapoderes, que son los derechos fundamentales de los que todos y cada uno son titulares. En síntesis, la soberanía es de todos o, lo que es lo mismo, no es de nadie.

Así resulta ampliada y reforzada la misma noción corriente de «democracia política». La democracia consiste en el «poder del pueblo», no simplemente en el sentido de que los derechos políticos y por eso el autogobierno a través del voto y la mediación representativa corresponden al pueblo y, por consiguiente, a los ciudadanos, sino también en el ulterior sentido de que al pueblo y a todas las personas que lo componen corresponde también el conjunto de esos «poderes» que son los derechos de autonomía civil y de esos «contrapoderes» que son los derechos de libertad y los derechos sociales a los que todos los demás po-

20. «El concepto de soberanía», escribió Hans Kelsen hace un siglo, «debe ser radicalmente eliminado. ¡Esta es la revolución de la conciencia cultural que necesitamos en primer lugar! [...] Tal es la tarea infinita que debe ponerse a todo esfuerzo político» (*Il problema della sovranità*, cit., § 65, p. 469).

21. Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Constitución italiana, el artículo 3 de la Constitución francesa, el artículo 1 de la Constitución española, el artículo 1 de la Constitución griega, el artículo 2 de la Constitución finlandesa.

22. Es lo que establece el artículo 1 del título III de la Constitución francesa de 1791: «La soberanía [...] pertenece a la nación; ninguna parte del pueblo, ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio».

deres, incluidos los de mayoría, están sometidos. En una palabra, corresponden a todos las situaciones jurídicas supremas, a las que todas las demás están subordinadas y que no pueden ser violentadas por ninguna de estas.

Solo de este modo, a través de su funcionalización a la garantía de los diversos tipos de derechos fundamentales, el estado democrático, o sea, el conjunto de los poderes públicos, puede configurarse, según el paradigma contractualista, como *estado instrumento* para fines que no son suyos. Solo así las dos dimensiones de la democracia, al igual que las dos dimensiones correspondientes del derecho —la formal o dinámica y la sustancial o estática— se conectan entre sí, una como instrumental y funcional a la actuación de la otra. En efecto, las garantías de los derechos fundamentales, del derecho a la vida a los derechos de libertad y a los derechos sociales, constituyen en democracia la «razón social», esto es, el fin, de esos artificios que son el estado y las demás instituciones políticas. Y en esta relación entre medios institucionales y fines sociales, y en la consiguiente primacía del punto de vista externo sobre el punto de vista interno, de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas de carne y hueso sobre las máquinas políticas, consiste el significado profundo de la democracia. Sobre todo, en tiempos como los actuales, esta es la concepción garantista de la democracia, que, por una parte, debe afirmarse y defenderse contra las derivas mayoritarias y las degeneraciones populistas de la actual democracia política y, por otra, contra las análogas pretensiones absolutistas y la análoga intolerancia a los límites y controles de los poderes económicos privados.

5.5. *Garantizar los derechos, separar los poderes. Reservas de códigos y de leyes orgánicas. El nexo entre separación de poderes y garantía de los derechos.* La actual crisis de la democracia constitucional consiste esencialmente en el desvanecimiento de esta relación funcional entre democracia formal y democracia sustancial, entre medios y fines, entre normas de reconocimiento y razón social del artificio institucional, y en el carácter cada vez más autorreferencial tanto de los poderes políticos como de los poderes económicos, sobrelegitimados como poderes absolutos y fines en sí mismos, unos por las culturas populistas y los otros por las liberistas. Por eso, la reconstrucción y, a escala supraestatal, la construcción de la democracia requiere una refundación de la legalidad y la introducción de un complejo sistema de equilibrios y separaciones entre funciones públicas, para la salvaguarda de la sujeción a la ley de cualquier poder, de la garantía de los derechos fundamentales postulada por el modelo normativo del garantismo constitucional y de la con-

siguiente primacía de la dimensión sustancial de la democracia como razón social del artificio institucional.

Como se ha dicho en el § 4.4, la crisis de la legalidad se manifiesta tanto en un *exceso de derecho* como en un *vacío de derecho*: por un lado, en un exceso producido por la inflación legislativa, por la creciente indeterminación e inconsistencia del lenguaje legal y por el desorden de las fuentes; por otro, en un vacío producido por los procesos de desregulación, delegiferación y deconstitucionalización y, al mismo tiempo, por la falta de construcción de una esfera pública y de una legalidad de rango constitucional y supranacional a la altura de los nuevos poderes, públicos y sobre todo privados, que se han deslocalizado fuera de las fronteras nacionales y se han sustraído a la sujeción a la ley, todavía prevalentemente estatal. En ambos casos la crisis de la legalidad equivale a una crisis de su papel garantista, como técnica de tutela y de actuación de los derechos fundamentales y, a la vez, como sistema de límites y vínculos al conjunto de los poderes. Precisamente, mientras el *exceso de legalidad* determinado por la inflación legislativa y el desorden del lenguaje legal tiene generalmente un sentido *iliberal*, al manifestarse en un crecimiento de las restricciones de los derechos de libertad, el *vacío de derecho* determinado por la ausencia de límites y vínculos a los poderes públicos y sobre todo privados tiene habitualmente un sentido *antisocial*, al manifestarse en un defecto de regulación de los poderes económicos y, en particular, en la falta de actuación de los derechos sociales.

Por consiguiente, en primer lugar, debe refundarse la *legalidad ordinaria*, cuya crisis consiste en el *exceso* de legislación y requiere una refundación radical de las formas de la producción legislativa. Frente al colapso del lenguaje de las leyes, hoy sería más necesario que nunca retomar el proyecto ilustrado formulado hace más de dos siglos por Gaetano Filangieri y por Jeremy Bentham, de una *ciencia de la legislación* capaz de proporcionar una técnica de formulación de las leyes lo más rigurosa posible. De un lado, en el plano cualitativo, una refundación del lenguaje legal capaz de asegurar la claridad, simplicidad y univocidad semántica; del otro, en el plano cuantitativo, una refundación de la legalidad apta para impedir la inflación y el caos normativo. En ambos planos, la indicación más simple es la introducción, realmente eficaz solo de producirse a nivel constitucional, de rígidas *reservas de código* y *de leyes orgánicas*, en virtud de las cuales todo el derecho de un determinado sector debería estar incluido en un mismo código o en un único texto legislativo: por ejemplo, todas las normas penales y procesales dentro del Código Penal y del Código Procesal Penal y ninguna de ellas fuera de

los códigos, en garantía, cuando menos, de la coherencia, la sistematicidad, la cognoscibilidad del conjunto y también, con ello, de su efectividad; todas las normas en materia, por ejemplo, de sanidad, educación, trabajo, medio ambiente, fiscales o de obras públicas en otras tantas leyes orgánicas[23]. La refundación de la calidad del lenguaje legal llama en causa a la responsabilidad no solo de la política, sino también de la ciencia jurídica. Junto a la copiosa literatura producida cada año en materia de interpretación y argumentación jurídicas, sería deseable un mayor desarrollo de los estudios y las investigaciones en materia de ciencia de la legislación a fin de conseguir técnicas de garantía idóneas para vincular, de ser posible constitucionalmente, el lenguaje legal al máximo rigor, la simplicidad, la claridad y también la sobriedad normativa[24]. Está en juego el mantenimiento del estado de derecho, que obviamente supone la capacidad reguladora de la ley, comprometida tanto por su deriva inflacionista como por su oscuridad e indeterminación semántica.

Todavía más importante es la refundación de la *legalidad constitucional* dirigida a colmar el *vacío* de derecho y de garantías generado por los procesos de deconstitucionalización y delegiferación y, sobre todo, por la falta de actuación de los derechos establecidos en las cartas internacionales. Esta requiere una *ciencia de la constitución* que identifique los derechos y bienes fundamentales merecedores de tutela en los

23. He sostenido en otras ocasiones la necesidad de un reforzamiento del principio de legalidad penal estipulando en la constitución la reserva de código en lugar de la actual reserva de ley: al respecto, *Sulla crisi della legalità penale. Una proposta: la riserva di codice* [2001], ahora en L. Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, ed. de D. Ippolito y S. Spina, revisión de la ed. española de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2018, pp. 201 ss. Volveré sobre este asunto en el § 7.6. Una débil reserva de código —débil por ser de rango legislativo— ha sido introducida en Italia por el Decreto legislativo 21/2018, en actuación de la Delegación legislativa 103/2017 que ha incluido en el Código Penal el siguiente artículo 3 *bis*: «Solo podrán introducirse en el ordenamiento nuevas disposiciones que prevean delito si modifican el Código Penal o se incluyen en leyes que disciplinen de manera orgánica la materia».

24. Sobre el asunto, véase, P. Costanzo, *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento (strumenti e tecniche nella XVI legislatura)*, Jovene, Nápoles, 2011. Uno de los aspectos más deletéreos del estilo legislativo es el frecuente reenvío en las leyes a artículos o partes de estos de otras leyes mencionadas solo por el número, como en un sistema de cajas chinas. Este estilo normativo ha sido incluso explícitamente prohibido por una ley: «todo reenvío a otras normas contenido en disposiciones legislativas, así como en reglamentos, decretos o circulares», estableció el artículo 3 de la Ley 69/2009, de 18 de junio, debe indicar «de forma sintética y claramente comprensible [...] la materia a la que las disposiciones hacen referencia». Pero esta norma se ha convertido en letra muerta, confirmando el hecho de que, para ser vinculante, habría tenido que estar inscrita en la Constitución.

distintos planos del paradigma constitucional, estatales y supraestatales; que, a través de leyes o tratados internacionales, prevea e imponga además la introducción de las garantías primarias y secundarias de los derechos constitucional e internacionalmente establecidos, y la construcción de las correspondientes funciones e instituciones de garantía, a su vez primarias y secundarias; que, en fin, garantice, como se verá en los dos próximos parágrafos, la institución de un complejo sistema de separaciones entre los diversos poderes, públicos y privados, políticos y sociales, de gobierno y de garantía, sobre la base de sus diversas y a veces opuestas fuentes de legitimación.

Separación de poderes y garantía de los derechos están además interconectadas. En efecto, pues la separación es el presupuesto de la garantía de los derechos y está justificada y legitimada por ella: porque garantiza el ejercicio independiente y sujeto solo a la ley y la constitución de las funciones de garantía, previstas para la tutela de los derechos de todos, incluso contra los poderes de la mayoría y contra los poderes económicos privados; y porque, a través de la red de incompatibilidades por la que está garantizada, es el principal remedio para los inevitables condicionamientos y conflictos de intereses generados por la confusión de poderes con las mismas personas como titulares. Por lo demás, si los derechos fundamentales y sus garantías son límites y vínculos a los poderes, entonces también las funciones y las instituciones de garantía, como contrapoderes, deben estar separadas y ser independientes de las funciones políticas y de los poderes económicos que tienen el cometido de limitar y vincular. Añádase que es verdad también lo contrario: la separación de las funciones de gobierno de las funciones de garantía, a comenzar por la independencia de las judiciales, solo se justifica si estas desempeñan efectivamente su papel de garantía de los derechos. Seguramente los jueces franceses del *ancien régime* eran independientes, al ser dueños de sus cargos. Pero eran unos jueces feroces y nadie defendió y echó de menos su independencia. No por casualidad, para confirmar este nexo recíproco, el artículo 16 de la *Déclaration* de 1789 identificó conjuntamente la garantía de los derechos y la separación de poderes como constitutivas de la idea de constitución: «la sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos y establecida la separación de poderes no tiene constitución». Por eso, añadiré incidentalmente, el antifascismo es un rasgo genético de las constituciones democráticas y de la democracia constitucional, nacida en Italia y en Europa tras la liberación de las dictaduras y de las ruinas de la segunda guerra mundial: porque el fascismo, más que en la ausencia de consenso popular, consistió, precisamente, en la negación de la garantía de

los derechos y de la separación de poderes, que son, a su vez, la negación del fascismo[25].

Por tanto, dentro de la compleja geografía actual de los poderes, distinguiré dos tipos de separaciones: en primer lugar, en el § 5.6, las *separaciones extrainstitucionales*, habitualmente ignoradas por la teoría política y jurídica, entre poderes públicos y poderes no públicos, como son, de un lado, los poderes sociales de los partidos y, del otro, los poderes económicos del mercado; en segundo lugar, en el § 5.7, dentro de la esfera pública, las *separaciones intrainstitucionales* entre las que he llamado funciones de gobierno y funciones de garantía, tanto primarias como secundarias. Como trataré de hacer ver, las separaciones extrainstitucionales sirven para garantizar la *dimensión formal* de la democracia, asegurando la primacía política de las fuerzas sociales y reforzando la representatividad de las funciones de gobierno y su autonomía frente a los poderes económicos y financieros. Las separaciones intrainstitucionales valen, en cambio, para garantizar la *dimensión sustancial* de la democracia constitucional, asegurando la independencia de las funciones y de las instituciones de garantía de los derechos fundamentales, primarias y secundarias, frente a las funciones políticas de gobierno y los poderes económicos.

5.6. *Las separaciones extrainstitucionales: entre funciones políticas representativas y fuerzas sociales representadas y entre esfera pública y esfera privada.* Las separaciones extrainstitucionales impuestas por el paradigma constitucional, como condiciones de la dimensión formal de la democracia, son esencialmente dos, la una en la base de la democracia política, la otra en la base de la democracia económica. La primera es la separación entre clase política y fuerzas sociales, entre funciones políticas representativas y fuerzas sociales representadas. La segunda es la separación entre poderes políticos y poderes económicos, entre esfera pública y esfera privada. Estas dos separaciones, aunque no previstas por el viejo principio de la separación de poderes, son su necesaria actualización. En su clásica versión de Montesquieu, la separación estaba referida solamente a los poderes públicos: la primacía del poder legis-

25. Es por lo que gozan de total fundamento el nexo conceptual entre democracia y antifascismo y la antítesis entre fascismo y democracia instituidos por Norberto Bobbio (*Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, ed. de M. Bovero, Baldini e Castoldi, Milán, 1997, en particular, pp. 99-119). Es evidente que la definición de la democracia como antifascismo es una definición no formal, que incluye límites y vínculos sustanciales al poder político, consistentes en la garantía de los derechos vitales, de libertad y sociales, y de la separación de poderes.

lativo sobre el poder ejecutivo, entonces correspondiente al monarca, y la independencia de la jurisdicción de los otros dos poderes. No afectaba, en cambio, a las relaciones entre poderes públicos y poderes extrainstitucionales: no a las relaciones entre los poderes de gobierno y los poderes sociales de los partidos representados por los primeros, que se impondrán con la democracia representativa y el sufragio universal, y tampoco a las relaciones entre los poderes políticos y los poderes económicos al haber sido estos ideológicamente concebidos como libertades, según se ha visto. Pero es de la separación de estos dos pares de poderes de la que depende el futuro de la democracia formal, política y económica y, como reflejo, de la entera democracia constitucional.

La primera de estas separaciones extrainstitucionales forma el presupuesto elemental de la representación política, que implica necesariamente la distinción y la separación entre representantes y representados, entre *funciones públicas representativas* y *sujetos sociales representados*. Como se verá en el § 6.6, las razones de esta separación se comprueban por la crisis de la representatividad de las funciones políticas de gobierno, determinada en gran parte por la actual confusión entre representantes y representados. Desde ahora, puede, por tanto, afirmarse que un sistema político será representativo del pluralismo de los intereses y de las voluntades de los electores en la medida en que los partidos políticos encargados de la organización de las fuerzas sociales sean distintos y estén separados de las instituciones representativas. Esta distinción y esta separación —en Italia, pero no solo— se ha ofuscado y, de hecho, se ha desvanecido. Los partidos políticos, concebidos por el artículo 49 de la Constitución italiana como las asociaciones libres a través de las cuales los ciudadanos ejercen el derecho de «concurrir por un método democrático a determinar la política nacional», se han alejado de la sociedad y se han integrado y casi identificado de hecho con las propias instituciones representativas, es decir, con los grupos parlamentarios y por eso con los mismos titulares de los poderes legislativos y de gobierno que deberían ser sus representantes. El desvanecimiento de esta alteridad entre representantes y representados ha anulado de hecho tanto la representatividad de los primeros como su responsabilidad ante los segundos, sustituyéndolas por el consenso pasivo de los electores a los actores de la escena política.

La segunda separación extrainstitucional de la que depende el futuro de la democracia es la de los *poderes políticos públicos* y los *poderes económicos privados*, a la que se dedicará el § 6.7. Aquí bastará recordar que los derechos civiles de autonomía negocial, como se ha hecho ver en el § 3.3, aun siendo fundamentales, no consisten en libertades,

sino en poderes. No solo. En ausencia de límites adecuados, en el actual mundo globalizado, estos son también los poderes más invasivos y rapaces, capaces de someter, deformar y desviar a todos los demás. Como se verá en el próximo capítulo, reconocer el carácter de «poderes» de estos derechos es el primer paso en la dirección a un constitucionalismo de derecho privado, basado en su rígida subordinación a las leyes y a la constitución, al no ser admisibles en el estado «de derecho», y menos aún en el estado constitucional de derecho, poderes absolutos no sujetos al derecho. También el mercado, no menos que el estado desarrollado bajo las formas del «estado de derecho» primero legislativo y después constitucional, debe ser sometido, como «mercado de derecho», a límites y controles públicos: a la ley y, sobre todo, a la constitución y a todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. El segundo paso, no menos importante, es la rígida separación entre «público» y «privado», entre poderes públicos y poderes económicos, que debería formar parte del constitucionalismo profundo del estado moderno, antes aun que de la democracia. En efecto, pues el estado nació como esfera pública separada y supraordenada a las esferas privadas de la economía, confundidas en el viejo estado patrimonial y en los antiguos regímenes de tipo feudal.

En esta segunda separación se manifiesta de manera evidente el nexo ya señalado entre la separación de poderes y la diversidad de sus fuentes de legitimación. La fuente de legitimación de los poderes económicos privados es la autodeterminación en el cuidado de los propios intereses: en síntesis, consiste en los intereses privados confiados por esta a la gestión de sus mismos titulares. La fuente de legitimación de los poderes políticos es, en cambio, el cuidado de los intereses generales: consiste en el papel de regulación de los poderes privados, de otro modo salvajes, en garantía de los intereses públicos y de los derechos de todos. De aquí el inevitable *conflicto de intereses* provocado por la confusión entre intereses privados o individuales e intereses públicos o colectivos, no obstante su diversidad e incluso su oposición. El caso límite se da cuando los poderes públicos y los privados caen en manos de la misma persona. En tal supuesto, el conflicto de intereses se resuelve en la primacía de los intereses personales, que devoran a los intereses públicos y generales, sometiéndolos e instrumentalizándolos. Esta confusión convierte la misma corrupción en algo superfluo, dado que esta supone, precisamente, la separación entre corruptores privados y corruptos públicos, y se convierte por eso en algo inútil cuando las dos figuras coinciden en la misma persona. De esto ha habido en Italia una penosa experiencia de veinte años. Pero la primacía de los intereses y de los poderes priva-

dos y por eso la inversión de la relación entre política y economía, entre poderes públicos y poderes privados, se produce inevitable y sistemáticamente también a causa de un fenómeno menos patológico en apariencia, sobre el que volveré en el capítulo VIII: la asimetría entre el carácter global de los poderes económicos y financieros y el carácter prevalentemente local de las funciones políticas de gobierno y consecuentemente, en ausencia de garantías adecuadas, la subalternidad de la política a las leyes del mercado más que a las normas constitucionales.

5.7. La separación intrainstitucional: entre producción y aplicación del derecho y entre funciones de gobierno y funciones de garantía. Si las separaciones extrainstitucionales valen para garantizar la dimensión formal, es decir, política y económica de la democracia, las separaciones intrainstitucionales sirven para garantizar la dimensión sustancial, tanto liberal como social, de la democracia constitucional. La hipótesis aquí avanzada es que los dos cambios de paradigma del derecho ilustrados en el § 4.1 comportan e imponen dos órdenes de separaciones intrainstitucionales entre distintas esferas y actividades normativas y entre las conexas formas de poder. Primero, con el nacimiento del derecho moderno como derecho estatal y del estado moderno como estado legislativo de derecho, la diferenciación y la separación entre legislación y jurisdicción, entre producción de normas y su aplicación sustancial, o sea, entre *funciones de gobierno* y *funciones de garantía secundaria*; sucesivamente, con la edificación de ese complejo sistema normativo que es el estado constitucional de derecho, las ulteriores diferenciación y separación, sin embargo, no siempre realizadas, entre *funciones de gobierno* y *funciones de garantía primaria*. Se trata de dos órdenes de diferenciaciones y separaciones correspondientes a otras tantas fuentes de legitimación, que solo un complejo sistema de incompatibilidades es capaz de garantizar.

La primera separación intrainstitucional es el reflejo de la separación entre derecho y moral, o entre derecho y justicia, que se produce con el primero de los dos aludidos cambios de paradigma: el de signo positivista que marca el paso del derecho jurisprudencial premoderno al moderno derecho positivo. Esta separación tiene dos significados diferentes —el uno asertivo y teórico, el otro prescriptivo y axiológico— ambos esenciales para la fundación del estado liberal de derecho y ambos conectados con el reconocimiento del pluralismo moral, político, religioso, ideológico y cultural que atraviesa —y es necesario garantizar que lo haga— toda sociedad liberal-democrática. En el § 7.3, dedicado a la democracia liberal, hablaré de la separación entre derecho y moral

en sentido prescriptivo, que está en la base del *principio de laicidad* y es un corolario del *liberalismo político* y, al mismo tiempo, del *utilitarismo jurídico* que, por decirlo de algún modo, es la otra cara del liberalismo. Aquí hablaré de la misma separación en sentido teórico y asertivo, que constituye el presupuesto de la formulada en sentido prescriptivo, al ser un corolario del *positivismo jurídico*, esto es, del *principio de legalidad formal* afirmado en el origen de la Edad Moderna como la norma de reconocimiento del derecho existente[26]. En virtud de este principio no se puede decir ni que una norma jurídica es inválida solo por ser injusta, como suponen las diversas ideologías iusnaturalistas, ni que una norma es justa solo por ser válida, como lo entienden las opuestas y simétricas ideologías ético-legalistas. Dos ideologías que, si en apariencia, son diametralmente opuestas, pueden resultar lógicamente equivalentes. En efecto, decir, según la conocida fórmula *iusnaturalista* de Radbruch, que si una norma es intolerablemente injusta, entonces no es jurídicamente válida[27], por la ley lógica de la contraposición, equivale a decir que si es jurídicamente válida, entonces no es intolerablemente injusta, o sea, es tolerablemente justa: que es precisamente la tesis autoritaria e iliberal que caracteriza a todo *legalismo ético*.

La positivización del derecho se afirma contra el carácter arbitrario de la jurisdicción, que se sigue del carácter iliberal de esta confusión entre derecho y moral, o entre validez y justicia, que de hecho remitía la identificación del derecho válido a la valoración moral y al sentido de

26. Recuérdense los pasajes de Hart sobre la separación entre derecho y moral y sobre la noción de positivismo jurídico citados en la nota 12 de la Introducción.

27. Según esta fórmula, enunciada por Gustav Radbruch tras la caída del nazismo, «el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia» (G. Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* [1946], trad. cast. de M. I. Azaretto de Vázquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 37). La mejor refutación de este escrito de Radbruch se debe a H. L. A. Hart, «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale», cit., § IV, pp. 143-152, que en la fórmula ha puesto de relieve, además de una «sorprendente retractación» de las precedentes posiciones positivistas de Radbruch, «una buena dosis de ingenuidad [...] al considerar que la insensibilidad a las exigencias de la moral y el servilismo en relación con el poder del estado, en un pueblo como el alemán, puedan ser fruto de la creencia de que 'la ley es la ley', aun cuando esta no responda a los mínimos requisitos de la moral» y, sobre todo, «una enorme sobrevaloración de la importancia atribuida por él a la cuestión» de la calificación de una ley «como norma jurídica válida» (*ibid.*, pp. 146-147): cual si la validez de la ley manifiestamente injusta eximiese de la obligación moral de la desobediencia y de la resistencia.

justicia de los diversos jueces. Precisamente porque la pluralidad de las concepciones de la justicia y de las opciones ético-políticas en las que se basaba el derecho jurisprudencial premoderno equivalía, de hecho, al arbitrio judicial, en perjuicio tanto de la libertad como de la certeza, se concibió la necesidad de una convención —la ley del estado, preestablecida con respecto a los juicios— idónea para garantizar la objetividad del derecho, por eso llamado «positivo». De aquí se han derivado dos autonomías recíprocas: de un lado, la autonomía del derecho de la moral, al ser el derecho ya no lo que es (considerado) justo o razonable, según la vieja concepción iusnaturalista, sino todo y solo lo establecido por la ley; del otro, la autonomía de la moral frente al derecho, al haberse autonomizado la moral como punto de vista externo a este, virtualmente crítico y proyectivo en su relación con él.

Pero, en el plano institucional, se ha derivado asimismo la neta diferenciación y la separación entre *producción* y *aplicación* del derecho, en gran parte desconocidas para el derecho jurisprudencial premoderno, la primera como pre-determinación de los contenidos de la segunda y esta como comprobación de los presupuestos establecidos por aquella. De aquí se ha seguido el primer desnivel normativo interno al ordenamiento: la sujeción de la jurisdicción a la ley, como aplicación sustancial de normas legalmente preestablecidas y supraordenadas a ella. Esta es la primera condición del papel garantista del derecho, que no por casualidad se produjo sobre todo en el terreno penal. En efecto, pues solo la predeterminación legal de lo que es punible garantiza, además del carácter tendencialmente cognoscitivo del juicio, la libertad de los ciudadanos frente al arbitrio judicial y, al mismo tiempo, la certeza del derecho y la igualdad frente a la ley. Pero esta condición se generalizó después a todos los sectores del derecho público, en virtud de la extensión del principio de legalidad también al poder ejecutivo, a la administración pública. En el viejo modelo del estado legislativo de derecho, solo el poder legislativo permaneció *legibus solutus*.

La segunda separación intrainstitucional entre poderes del estado y un segundo orden de desniveles normativos se produjeron cuando, tras los horrores de los fascismos, también el poder legislativo fue sometido al derecho y, más precisamente, a constituciones rígidas, poniéndose así fin a ese último residuo de absolutismo y de gobierno de los hombres que era la omnipotencia del legislador. Con el cambio de paradigma producido en los sistemas políticos por la constitucionalización de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos sociales, se han desarrollado, o en todo caso han recibido un fundamento y una garantía constitucionales instituciones y funciones, como la sanidad y la

escuela pública, la previsión y la asistencia social, que obviamente eran desconocidas en la experiencia jurídica del siglo XVIII cuando se formuló la clásica tripartición de Montesquieu. Al no poder ubicarse estas funciones en el marco del poder legislativo o del judicial, fueron situadas dentro de ese gran contenedor en que se convertiría la administración pública, quedando impropiamente bajo la dependencia del poder ejecutivo y compartiendo con este, a pesar de la falta de pertinencia, la misma fuente de legitimación de tipo político y mayoritario. Pero es claro que estas son *funciones administrativas de garantía primaria*, que al igual que las jurisdiccionales de garantía secundaria están legitimadas por la determinación de los derechos garantizados por ellas, y por eso deberían estar también separadas y ser independientes de las funciones políticas de gobierno. En efecto, pues comparten todas las características del poder judicial: el carácter tendencialmente cognoscitivo de su ejercicio como aplicación sustancial de la ley sobre la base de la verificación, por lo general puramente técnica, de los derechos legal y constitucionalmente establecidos; su legitimación consistente, no en el consenso político de la mayoría o de la opinión pública, sino en el papel de garantía de los derechos de todos; su carácter contramayoritario a causa del carácter contramayoritario de los derechos garantizados. De aquí la necesidad, señalada en sede de teoría del derecho en los § 3.8 y 3.9, de una revisión de la clásica separación de los poderes públicos, que distinga y separe de las *funciones* y de las *instituciones administrativas de gobierno* —como, por ejemplo, las relativas a la política, a la política económica o a la de orden público, auxiliares de las funciones políticas de gobierno y por eso dependientes de estas— las que he llamado *funciones* e *instituciones administrativas de garantía primaria*, como la enseñanza pública, la asistencia sanitaria y la seguridad social, que deberían tener garantizadas la misma independencia y separación de las funciones de gobierno que están aseguradas a las funciones judiciales de garantía secundaria.

Por consiguiente, si la positivización se afirmó contra el arbitrio de la jurisdicción, la constitucionalización del derecho se ha afirmado frente al arbitrio de la legislación, consiguiente a la ausencia de límites y vínculos al poder político, que tuvo sus nefastos resultados con los fascismos del siglo pasado. Precisamente para poner fin a ese arbitrio, se estableció una nueva convención —el pacto constitucional— capaz de conferir positiva objetividad a los mismos principios ético-políticos que el legislador debe respetar y actuar. De aquí se ha seguido un segundo desnivel normativo, añadido al existente entre legislación y jurisdicción propio del estado legislativo de derecho: el desnivel entre constitución y ley

y, consecuentemente, la ilegitimidad de las violaciones de los principios constitucionales por parte de la legislación, por acción o por omisión. De aquí la diferenciación y la separación entre funciones políticas de gobierno y funciones políticas de garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. Naturalmente el garantismo —sea liberal o social, político o civil— puede de hecho ser actuado también solo desde el primer desnivel, es decir, en el estado legislativo de derecho: un derecho penal garantista puede realizarse también sin constitución rígida, del mismo modo que el estado social se desarrolló, bien que en formas burocráticas, mucho antes de la introducción de las constituciones rígidas. Pero solo el segundo desnivel, precisamente el del estado constitucional de derecho, puede imponer tal garantismo al legislador, en la forma de la obligación de construir adecuadas instituciones y funciones independientes de garantía primaria positiva.

Así, dentro del sistema de los poderes públicos, gracias a los cambios de paradigma generados por el positivismo y por el constitucionalismo, tenemos dos figuras del poder político, la de los poderes o de las *funciones de gobierno*, correspondientes a la dimensión formal de la democracia porque atinente a las formas, es decir, al *quién* y al *cómo* de las decisiones en la esfera de lo decidible, y la de los poderes o de las *funciones de garantía, secundarias* y *primarias*, correspondientes a la dimensión sustancial de la democracia constitucional porque atinentes a la sustancia, esto es, al *qué* de las decisiones, en garantía de la esfera de lo no decidible constituida por la tutela y por la satisfacción de los derechos fundamentales. Es por lo que el principio de autoridad, aun cuando la autoridad sea democrática, es decir, representativa de la mayoría, no puede ser nunca una fuente de legitimación de las funciones de garantía, ni de las primarias ni de las secundarias o jurisdiccionales. Por dos órdenes de razones, consistentes en otros tantos fundamentos de su independencia.

La primera razón es, precisamente, la *garantía de los derechos individuales*, a comenzar por los fundamentales. Lo garantizado por las funciones de garantía no es un interés general cualquiera, sino los intereses y los derechos de los individuos: los derechos fundamentales de libertad de la persona frente a limitaciones o censuras; los derechos de defensa del imputado contra juicios y castigos arbitrarios en el proceso penal; los derechos patrimoniales de las partes en el proceso civil; los derechos sociales de los ciudadanos por obra de las funciones y de las instituciones de garantía primaria. Y puesto que los derechos de cada individuo, según una bella imagen de Ronald Dworkin, son siempre virtualmente contra los poderes de las mayorías, también las funciones y las insti-

tuciones predispuestas para su garantía deben ser, virtualmente, contra las mayorías. «Cuando siento al poder hacer pesar su mano sobre mi cabeza —escribió Tocqueville—, me importa poco saber quién me oprime y [no estoy] más dispuesto a [poner] mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten»[28].

La segunda razón y el segundo y aún más importante fundamento de la separación de las funciones de garantía respecto de las funciones de gobierno residen en su carácter tendencialmente cognoscitivo, ligado a su papel de comprobación de los presupuestos legales de su ejercicio. El poder judicial y las funciones de garantía primaria son poderes contramayoritarios porque legitimados, como se dijo en el § 3.9, por la «verdad», aunque sea relativa, de tal comprobación. Tal es el sentido de la máxima «pero hay jueces en Berlín»: deberá haber un juez independiente que determine la existencia o no de razón y sea capaz de absolver cuando no existan pruebas y todos pidan la condena, o de condenar en presencia de pruebas cuando todos pidan la absolución. Esta independencia no contradice, sino que, al contrario, es un corolario de la primacía de la política en la producción de nuevo derecho y, en democracia, de su fundamento mayoritario: las palabras del artículo 101, 2.° de la Constitución italiana —«los jueces están sujetos solamente a la ley»— reflejan y combinan felizmente tanto el *principio mayoritario* que, en democracia, legitima a la ley a la que el juez está sujeto, como el *principio antimayoritario* que la misma sujeción del juez *solamente* a la ley impone a la jurisdicción. Precisamente porque, en democracia, la jurisdicción se vincula, a través de la sujeción a la ley, a la voluntad política de las mayorías parlamentarias que tiene expresión en ella, la sujeción de los jueces *solamente* a la ley equivale a su legitimación sobre la base de la sola *verdad procesal* de las motivaciones de sus pronunciamientos, es decir, de la correcta comprobación de los presupuestos de la decisión en que consiste la aplicación sustancial de la ley. Pero lo mismo puede decirse de las funciones de garantía primaria, legitimadas, no ciertamente por el principio de mayoría, sino por la garantía de los derechos fundamentales de todos.

Por ambas razones, todas las funciones de garantía —tanto las primarias de carácter administrativo como las secundarias de carácter judicial— requieren ser independientes de las funciones políticas de gobierno y es por lo que se configuran como un límite al ejercicio de estas y, por consiguiente, de la democracia política. Y, no obstante, enlazan con

28. A. de Tocqueville, *La democracia en América* [1840], ed. crítica y trad. de E. Nolla, Trotta, Madrid, 2010, vol. II, primera parte, cap. II, p. 715.

la soberanía popular, en el sentido en que esta ha sido redefinida en el § 5.4, a través, por un lado, de la aplicación sustancial de la ley y, por otro, de la garantía de los derechos fundamentales, que son derechos que se refieren a todo el pueblo en un sentido aún más intenso que el principio de mayoría, ya que consisten en poderes, en contrapoderes y en expectativas de todos.

Hay, en fin, una última separación, de tipo vertical, que debe promoverse en la perspectiva del desarrollo multinivel de la democracia y por eso de la distinción entre las funciones públicas pertenecientes a distintos niveles —locales, estatales, federales y globales— de ordenamientos. Esta separación corresponde al último y más complejo cambio de paradigma de la democracia constitucional, aquí formulado en el capítulo cuarto: el desarrollo de un constitucionalismo supraestatal, en parte ya diseñado normativamente por las diversas cartas internacionales, pero todavía del todo por construir. Está conectada con un tercer desnivel normativo: el que se produce con el fin de la autosuficiencia jurídica de los estados nacionales como titulares del monopolio de la producción normativa y que hoy se manifiesta en el desarrollo en gran parte desregulado, fuera de las fronteras nacionales, de poderes y fuentes normativas, públicas y privadas, de hecho, aún más relevantes que los poderes y las fuentes estatales. En el capítulo VIII, hablaré de la crisis de la democracia constitucional determinada por esta sustancial anomia y de la necesidad y urgencia de su superación. Aquí baste decir que la solución de una crisis semejante solo puede llegar a través de una tercera separación: entre el nivel federal y los niveles federados, generada por la adopción del paradigma federal, redefinido en el § 4.9. Deberían ser prevalentemente federales las funciones de garantía de los derechos y de los bienes fundamentales, a causa de su papel antimayoritario de tutela de la igualdad en los derechos, y prevalentemente federadas las funciones de gobierno, legitimadas, en cambio, por la voluntad popular y por eso encomendadas a las mayorías políticas.

5.8. *La jerarquía y la geografía democráticas de los poderes garantizadas por sus separaciones y trastornadas por sus confusiones.* En democracia, las separaciones extrainstitucionales y las intrainstitucionales entre los poderes hasta ahora ilustradas, garantizan las que llamaré la jerarquía y la geografía de los poderes, una en la base de la dimensión formal y la otra en la sustancial de la democracia constitucional. Precisamente, las separaciones extrainstitucionales entre poderes sociales, funciones de gobierno y poderes económicos garantizan la *jerarquía democrática* de los poderes: que los poderes sociales de los representados orien-

ten, controlen y llamen a responder a los poderes políticos de los representantes, y que estos frenen y disciplinen a los poderes económicos y financieros para contener su natural rapacidad e impedir que lesionen los bienes comunes y los derechos fundamentales de las personas. En cambio, las separaciones intrainstitucionales entre funciones de garantía y funciones de gobierno garantizan, con la independencia de las primeras respecto de las segundas y con las relaciones de subsidiariedad entre funciones de garantía de distinto nivel, la *geografía democrática* de los poderes: que las funciones de garantía limiten y vinculen las funciones de gobierno y los poderes económicos privados, en actuación de los límites y de los vínculos impuestos a estos por los derechos y por los demás principios constitucionalmente estipulados.

Cada una de las cuatro democracias que aquí se han distinguido requiere, por tanto, una separación: la *democracia política* requiere la separación entre fuerzas sociales y funciones de gobierno, en garantía de la representación y de la responsabilidad de las segundas respecto de las primeras y de la primacía de las primeras sobre las segundas; la *democracia civil* comporta la separación entre poderes políticos y poderes económicos, en garantía del papel de gobierno que corresponde ejercitar a los primeros en relación con los segundos para la tutela de los intereses públicos y de los derechos fundamentales de todos; la *democracia liberal* supone la separación entre legislación y jurisdicción, o sea, entre funciones de gobierno y funciones de garantía secundaria, en garantía de la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de las segundas, así como de su efectividad y de su independencia de las primeras; en fin, la *democracia social* comporta la separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía primaria, de nuevo, en garantía de la efectividad de las segundas y de su independencia de las primeras.

La reducción o la ausencia de estas cuatro separaciones han provocado en estos años una inversión tanto de la jerarquía como de la geografía democrática de los poderes, y una consiguiente deformación de las funciones correspondientes. En efecto, pues, al decaer o faltar tales separaciones, sucede que los poderes económicos privados condicionan y someten a los poderes políticos a sus intereses, y que los poderes políticos devoran a los poderes sociales y tratan de subordinar a su control o, de cualquier modo, condicionar el ejercicio de las funciones de garantía, tanto primarias como secundarias. Sucede que los poderes tendencialmente más desregulados porque dotados de mayor autonomía —como lo son indudablemente los poderes económicos privados, guiados únicamente por los intereses personales de sus titulares y legitimados, encima, como «libertades» por la actual cultura políti-

ca— acaban por prevalecer, hasta someterlos, sobre los poderes de gobierno, legitimados por la representación política en la tutela de los intereses públicos; que, además, los poderes representativos de gobierno tienden a neutralizar y a ignorar a las fuerzas sociales organizadas en los partidos, transformándolas en sus apéndices e instrumentos, cuando son ellas las que, por el contrario, como órganos de la sociedad, deberían orientarlos y controlarlos; que, en fin, las funciones políticas de gobierno tienden a prevalecer y a devorar a las funciones administrativas de garantía primaria de los derechos fundamentales, por lo demás, siempre dependientes de ellos, y a limitar o de cualquier modo amenazar la independencia de las funciones judiciales de garantía secundaria. Es lo que ha sucedido y está sucediendo en Italia y en gran parte del Occidente capitalista, donde se ha invertido la jerarquía de las fuentes, gracias también a la asimetría entre el carácter global de la economía y del capital financiero y al carácter siempre prevalentemente local de la política y del derecho y, por eso, a la ausencia de una esfera pública supranacional a la altura de los mercados y de los poderes políticos de los estados más poderosos.

En primer lugar, se ha dado un vuelco a la relación entre política y economía y entre poderes públicos y poderes privados. La política ya no gobierna a la economía, sino al contrario; ya no son los poderes políticos representativos los que dictan las reglas a los mercados, sino las grandes empresas multinacionales y el capital financiero global quienes gobiernan a la política, dictando a las instituciones democráticas, en su exclusivo provecho, medidas de reducción de los derechos sociales y de los derechos de los trabajadores. Y, demasiado a menudo, en ausencia de rígidas garantías de su separación, poderes políticos y poderes económicos se concentran, se acumulan y se confunden entre sí, a causa de los muchos conflictos de intereses y de las diversas formas de corrupción que hoy contaminan las instituciones democráticas.

En segundo lugar, a la subalternidad de la política a la economía y a su impotencia con respecto a los poderes del mercado corresponde, gracias también al desarraigo social de los partidos, un renovado poder y prepotencia de estos en la relación con las personas y sus derechos. En efecto, pues la política puede ser subalterna a los mercados en la medida en que desarrolle su máximo poder en el gobierno de la sociedad. Y esto ha sido posible gracias sobre todo a la desaparición de la separación entre representantes y representados determinada, como se verá en el § 6.6, por la personalización de los poderes políticos y por la transformación de los partidos, de lugares de la formación de la voluntad de los representados, en fieles apéndices de los llamados representantes.

En tercer lugar, la impropia dependencia de las funciones de garantía primaria de los poderes de gobierno, unida a la inversión de las relaciones entre política, economía y sociedad, ha permitido la reducción de las garantías primarias de los derechos sociales: los recortes del gasto público en materia de salud y de educación; la destrucción del viejo derecho del trabajo y de los derechos de los trabajadores; la privatización de muchos servicios públicos esenciales; la pérdida, en fin, de la calidad de las prestaciones sociales, monetizadas a veces como las sanitarias, en contradicción con el carácter igual y por consiguiente gratuito requerido por el carácter universal de los derechos fundamentales.

En cuanto a las funciones y a las instituciones jurisdiccionales de garantía secundaria, su tradicional separación de las funciones de gobierno expresamente establecida en las constituciones, no ha permitido hasta ahora su control por parte de los poderes políticos y económicos. Sin embargo, por lo que se refiere a las controversias civiles más relevantes, ha determinado la expansión de la justicia privada bajo la forma de los arbitrajes. En cambio, en lo que hace a la justicia penal, la intolerancia de la política a las investigaciones judiciales promovidas contra sus exponentes por delitos de corrupción se ha manifestado, no solo en Italia, en un conflicto permanente con la magistratura. El argumento de soporte de esta campaña es siempre la llamada politización de los jueces que persiguen los delitos de los exponentes políticos. Cuando, en realidad, lo cierto es justamente lo contrario: los jueces han dejado de hacer política cuando han comenzado a aplicar la ley igualmente a todos, incluidos los poderosos.

El resultado de estas crisis de las separaciones es una suerte de regresión premoderna: en primer lugar, la regresión del estado de derecho, nacido como esfera pública separada y supraordenada a las esferas económicas privadas, a la confusión entre soberanía y propiedad, entre política y economía, entre público y privado, que recuerda el viejo estado patrimonial y los viejos regímenes feudales premodernos; en segundo lugar, la regresión del estado de derecho al estado jurisdiccional, gracias a un activismo judicial hecho posible por la crisis de la legalidad y secundado, como se dice en el § 3.6, por las actuales concepciones poskelsenianas, principialistas, realistas y neopandectistas de la jurisdicción como fuente creadora de derecho también *extra legem*; en tercer lugar, la regresión de la democracia representativa a formas autocráticas de democracia plebiscitaria, generadas por la sustitución de la mediación del partido entre sociedad e instituciones por la relación orgánica entre jefes y pueblo, entre vértices políticos y electores promovido por los diversos populismos, gracias a la disgregación del tejido social,

a la quiebra del sentido cívico y a la despolitización y reducción a la pasividad de masas crecientes de ciudadanos.

Los tres capítulos que siguen están dedicados, de un lado, al análisis de estas crisis regresivas y a los *procesos deconstituyentes* provocados por ellas y que han afectado a la democracia constitucional en todas sus dimensiones y sus niveles; del otro, a las posibles respuestas a las crisis en curso, consistentes en el desarrollo de *procesos reconstituyentes* de nuestras democracias nacionales y de *procesos constituyentes* de un constitucionalismo supranacional, a la altura de los poderes y de los desafíos globales y en garantía de la paz, de los derechos de todos los seres humanos y de la salvaguardia misma de la habitabilidad del planeta. Mostraré cómo estos procesos constituyentes y reconstituyentes están dictados por la razón, y no solo por las diversas cartas constitucionales e internacionales de derechos: por las razones de la vida y de la libertad y la dignidad de las personas, hoy amenazadas por los numerosos cambios producidos en las relaciones del ser humano con la naturaleza y con la sociedad.

5.9. *Se ha hecho imposible lo que era posible en el pasado y posible lo que entonces era imposible.* Tales cambios, acontecidos en estos años en las relaciones de los seres humanos con el mundo natural y con el social, consisten en el hecho de que hoy se han hecho imposibles muchas actividades que eran posibles en el pasado, mientras que otras, entonces posibles, hoy han devenido imposibles. En ambos casos se requiere una actualización y una expansión del garantismo constitucional.

Ante todo, el proceso tecnológico, debido al crecimiento de la división del trabajo y de la interdependencia social, en formas cada vez más complejas e irreversibles, ha hecho imposible lo que en el pasado era posible: la autosuficiencia de las personas y de las pequeñas comunidades en la producción de las condiciones materiales de vida. «El hombre civilizado», escribía ya Tocqueville, «está infinitamente más expuesto a las vicisitudes del destino que el hombre salvaje»[29]. En efecto, en las so-

29. A. de Tocqueville, *Mémories sur le paupérisme* [1838], en Íd., *Œuvres complètes*, Gallimard, París, 1989, t. XVI, *Mélanges* (trad. cast. de J. M. Ros, *Memorias sobre el pauperismo*, Tecnos, Madrid, 2003). Y más adelante: «El progreso de la civilidad no expone solo a los hombres a numerosas nuevas insidias, constriñe incluso a la sociedad a hacer más llevaderas miserias impensables en las sociedades menos avanzadas [...] Mientras el actual movimiento civilizatorio continúe, el nivel de vida de la mayor parte de la gente se elevará, la sociedad se hará mejor, más informada, la vida será más fácil, más dulce, más cuidada y más larga. Pero, al mismo tiempo, hay que esperar un aumento de quienes necesitarán la ayuda de los demás para obtener un poco de estas ventajas. Tenemos el deber de descubrir los medios con los que atenuar esos males inevitables, que ya es fácil prever».

ciedades primitivas la supervivencia estaba asegurada por una relación directa con la naturaleza de las personas y de su comunidad: los hombres primitivos vivían directamente de los frutos de su trabajo, a través de la agricultura, la caza y la pesca. Por el contrario, en las sociedades actuales, a causa de la creciente división del trabajo, sobrevivir es cada vez menos un hecho natural confiado a la libre iniciativa y a la voluntad de trabajar, y cada vez más un hecho social, dependiente del trabajo de los demás y por eso de la integración del individuo en el tejido de las relaciones económicas y sociales. También de aquí la necesidad de la garantía de los derechos sociales como condición elemental de la convivencia pacífica.

No solo. La división del trabajo se ha desarrollado hoy también entre las naciones, entre las que ha crecido la interdependencia y de las que ya no es posible o, en cualquier caso, cada vez menos posible, la autarquía económica. Por otra parte, la autosuficiencia y el aislamiento se han hecho imposibles también a causa de la globalización de las comunicaciones y de la información. Gracias a la tecnología digital, en la actual aldea global, todos pueden saber de todo y de todos, con el resultado de una más difusa y mayor percepción de las desigualdades, ahora incomparablemente más visibles e intolerables que en el pasado. Todo esto contribuye, naturalmente, al crecimiento de los flujos migratorios, las tensiones sociales y los conflictos políticos. Pero es también un ulterior factor de la necesidad de que la creciente interdependencia económica y la progresiva integración social y cultural se vea correspondida con una integración jurídica y política, a través del tercer cambio de paradigma del derecho en la dirección de un constitucionalismo global, expuesto en el capítulo cuarto.

Al mismo tiempo, como muestran el creciente paro juvenil y los flujos migratorios, el pleno empleo resulta hoy imposible. Se ha roto, de forma irreversible, la relación entre supervivencia, propiedad y trabajo teorizada, junto con la confusión entre propiedad y libertad, por John Locke, al comienzo de la Edad Moderna[30]. De este modo, ha hecho

30. Recuérdese la extensa argumentación desarrollada por J. Locke, *Segundo tratado*, cit., cap. 5, en apoyo del nexo entre supervivencia, trabajo y propiedad: «La razón natural», escribe, «nos dice que, una vez que nacen, los hombres tienen derecho a su autoconservación y, en consecuencia, a comer [y] a beber» (§ 25, p. 55). Este derecho es satisfecho por la propiedad que, a su vez, es fruto del trabajo: «Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona» y, en consecuencia, fruto del propio trabajo, con el cual, a «cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó [...] añade algo que es de sí mismo [y] es, por consiguiente, propiedad

crisis un fundamental postulado ideológico del capitalismo: que cada uno pueda tener trabajo, bastando con que lo quiera, y con ello subsistir, como fuente de legitimación de la ausencia de límites a la acumulación de la propiedad privada. «Esa misma regla de la propiedad», escribe Locke, «a saber, que cada hombre solo debe posesionarse de aquello que le es posible usar, puede seguir aplicándose en el mundo sin perjuicio para nadie; pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes» y, por tanto, será siempre posible encontrar trabajo emigrando «en alguno de los lugares desocupados del interior de América»[31].

Hoy esta posibilidad se ha desvanecido, haciéndose, además, imposible, precisamente al estar prohibida la condición de la supervivencia que fue siempre la emigración. Ya no basta la voluntad de trabajar, emigrando, si fuera necesario, para obtener una ocupación. En efecto, pues en materia de migraciones se ha desarrollado una penosa vicisitud internacional. El derecho natural y universal de emigrar, concebido por Locke como fuente última de legitimación del sistema capitalista, había sido teorizado un siglo y medio antes por Francisco de Vitoria, en sus *Relectiones de indis*, impartidas en 1539 en la Universidad de Salamanca, como fundamento del naciente derecho internacional[32]. En el plano teórico, la afirmación de este *ius migrandi* y de otros derechos, como el de ocupar tierras incultas y de predicar el Evangelio, se inscribía en

suya» (*ibid.*, § 27, pp. 56-57). De esto se sigue que «toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso, será propiedad suya. Es como si, como resultado de su trabajo, ese hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales [...] Y esta apropiación de alguna parcela de tierra, lograda mediante el trabajo empleado en mejorarla, no implicó perjuicio alguno contra los demás hombres. Pues todavía quedaban muchas, en cantidad mayor de la que los que aún no poseían terrenos podían usar» (*ibid.*, § 32-33, pp. 60-61). En efecto, «la naturaleza ha dejado bien sentado cuáles han de ser los límites de la propiedad, pues estos dependerán del trabajo que realice un hombre y de lo que le resulte conveniente para vivir. Ningún trabajo humano fue capaz de apropiárselo todo; y tampoco podría disfrutar hombre alguno más que de parte pequeña. Según esto, era, por tanto, imposible que ningún hombre se entrometiera en los derechos de otro» (*ibid.*, § 36, p. 62).

31. *Ibid.*, § 36, p. 63.

32. F. de Vitoria, *De indis recenter inventis relectio prior* [1539], en *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, ed. de E. Nys, The Classics of International Law, Oceana, Nueva York, 1964, secc. III, 1, p. 257: «Hablaré de los títulos legítimos y pertinentes en virtud de los cuales ha sido posible someter a los indígenas a la autoridad de los Españoles: 1. El primer título es el principio que podemos llamar de la natural sociabilidad y comunicación entre los hombres. 2. De aquí cabe extraer una primera consecuencia: los Españoles tienen derecho a circular en aquellos territorios y a establecerse, sin procurar daño a los indígenas, que no pueden oponerse a ello».

una grandiosa concepción cosmopolita de las relaciones entre pueblos informada por una suerte de fraternidad universal[33]. Desde el punto de vista práctico estaba dirigida a la legitimación de la conquista española del «nuevo mundo»: también con la guerra, en virtud del principio *vim vi repellere licet*, cuando se opusiera ilegítima resistencia al ejercicio de tales edificantes derechos[34]. Y este derecho desarrolló la misma función en los cuatro siglos sucesivos, durante los que sirvió para legitimar la colonización del planeta por parte de las potencias europeas y sus políticas de rapiña y explotación.

Es claro que este derecho de emigrar, por su carácter asimétrico, estuvo viciado desde el principio. Aunque formalmente universal, de hecho, era de uso exclusivo de los occidentales al no ser ejercitable por las poblaciones de los «nuevos» mundos. Por el contrario, sirvió, en perjuicio de estos, para legitimar conquistas y colonizaciones y para ocultar lo que, en las Américas, fue un gigantesco genocidio[35]. Sin embargo, el *ius migrandi* —el derecho de emigrar del propio país, que lógicamente

33. Del principio de la «natural sociabilidad y comunicación entre los hombres», se sigue que «hay bienes que son comunes por derecho natural, como el agua corriente, el mar, los ríos y los puertos, en los cuales, según el derecho de gentes, pueden atracar las naves, cualquiera que sea la parte de la que procedan (*Inst., De rerum divisione*). En efecto, se trata de bienes de utilidad pública. Por eso no está permitido a nadie privar a alguien de su disfrute. De lo que se sigue que los indígenas ofenderían a los Españoles si les prohibieran el acceso a sus territorios» (*ibid.*, 2, *prob.* 10, pp. 257-258).

34. «De aquí se sigue que los bárbaros ofenderían a los Españoles si les impidieran el ejercicio de sus razones» (*ibid.*). «Así pues, si los bárbaros quisieran prohibir a los Españoles el ejercicio de los derechos aludidos, como, por ejemplo, el ejercicio del derecho a comerciar, entonces los Españoles deberán primero, con la razón y la persuasión, manifestar asombro y mostrar que no han llegado para hacer daño, sino para ser acogidos pacíficamente y para circular [...] Luego, una vez expuestas estas razones, si los bárbaros en lugar de aceptarlos reaccionasen con violencia, entonces los Españoles podrán defenderse y hacer todo lo que convenga a su seguridad, dado que *vim vi repellere licet*. No solo. De no tener otro medio de protegerse, podrán también armarse y rechazar las ofensas con la guerra» (*ibid.*, secc. III, 6, p. 260). Sobre esta construcción jurídica, remito a mi *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, cap. I.

35. Tzvetan Todorov ha recordado que en el espacio de medio siglo fue exterminado, también por causa de las epidemias, casi el 90 % de la población indígena de las América: de 80 millones —un quinto de la población mundial— que sumaban, en el momento de su «descubrimiento», los habitantes de las Américas, quedaron reducidos a 10 millones a mediados del siglo XVI; en México el genocidio golpeó al 95 % de los indígenas que, de ser 25 millones antes de la conquista, se vieron reducidos a un millón en el 1600 (*La conquista dell'America. Il problema dell'«altro»* [1982], trad. it. de A. Serafini, Einaudi, Turín, 1992, p. 162 [trad. cast. de F. Botton Burlá, *La conquista de América. El problema del otro*, Siglo XXI, México, [15]2007]).

implica, y al que por eso debería corresponder, el derecho de inmigrar en un país diverso— se mantuvo desde entonces como un principio de derecho internacional consuetudinario, hasta ser consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: «Toda persona», establece en el artículo 13, 2.°, «tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país»[36]. El mismo principio ha sido retomado por casi todas las constituciones, incluida la italiana, que en el artículo 35, 4.° establece: «la República reconoce la libertad de emigración».

Pues bien, hoy se ha invertido esa asimetría. Aquel derecho universal de emigrar, teorizado para uso de los europeos cuando su ejercicio era materialmente imposible para los no europeos, actualmente ha sido negado a estos, haciendo para ellos imposible jurídicamente la inmigración, precisamente cuando se ha hecho posible y materialmente necesaria para ellos. Después de cinco siglos de colonización y rapiñas, ya no son los europeos quienes hacen uso del derecho de emigrar a los países pobres del mundo, sino, al contrario, son las masas de hambrientos de estos países, hasta ayer depredados por nosotros, las que llaman a nuestras fronteras. Y con la inversión de la asimetría se ha producido también una inversión del derecho. En la actualidad, cuando el ejercicio del derecho de emigrar se ha hecho posible para todos es, además, la única alternativa de vida para millones de seres humanos, no solo se ha olvidado su origen histórico y el fundamento jurídico en la tradición occidental, sino que se lo reprime con la misma dureza feroz con que fue blandido en los orígenes de la moderna civilidad, con fines de conquista y colonización.

Por otra parte, el progreso no solo ha hecho imposible lo que era posible en el pasado. Ha hecho también posible, para bien y para mal, lo que entonces era imposible. Sobre todo, el desarrollo tecnológico de la medicina y de la agricultura ha hecho posibles prestaciones que hasta hace un par de siglos eran imposibles: la producción y la distribución de los que en el § 4.8 he llamado *bienes sociales*, es decir, los fármacos y las terapias médicas capaces de asegurar la curación de las enfermeda-

36. «Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country». El mismo principio está recogido, casi con las mismas palabras, en el artículo 12, 2.ª del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; por el artículo 5, *d*, ii), de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965; por el artículo 2, 2.° del Protocolo número 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; por el artículo 22, 2.° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

des y, por otra parte, la comida necesaria para la alimentación básica. El primer constitucionalismo fue solamente liberal, y los derechos sociales a la salud son derechos de reciente generación, no solo por el progreso civil y político, sino también, y quizá sobre todo, porque las capacidades de curación de la medicina —desde la invención de los antibióticos a las vacunas y las técnicas anestésicas en la cirugía— son el fruto de un progreso tecnológico que se ha desarrollado solo en estos últimos dos siglos. Lo mismo puede decirse de la producción industrial de la comida necesaria para garantizar el derecho a la alimentación, en cantidades inconcebibles en el pasado.

Es evidente que en el momento en que ha resultado materialmente posible curar y eliminar el hambre en el mundo, los principios de dignidad e igualdad de las personas han impuesto que estas posibilidades sean aseguradas a todos como derechos fundamentales. De este modo, han vinculado el sistema político a la reducción de las desigualdades de «oportunidades» dependientes de la que John Rawls ha llamado la «lotería natural»[37]: tanto si se trata de desigualdades físicas, debidas a la desigual distribución de los «dones naturales», como la salud, la fuerza, los talentos y las capacidades ligadas a la constitución física de las personas, como si de desigualdades sociales, debidas al nacimiento en un país rico y no pobre o en una familia con recursos y no indigente[38]. Estas desigualdades, afirma Rawls, al depender de la casualidad de los «dones naturales» y de las «contingencias de las condiciones sociales», y no de méritos o responsabilidad de quien es favorecido o desfavorecido por ellas, producen un resultado que es «arbitrario», «desde una perspectiva moral»[39]. Y añadiré que esto también porque los extraordinarios progresos tecnológicos que permiten reducirlas o eliminarlas son los mismos que, en ausencia de derechos fundamentales y de las correspondientes garantías, contribuyen a acrecentarlas de manera exponencial y moralmente intolerable.

Pero el desarrollo tecnológico está haciendo posible también dos gravísimas amenazas para el futuro de la humanidad, impensables en el pasado: el calentamiento climático, que de no ser contenido puede hacer inhabitable la Tierra, y la amenaza nuclear, generada por los centenares de centrales de este carácter y, sobre todo, por los millares de cabezas atómicas que infectan nuestro planeta. También estas amena-

37. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. cast. de M. D. González, FCE, México, 1979, § 12, pp. 95-96.

38. *Ibid.*, § 3, pp. 29 y 32 y § 16, p. 119.

39. *Ibid.*, § 3, p. 32 y § 12, p. 95.

zas se imponen hoy a la reflexión teórica con necesidad y urgencia, y reclaman, como único remedio, el desarrollo de un constitucionalismo global. Requieren, de un lado, la conservación de los bienes ecológicos que en el § 4.8 he llamado *bienes comunes* y, de otro, la prohibición de los que he llamado *bienes ilícitos*, comenzando por las armas, en garantía de la habitabilidad del planeta y de la supervivencia del género humano.

Está luego el extraordinario cambio producido, para bien y para mal, en todas las relaciones sociales y en nuestra relación con el tiempo y con el espacio, por las tecnologías digitales. Los efectos benéficos de estas tecnologías son enormes: la reducción de la fatiga en el trabajo, la rapidez de las comunicaciones y de las informaciones, el crecimiento de la productividad y de la producción industrial, la percepción de la interdependencia y de la unidad del género humano en el que hoy es un mundo enteramente conectado. Pero hay efectos nocivos y todavía incalculables: la toxicodependencia de la red representada por el tiempo creciente que transcurren conectados a ella, sobre todo, los más jóvenes, la expulsión de la fuerza de trabajo y el crecimiento del desempleo acompañadas a menudo por la transferencia de actividades esenciales a usuarios y clientes, la difusión masiva de falsas noticias, las manipulaciones del consenso tanto en política como en el comercio, la violencia y la difusión del odio en la red. Y, además, las múltiples asimetrías de poder entre quien controla y quien hace uso de las redes: el éxito de los demagogos gracias al abuso de los *media* digitales; las nuevas formas, capilares e invasivas, de disciplinamiento y control del trabajo; la vigilancia global hecha posible por parte de poderes públicos y privados; el uso y abuso de los algoritmos predictivos en todas las relaciones de poder y, en general, el crecimiento exponencial de la inteligencia artificial alimentada por la creciente cantidad de datos. Las técnicas informáticas se han puesto inmediatamente al servicio del mercado y de las diversas crecientes demagogias políticas. ¿Qué garantías cabe hipotetizar para que se pongan también al servicio de la democracia, merced a su utilización para manifestar desde abajo y para cubrir desde arriba necesidades vitales insatisfechas, para permitir a las funciones públicas de gobierno y de garantía conocer y afrontar problemas globales, para comunicar competencias ignoradas y para hacer posible la participación activa de masas crecientes en la vida política? Lamentablemente, hay una dificultad que está determinada por la rapidez con que se desarrollan estas técnicas y por la capacidad del mercado para apropiárselas, mientras que es bastante lento y, por consiguiente, se hace rápidamente obsoleto, el desarrollo del derecho, es decir, la invención y la introducción de

garantías a la altura de los ataques a la democracia que, como se verá en el § 7.2, pueden proceder de aquellas. Ataques a la democracia política, por la contaminación del debate público mediante la desinformación; a la democracia económica mediante las estafas a los consumidores y el desarrollo de concentraciones monopolísticas; a la democracia liberal, a través de violaciones de la privacidad, injurias, difamaciones y la organización de formas de vigilancia total.

Se ha desencadenado, en fin, otro fenómeno perverso agigantado por la globalización: la pandemia del coronavirus, que ha golpeado al mismo tiempo a toda la humanidad y está destinada a condicionar profundamente tanto los procesos deconstituyentes como los reconstituyentes y los constituyentes. Se trata de un fenómeno que es global en un triple sentido. Primero, en el de que a causa de la globalización de las comunicaciones el virus se ha difundido con rapidez por todo el planeta, viajando en los aviones, en tren, en barco; en segundo lugar, en el sentido de que una respuesta eficaz a la pandemia habría requerido y requerirá en el futuro respuestas homogéneas, coordinadas y simultáneas de las instituciones políticas globales, para prevenir los contagios y para evitar que se repita su multiplicación; por último, en el sentido de que los efectos económicos sociales y políticos de la pandemia han afectado a todo el planeta y también por esto imponen, en interés de todos, políticas públicas de carácter supraestatal a cargo de una esfera pública de carácter global.

5.10. *La pandemia del coronavirus y sus enseñanzas: la primacía de la esfera pública en materia sanitaria y la necesidad y la urgencia de una expansión del paradigma constitucional a escala global.* Por la falta de una esfera pública de este carácter, los diversos países han respondido a la emergencia sanitaria de la pandemia de distintas maneras, adoptando cada uno, en tiempos distintos, diferentes medidas emergentes, a veces del todo inadecuadas y por eso bastante menos eficaces de las que hubieran podido adoptarse en el marco de una estrategia unitaria y coordinada de carácter global.

En el plano sanitario, estas medidas han consistido, sobre todo, en limitaciones de la libertad de movimientos. Se ha tratado de limitaciones convertidas en sacrosantas por la necesidad de garantizar el derecho a la vida de millones de personas: un derecho este replanteado por la pandemia como fundamental y previa razón social del artificio institucional. Sus fundamentos constitucionales han sido distintos en cada país. En Italia, la Constitución no prevé el estado de excepción, como sí lo hacen las constituciones de muchos otros países. A mi juicio es una

suerte. Institutos de este tipo —como el *état d'urgence* previsto por el artículo 6 de la Constitución francesa y el «estado de alarma» previsto por el artículo 116 de la Constitución española—, aunque lo sean con rígidas limitaciones temporales y bajo control parlamentario, tienen presupuestos inevitablemente genéricos e indeterminados —las «medidas indispensables» requeridas por las «circunstancias»— que dejan abiertos espacios igualmente indeterminados de arbitrio en cuanto a la limitación de todos los derechos fundamentales y hasta el funcionamiento de los órganos constitucionales.

En cambio, la Constitución italiana no admite excepciones a la democracia. Y, sin embargo, como prueba de la no necesidad de estados de excepción, ha permitido igualmente las restricciones de las libertades necesarias para contener el contagio a tenor de las mismas normas constitucionales que garantizan esas libertades: la limitación de la libertad de circulación, que el artículo 16 prevé pueda producirse por «ley», «por motivos de salud o de seguridad»; la de la libertad de reunión, cuyo ejercicio puede prohibirse por la «autoridad», dice el artículo 17, «por motivos comprobados de seguridad y de incolumidad pública»; la de la libertad personal, en fin, también limitable «por disposición legal», en virtud del artículo 32, bajo la forma de las cuarentenas domiciliarias (el llamado *lockdown*) dispuestas como «tratamientos sanitarios» obligatorios para la tutela de la «salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad». La letra de la Constitución habría requerido que las limitaciones de estas libertades se hubieran adoptado mediante numerosos decretos-leyes emanados del Gobierno durante los meses de la emergencia y no mediante sus «disposiciones de actuación» producidas en forma de decretos del presidente del Consejo de Ministros previstos por el Decreto legislativo 1/2018, de 2 de enero —el llamado «Código de la protección civil»— que los permite sobre la base de la declaración del estado de emergencia disciplinada por los artículos 7, 1, c y 24, 1. En efecto, a diferencia de estas decisiones administrativas, los decretos-leyes están dotados del rango legislativo exigido por la Constitución para las limitaciones de la libertad de movimientos y de la libertad personal, y por eso están sometidos al control del Parlamento y, antes aun, al examen de su constitucionalidad por el presidente de la República. En cambio, el Parlamento ha permanecido sustancialmente ajeno a la formulación de todo el vasto aparato de las medidas adoptadas, cuya discusión parlamentaria —de haberse utilizado siempre la forma de los decretos-leyes, perfectamente aptos para hacer frente a la emergencia, en cuanto vigentes durante sesenta días— habría favorecido la implicación y la responsabilización de las oposiciones.

Se ha tratado de medidas fuertemente restrictivas, por más que se hayan visto compartidas, aceptadas y respetadas por la gran mayoría de la población. Pero no han limitado únicamente las libertades personales. También han incrementado y, por eso, hecho más visibles y dramáticas las desigualdades: entre quien puede permanecer en casa y el que está obligado a salir a trabajar para asegurar la subsistencia de los demás, entre los trabajadores precarios que han perdido el trabajo y los que tienen una renta garantizada, entre quien tiene una casa y quien no la tiene, entre quienes tienen grandes casas con jardín y terrazas y cuantos están constreñidos a vivir hacinados en una habitación, entre quien está solo y los que viven con sus familias, y, en cuanto a los resultados mortales, entre los jóvenes y los viejos, los sanos y los enfermos, los ricos y los pobres. Piénsese asimismo en las cárceles superpobladas, en los núcleos de infraviviendas y en las dramáticas situaciones de los sin techo; en los ancianos abandonados en residencias y expuestos al contagio; en los estudiantes sin posibilidad de seguir con sus clases a distancia por no disponer de tecnología digital; en los trabajadores sin contrato carentes de medios de subsistencia; en los inmigrantes irregulares, en los reducidos a la clandestinidad y lanzados a la calle por el decreto que en Italia suspendió el permiso de residencia por motivos humanitarios; y luego en las masas de migrantes acampados en las fronteras de la fortaleza Europa, recluidos en los *lager* libios, hacinados en Lesbos o en los campos italianos; en los palestinos, recluidos en esa cárcel a cielo abierto que es la franja de Gaza; en los millones de personas que en todas las metrópolis de América Latina, África, India viven en chabolas miserables. El virus ha contagiado, sobre todo, a los pobres en una medida incomparablemente mayor que a los ricos. Y lo mismo ha sucedido con los efectos económicos de la pandemia. Desigualdades y pobreza absoluta han crecido dramáticamente por efecto de la recesión económica que la ha seguido y que ha golpeado con mayor dureza a los sectores de población más débiles, provocando la pérdida del empleo de los trabajadores precarios, el cierre de las pequeñas empresas y la expulsión de toda la fuerza de trabajo incapaz de convertirse al *smart working*.

Además, como se ha dicho repetidamente, esta pandemia está destinada a cambiar profundamente la política, el derecho y la economía. Por eso exige una reflexión sobre nuestro pasado y nuestro futuro. Ante todo, sobre nuestro pasado. Se ha hecho luz sobre la miopía política de los gobiernos, que, en Italia como en muchos otros países, habían recortado el gasto en salud pública. En los diez años que precedieron a la pandemia, bajo la enseña del objetivo de la reducción de los impuestos, en Italia se suprimieron 70 000 camas, se cerraron 359 hospitales o ser-

vicios hospitalarios y se redujo el personal sanitario, dejando sin cubrir miles de puestos de médicos y de sanitarios jubilados[40]. El máximo de insensatez se alcanzó en Lombardía, donde se ha producido la más alta tasa de contagios y de mortalidad del mundo —a principios de mayo de 2020 el 6,5 % del total mundial y más de la mitad de fallecimientos registrados en Italia— a causa de las políticas irresponsables adoptadas en el pasado por la Región lombarda: la reducción de la asistencia familiar domiciliaria y del número de médicos de familia y el consiguiente desmantelamiento de los centros de atención primaria; la privatización de gran parte de la sanidad y la gestión con criterios empresariales de la propia sanidad pública; la consiguiente disminución del número de hospitales, cuyos servicios de urgencia se han visto invadidos por los enfermos de coronavirus y transformados en focos contagiosos; y después la desalmada decisión de trasladar a muchos de estos enfermos, por la escasez de camas en los hospitales públicos, a residencias de ancianos, donde el contagio ha ocasionado una masacre.

De forma imprevista, la epidemia del coronavirus, con su cotidiana carga de muertos y contagios, ha desvelado la insensatez de estas políticas y ha puesto la sanidad en el centro de las preocupaciones de todos. Después de años de devaluación liberista, ha hecho descubrir el valor esencial e insustituible del estado, del que todos, y en particular los liberistas antiestatalistas, pretenden literalmente todo: tratamientos gratuitos y ríos de dinero, salvamento de vidas y de empresas, prevención de contagios y recuperación económica. Ha hecho ver el valor inestimable de la sanidad pública y de su carácter universal y gratuito, en la actuación del derecho constitucional a la salud. Ha estimulado y promovido el potenciamiento del sistema de salud, la multiplicación de las camas hospitalarias y de las unidades de vigilancia intensiva, el aumento del número de médicos y de personal de enfermería, y la producción de equipos sanitarios. En fin, ha puesto de manifiesto la irracionalidad y la inconstitucionalidad de la existencia en Italia de 20 sistemas sanitarios, tantos como son las Regiones, porque contradice el principio de igualdad.

El coronavirus ha sorprendido a todos los gobiernos sin preparación, desvelando su total imprevisión. A pesar de que, en septiembre de 2019, en un informe del Banco Mundial, se había previsto el peligro de una pandemia y de que fuese en todo caso previsible, por la intensificación de las epidemias en estos últimos años (ébola, VIH, Hendra,

40. Sobre la reducción del gasto sanitario en Italia, véase A. Cauduro y P. Liberati, «Sull'emergenza (annunciata) del servizio sanitario nazionale»: *Giustizia insieme* 28 (marzo de 2020).

Sars, SROM, gripe aviar), no se hizo nada para afrontarlo. En previsión de las guerras, se hacen ejercicios militares, se construyen búnkeres, se simulan ataques y técnicas de defensa. Contra el peligro anunciado de una pandemia no se ha hecho absolutamente nada: porque la previsión cuesta y no produce ninguna rentabilidad para la sanidad privada. La paradoja se ha alcanzado con los equipos sanitarios. En previsión de las guerras se acumulan armas, carros de combate y misiles nucleares. El coronavirus nos ha hecho descubrir la increíble ausencia de las medidas más elementales para hacer frente al contagio: de la escasez de camas y de unidades de terapia intensiva a la de respiradores, hisopos y mascarillas, hasta la absurda insuficiencia de médicos y de personal de enfermería, y la falta de una adecuada organización para la asistencia territorial y domiciliaria. Naturalmente, esta imprevisión se ha revelado de la manera más dramática en los países que, como Estados Unidos, carecen de una sanidad pública. En ellos, quien carece de un seguro adecuado no puede tratarse y decenas de millones de pobres están abandonados a sí mismos. Falta de preparación e imprevisión son inevitables en los países sin recursos. Pero cuando afectan a las grandes potencias, extraordinariamente débiles en la defensa de la vida y la salud de sus ciudadanos, son solo el signo de una increíble locura. En Estados Unidos, Trump, durante su presidencia, ha desmantelado en gran parte la modesta reforma sanitaria de Obama, dejando a millones de pobres sin asistencia médica. La mayor potencia del mundo sigue produciendo armas cada vez más mortíferas contra enemigos inexistentes, pero carece de respiradores y de hisopos y con ello ha provocado centenares de millares de muertos entre sus ciudadanos.

De aquí la reflexión sobre nuestro futuro estimulada por tal absurda imprevisión. Las pandemias son fenómenos globales, en la actualidad cada vez más frecuentes, debido a nuestra malsana relación con el medio ambiente. La del coronavirus se ha revelado como un efecto colateral de tantas catástrofes ecológicas —de las deforestaciones, la contaminación atmosférica, el calentamiento climático, la pérdida de la biodiversidad— y con ello ha desvelado los nexos que ligan la salud de las personas a la salud del planeta. Además, ha puesto de manifiesto nuestra profunda interdependencia, en virtud de la cual la salud de cada uno depende de la de los demás y hacer frente al virus es responsabilidad de todos. De lo expuesto cabe extraer dos enseñanzas, una relativa al carácter público, la otra relativa al carácter global de las garantías capaces de prevenir los contagios y de afrontarlos.

La primera enseñanza consiste en el reconocimiento del valor vital de la sanidad pública. Solo ella puede garantizar la igualdad en la ga-

rantía del derecho a la salud. Solo la esfera pública puede producir los equipos sanitarios —mascarillas, respiradores, guantes, hisopos, pruebas diagnósticas y vacunas— más allá de las conveniencias económicas del momento y de las cambiantes dinámicas del mercado. Solo la esfera pública puede destinar fondos adecuados para el desarrollo y la promoción de la investigación médica en materia de tratamientos y vacunas, así como para la producción masiva de fármacos esenciales a fin de hacerlos accesibles a todos de forma gratuita como bienes fundamentales. En fin, en caso de pandemia, solo la gestión pública es capaz de limitar los daños provenientes de las leyes del mercado, que imponen a las empresas, no obstante los riesgos de contagios, la carrera a la reapertura de las actividades para no ser expulsadas por la competencia o, lo que es peor, para conquistar nuevas franjas de mercado aprovechando el drama.

La segunda enseñanza, no menos importante, proviene del carácter global del contagio, que racionalmente exige una respuesta a su vez global y no solo local. Una pandemia como esta habría sido afrontada con más éxito si se hubiesen adoptado medidas decididas sobre la base de estrategias unitarias y coordinadas, que solo podrían provenir de una institución global de garantía. En efecto, pues basta que en cualquier país o región se adopten medidas inadecuadas o intempestivas para que, con los desplazamientos, se reabran los peligros de contagio y se multipliquen las infecciones y los fallecimientos en todos los demás países. Nuestro ordenamiento internacional dispone ya de una Organización Mundial de la Salud. Pero, como se ha recordado en el § 4.9, esta organización no está, ni de lejos, a la altura de las funciones de garantía que tiene encomendadas, debido a la escasez de medios y a la falta de poderes efectivos. Además, en este caso ha dado muestras de una llamativa ineficiencia. Por eso sería necesario reformarla y reforzarla, en cuanto a la financiación y en cuanto a los poderes, para ponerla en condiciones, primero, de prevenir las pandemias y bloquear los contagios en el momento de su nacimiento; segundo, de darles respuesta con medidas confiadas a los diversos niveles del ordenamiento sobre la base de un principio de subsidiariedad que asigne a los niveles normativos superiores la adopción de principios guía de alcance general, y a los diversos niveles inferiores su adaptación a las distintas situaciones territoriales; tercero, de llevar las ayudas médicas necesarias a los países más pobres y carentes de servicios sanitarios, comenzando por la distribución universal de vacunas y demás fármacos esenciales, en garantía de la igualdad en el derecho universal a la salud. De haber existido una gestión de esta clase, unitaria y tempestiva multinivel, coordinada por una auténtica insti-

tución global de garantía independiente, hoy no tendríamos que llorar a centenares de millares de muertos.

En cambio, lo sucedido es que cada estado ha adoptado contra el virus, en tiempos distintos, medidas distintas y heterogéneas de una región a otra, a veces del todo insuficientes en cuanto condicionadas por las presiones de los mercados y, en todos los casos, fuente de incertidumbres, confusiones y conflictos entre los diversos niveles decisionales. En Europa, en particular, los 27 países miembros se han movido cada uno por su lado, adoptando estrategias diferentes, a pesar de que sus Tratados constituyentes imponen una gestión común de la epidemia. En efecto, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, después de afirmar que la Unión «garantizará un alto nivel de protección de la salud humana», establece que «los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí sus políticas» y que «el Parlamento Europeo y el Consejo [...] podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas». Además, el artículo 222, bajo el título «Cláusulas de solidaridad», establece que «la Unión y sus Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es [...] víctima de una catástrofe natural». En cambio, ha sucedido que la Unión Europea —cuya comisión tiene entre sus componentes un comisario para la salud, otro para la cohesión y hasta un comisario para la gestión de las crisis— ha renunciado a asumir el gobierno de la pandemia con directivas sanitarias homogéneas para todos los Estados miembros.

Por fortuna, como se verá en el § 8.9, después de muchas vacilaciones, la Unión Europea, al menos en el plano financiero, ha dado un giro consistente en el compromiso de sus órganos de gobierno de hacer frente, al menos, a la recesión económica causada por la pandemia con importantes financiamientos europeos. Pero la emergencia sanitaria también ha puesto de relieve la grave amenaza para la democracia representada por los distintos populismos en el poder. En Estados Unidos, Brasil y, al comienzo, también en Gran Bretaña, la irresponsabilidad de estos se ha manifestado en la infravaloración del riesgo, con el resultado de que la falta de adopción de medidas idóneas para afrontarlo ha provocado centenares de millares de muertos. En Hungría el propio peligro ha sido instrumentalizado para suspender y quizá para suprimir la ya frágil democracia iliberal. En toda Europa los populistas se han movilizado contra las medidas de prevención de los contagios, con el único fin de incrementar sus consensos electorales.

Y, sin embargo, es posible que la pandemia, al golpear a todo el género humano, genere una conciencia común de nuestra vulnerabilidad y nuestro común destino. Cabe que esta, a más del fragmento de un constitucionalismo planetario en materia de sanidad, sirva para estimular la toma de conciencia de que estamos todos expuestos a otras graves catástrofes —medioambientales, nucleares, pandémicas, humanitarias— que unen a toda la humanidad e imponen como necesaria la construcción de una esfera pública y de un constitucionalismo globales. En cualquier caso, es cierto que la pandemia va a producir efectos perturbadores en todas las dimensiones y en todos los niveles de la democracia. Estos efectos podrán ser progresivos o regresivos, según prevalezca la ceguera de la ley del más fuerte o la razón de las leyes de los más débiles. De aquella podrá seguirse un crecimiento incontrolado de las desigualdades, las discriminaciones y el desempleo, o bien nuevas garantías de la igualdad en los derechos vitales a la subsistencia: un desarrollo más feroz del darwinismo social, o bien una refundación garantista del *welfare* bajo la enseña de su desburocratización y su transformación en estado social de derecho. Una acentuación destructiva de la competición capitalista, o la afirmación del valor racional de la solidaridad en el interés de todos; un declinar de la Unión Europea por la prevalencia de los soberanismos del sur y de los egoísmos y los soberanismos del norte, o su refundación, sobre la base de una renovada solidaridad y de un efectivo desarrollo de sus instituciones en sentido federal, constitucional y garantista; el retorno a las políticas liberistas y a la economía destructiva y depredadora del pasado, o el relanzamiento del papel de las instituciones públicas en el gobierno de la economía, a través de políticas industriales, sociales y fiscales, dirigidas a reducir las desigualdades y a proteger el medio ambiente y el trabajo. En síntesis, el desarrollo de una esfera pública global sustentada por un constitucionalismo de alcance universal, o bien la regresión a los viejos nacionalismos en conflicto y a los poderes desenfrenados de los mercados, en espera de la próxima catástrofe.

Capítulo VI

LA DEMOCRACIA FORMAL. DEMOCRACIA POLÍTICA Y DEMOCRACIA ECONÓMICA

6.1. *La dimensión formal de la democracia: la democracia política y la democracia económica.* En el capítulo anterior he llamado *democracia formal* a la institución política cuyas *normas de reconocimiento* son los *derechos de autonomía*. Luego he distinguido dos dimensiones de la democracia formal: la *democracia política*, que es la democracia formal cuya norma de reconocimiento es la forma representativa de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los *derechos políticos* o *de autonomía política*, y la *democracia económica* o *civil*, que es la democracia formal cuya norma de reconocimiento es la directa autodeterminación de las personas en la esfera privada a través del ejercicio de los *derechos civiles* o *de autonomía civil*.

Así pues, la dimensión formal o dinámica de la democracia trae su legitimación democrática, tanto política como civil, de la *autonomía* de las personas, tal como es garantizada, en el *estado legislativo de derecho*, por las *formas* (el *quién* y el *cómo*) de las decisiones preestablecidas por el principio de legalidad formal. Precisamente, el ejercicio de los derechos de autonomía política genera y legitima las funciones políticas de gobierno a través de la mediación de la representación política. El ejercicio de los derechos de autonomía civil genera y legitima inmediatamente las actividades y las relaciones del mercado. La diferencia entre las dos autonomías reside en el carácter *indirecto* de la primera, aun cuando conviva con formas menores de democracia directa como el referéndum, y en el carácter *directo* de la segunda. Por consiguiente, de «auto-gobierno» y de «auto-nomía», propiamente, solo se puede hablar en la esfera económica o civil, en la que las decisiones se toman directamente por los titulares de los derechos civiles. En la esfera polí-

tica o pública, en cambio, el ejercicio de los derechos políticos consiste sobre todo en concurrir a la elección de quienes, como representantes, son competentes para tomar las decisiones.

De aquí se sigue el distinto papel de las garantías de la democracia política y de la democracia económica. Las garantías de la primera consisten esencialmente en las técnicas de tutela de los derechos políticos mismos, frente a las múltiples formas de sus posibles banalizaciones y manipulaciones. Por el contrario, las garantías de la segunda consisten esencialmente en los límites impuestos al ejercicio de los derechos civiles, en garantía de intereses generales o de derechos o intereses ajenos. Mientras, en efecto, en la democracia política los límites y los vínculos sustanciales que forman la esfera de lo no decidible diseñada por el paradigma constitucional son impuestos a los poderes políticos representativos, en la democracia económica lo son directamente (o, mejor, deberían serlo) a esos derechos-poder en los que consisten los mismos derechos civiles. Además, las dos dimensiones formales de la democracia suponen las dos separaciones extrainstitucionales que, como se ha dicho en el § 5.8, aseguran su jerarquía democrática: de un lado, la separación entre estado y pueblo, entre elegidos y electores, entre representantes y representados, como presupuesto de la representación política y de su arraigo social; del otro, la separación entre estado y mercado, entre público y privado, como presupuesto de la tutela de los intereses públicos y del gobierno político de la economía, frente al carácter invasivo y el dominio de los intereses privados confiados al ejercicio de los derechos civiles de autonomía negocial.

Como veremos en las páginas que siguen, la democracia formal entra en crisis, degenerando en otras tantas formas de absolutismo, con la crisis de estas dos separaciones: con las vocaciones populistas de la clase política, en virtud de las cuales los representantes y habitualmente su jefe se proponen como encarnación directa de la voluntad popular, que no soporta intermediaciones, límites y controles sobre el ejercicio de los poderes públicos; con las políticas liberistas, igualmente intransigentes con los límites y controles sobre las vocaciones arrolladoras de los poderes económicos privados, concebidos como libertades. La primera parte de este capítulo estará dedicada a las formas de la democracia política; la segunda parte a las de la democracia económica o civil. Para cada una de las dos democracias examinaré primero su actual desequilibrio por defecto de garantías y propondré luego las técnicas de garantía idóneas para promover su refundación.

6.2. *A) La democracia política. Ciudadanía y residencia. Dos conceptos de la democracia: la democracia plebiscitaria basada en el principio de homogeneidad y la democracia pluralista basada en el principio de heterogeneidad.* El fundamento axiológico y la norma de reconocimiento de la democracia política residen en la soberanía popular, según ha sido redefinida en el § 5.4, de acuerdo con el paradigma constitucional: en negativo, como la garantía frente a la posible usurpación de la soberanía del pueblo por parte de otros sujetos o poderes constituidos; en positivo, como la suma de esos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales atribuidos constitucionalmente a todos y a cada uno.

Entre estos derechos, los que forman el fundamento específico de la democracia política son evidentemente los *derechos políticos*, cuyo presupuesto necesario está constituido por las garantías de la libertad política —según resulta, como se dijo en el § 3.4, por la conjunción de las cuatro libertades jurídicas (o de la acción) y de la libertad moral (o de la voluntad)— y de los derechos a la educación y a la información, capaces de asegurar la máxima autonomía cognoscitiva. «El progreso de la democracia», ha escrito Bobbio, «va de la mano con el robustecimiento de la convicción de que después de la época de las luces el hombre, para decirlo con Kant, salió de la minoría de edad. Y, al igual que un adulto no sujeto a tutela, debe decidir libremente sobre su propia vida intelectual y colectiva. A medida que un número cada vez mayor de individuos conquista el derecho a participar en la vida política, retrocede la autocracia y avanza la democracia»[1].

El ejercicio colectivo de los derechos de autonomía política puede dar lugar a formas de democracia directa, como en el instituto de los referéndums y en el de la iniciativa legislativa popular, o bien en las formas de democracia representativa en las que, sobre todo, están organizadas las actuales democracias. En ambos casos, las reglas sobre la formación de las decisiones producidas por tal ejercicio son el principio de mayoría y la igualdad en los derechos políticos, que gracias al sufragio universal corresponden a todos los ciudadanos con capacidad de obrar[2].

1. N. Bobbio, «Democracia/dictadura» (1978), en Íd., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, ed. de M. Revelli, Mondadori, Milán, 2009, pp. 141 ss. La frase de Kant «Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él» es el inicio de la respuesta a la pregunta *¿Qué es la Ilustración?*, en I. Kant, *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, ed. de R. R. Aramayo, Alianza, Madrid, 2004.

2. A este fundamento formal, ligado al 'quién' y al 'cómo' de las decisiones políticas, se añade un fundamento sustancial, ligado al 'qué' de tales decisiones, sobre la base de

Pero es aquí donde se manifiesta una primera aporía de las actuales democracias políticas: el anclaje en la ciudanía de la titularidad de los derechos políticos, que deberían ser atribuidos a todos los sometidos al gobierno del territorio en el que residen y, de hecho, del goce de todos los demás derechos, al ser la ciudadanía una condición del legítimo acceso y de la legítima residencia en el territorio del estado. Así ha sucedido que la ciudadanía, que en tiempos de la Revolución francesa fue concebida como un factor de inclusión y de negación de todas las diferenciaciones jurídicas de estatus —de sexo, censo, religión, lengua, educación, opiniones políticas y condiciones sociales— es hoy la única diferencia por nacimiento que ha sobrevivido a tantas diferenciaciones personales que en su nombre habían sido suprimidas. Por eso, la ciudadanía, por más que proclamada por todas las cartas de derechos, ha entrado en contradicción con la igualdad jurídica y se ha transformado en el último privilegio de estatus, en el último factor de exclusión y de discriminación por nacimiento, en la última contradicción irresuelta con la universalidad de los derechos fundamentales. En el mundo actual, contradiciendo el principio de igualdad, existen ciudadanías diferenciadas: preciadas las de los países ricos, carentes de valor las de los países pobres y, dentro de nuestros propios ordenamientos, estatus personales desiguales, desde las ciudadanías *optimo iure* a las semi-ciudadanías de los extranjeros con permiso de residencia, hasta la condición de no-ciudadanos, de hecho no-personas, de los migrantes clandestinos. Al ser configurado como un «derecho a tener derechos»[3], este privilegio

la idea, lamentablemente desmentida por tantas leyes y decisiones injustas aprobadas por mayoría o en cualquier caso sustentadas por el consenso popular, de que el ejercicio directo o indirecto del poder político por parte de todos los gobernantes garantice la mejor satisfacción del interés general y, en cualquier caso, su valoración más racional, además de compartida. Recuérdese a Rousseau: «La voluntad general es siempre recta y siempre tiende a la utilidad pública» (*Del contrato social*, cit., lib. II, cap. III, p. 35); tesis sustancialmente retomada por Kant: «El poder legislativo solo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo. Porque, ya que de él debe proceder todo derecho, no ha de *poder* actuar injustamente con nadie mediante su ley. Pues si alguien decreta algo respecto de *otro*, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decide sobre sí mismo (en efecto, *volenti non fit iniuria*)» («Principios metafísicos», § 46, en *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 143).

3. La expresión «derecho a tener derechos» es de Hannah Arendt, que la usó en *Le origini del totalitarismo* [1951], trad. it. de A. Guadagnin, Edizioni di Comunità, Turín 1999, cap. IX, pp. 410-411 [trad. cast. de G. Solana, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974]. Ha sido retomada por S. Rodotà, *El derecho a tener drechos*, trad. cast. de J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2014. Para un análisis más profundo del papel de la ciudadanía como factor de exclusión, remito a «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza,

de estatus no solo compromete la democracia política, sino también la dimensión sustancial de la democracia constitucional. Es una aporía gravísima, que solo puede ser eliminada superando la distinción entre personas y ciudadanos y, con ello, mediante la previsión, como presupuesto de los derechos políticos, de la simple residencia, obviamente anclada en criterios lo más estables y objetivos, en virtud del banal principio de que los representantes en las instituciones políticas de gobierno deben representar a todos y solo a aquellos que residen en los territorios que gobiernan, y por eso deben ser elegidos por todos ellos y solo por ellos, incluidos los extranjeros residentes, y excluidos los ciudadanos residentes en el extranjero[4].

Por otra parte, el anclaje de los derechos fundamentales en la ciudanía por nacimiento, aun implicando la oposición entre ciudadanos y extranjeros como identidades diversas y virtualmente hostiles, favorece la concepción identitaria del pueblo como sujeto colectivo homogéneo y de la Constitución como expresión de su voluntad unitaria. Es la concepción criticada aquí en los § 5.4 y 3.10, donde he redefinido la noción de pueblo como conjunto de personas diferentes y desiguales, unidas por la constitución como pacto de convivencia entre diversos en el que se estipulan la tutela de sus diferencias a través de la garantía de los derechos de libertad y la reducción de sus desigualdades a través de la garantía de los derechos sociales.

Pues bien, a estas dos opuestas concepciones del pueblo y de la constitución corresponden dos ideas igualmente opuestas de la democracia política: la *democracia plebiscitaria*, basada en la concepción organicista de la constitución como expresión de la identidad y de la voluntad del pueblo, y la *democracia pluralista*, basada, por el contrario, en la concepción contractualista de la constitución como pacto de convivencia entre diversos y desiguales. El modelo de la democracia plebiscitaria se basa en el que Gaetano Azzariti ha llamado *principio de homo-*

Roma-Bari, 1994, pp. 263-292; a *PiII*, § 15.9, pp. 343-345, y a *Manifiesto por la igualdad*, cit., cap. I, § 4, pp. 27-32.

4. Solo el racismo explica que, por la dura oposición de las derechas, no fuera aprobada en Italia la modesta ley sobre el *ius soli*, que lo fue por la Cámara el 13 de octubre de 2015 y quedó después paralizada. Es la que prevé la concesión de la ciudadanía, no a todos los cinco millones de no europeos que hoy residen legítimamente en el país, sino solo a los nacidos en Italia de un progenitor con residencia legal durante al menos cinco años, o que hubieran llegado antes de cumplir doce años y hubiesen realizado con éxito un ciclo escolar de cinco años, es decir, a ochocientos mil niños que no son inmigrantes, sino nacidos y crecidos en Italia.

geneidad o *de identidad*[5], es decir, en la idea postulada por Carl Schmitt como «la premisa fundamental de toda democracia» y como «el axioma democrático fundamental de la identidad de voluntades de todos los ciudadanos»[6]. Como sustrato tiene la idea de que el pueblo es un «conjunto político», el estado «una unidad indivisible»[7] y «democracia [...] es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen»[8]. Esta homogeneidad política del pueblo, según el propio Schmitt, es «una simple construcción ideal del pensamiento»[9]. Y, sin embargo, escribe Azzariti, en una lúcida crítica de estas aberraciones, «sobre esta ficción Schmitt construye —además— también la crítica al sistema parlamentario, así como su particular concepción de la democracia»[10].

Se entiende que tal concepción sea al mismo tiempo iliberal y antiparlamentaria, intolerante con las minorías y los disidentes, y por eso intolerante también con el pluralismo político garantizado por la democracia parlamentaria[11]; y que, por otra parte, la idea de una única y unitaria voluntad del pueblo, puesto que tal voluntad no existe, acabe por identificarse con la voluntad de un jefe. Se entiende además por qué un corolario de tal concepción sea la distinción y la contraposición de ami-

5. G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Laterza, Roma-Bari, 2005, § 1.2, pp. 17-22.

6. C. Schmitt, *El defensor de la constitución*, cit., II, § 1, A, p. 155. La tesis se repite en *ibid.*, III, § 2, p. 261: porque «el Estado es una unidad indivisible», «la parte vencida en la votación no ha sido obligada y violentada realmente, sino conducida a ese resultado por su propia y efectiva voluntad». Esta idea de una única voluntad parece ser un rasgo común a las ideologías totalitarias: «Existe un estado, y cualquier ley, en la que se manifiesta la fuerza del estado, tiene vigor y por eso valor de ley», escribió Giovanni Gentile, «en cuanto el conflicto de los partidos y todos los contrastes internos de la comunidad nacional se reconcilian perennemente en la voluntad común, única, en la que se actúa la individualidad nacional» (*Guerra e fede*, Ricciardi, Nápoles, 1919, p. 27, citado por N. Bobbio, «Giovanni Gentile» [1975], en Íd., *Dal fascismo alla democracia*, cit., p. 196).

7. C. Schmitt, *El defensor de la constitución*, cit., III, § 4, p. 286 y § 2, p. 261.

8. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., § 17, III, p. 272. «La palabra 'identidad'», precisa Schmitt, «es utilizable para la definición de democracia porque designa la identidad amplia —es decir, que comprende a gobernantes y gobernados— del pueblo homogéneo, y niega la diferencia entre gobernantes y gobernados que existe en otras formas políticas» (*ibid.*, p. 273).

9. *Ibid.*, § 16, III, 6, p. 249.

10. G. Azzariti, *Critica*, cit., § 7.1, p. 125.

11. «El parlamento se convierte en teatro de una distribución pluralista de las potencias sociales organizadas» (C. Schmitt, *El defensor de la constitución*, cit., II, 1, A, p. 161).

go y enemigo como criterios y fundamentos de la política[12]; donde el amigo es quien acepta la supuesta y de hecho impuesta identidad de los dominantes y dominados, gracias al conformismo, a la disciplina, a la manipulación, a la homologación de las opiniones; mientras el enemigo es el «otro», sea el extranjero, el diverso, o el disidente, a través de cuya negación se define la acción política[13]. «A la democracia», escribe Schmitt, «pertenece, pues, necesariamente, en primer lugar, lo que es homogéneo, pero, en segundo lugar —si la ocasión lo demandase—, también la eliminación o la aniquilación de lo que es heterogéneo»[14].

He recordado esta concepción perversa de la política y de la democracia porque, lamentablemente, ha resurgido en ese fenómeno global de crisis de la representación política que es el actual populismo iliberal, cuyas diversas manifestaciones, favorecidas por la revolución digital, se encuentran en gran parte unidas por la idea de que la democracia consiste en la identificación de los vencedores de las elecciones con el pueblo, de los elegidos con los electores, de la voluntad de la clase política con la voluntad popular, de los representantes con los representados y, por consiguiente, en la omnipotencia de la mayoría y, de hecho, de su jefe asumidos como expresiones orgánicas y directas de la soberanía popular[15]. No se trata solo de la tendencia, siempre difundida entre los ac-

12. «La distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo» (C. Schmitt, *El concepto de lo político*, trad. cast. de R. Agapito, Alianza, Madrid, 1991, II, p. 56).

13. «El enemigo no necesita ser moralmente malo [...] Simplemente es el otro, el extraño [...] en último extremo pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero 'no afectado' o 'imparcial'» (C. Schmitt, *El concepto de lo político*, cit., II, p. 57). Y más adelante: «Cuando dentro de un Estado las diferencias entre partidos políticos se convierten en 'las' diferencias 'políticas a secas', es que se ha alcanzado el grado extremo de la escala de la 'política interior', esto es, que lo que decide en materia de confrontación armada ya no son las agrupaciones de amigos y enemigos propias de la política exterior, sino de las internas del Estado» en la forma de la «*guerra* civil» (*ibid.*, p. 62).

14. C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, Berlín, ^{3}1961, cit. por G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, cit., p. 18

15. De la inabarcable literatura de estos últimos años sobre el populismo, me limito a señalar, además de N. Urbinati, *Io, il Popolo*, cit., y M. Barberis, *Populismo digitale*, cit.; V. Pazé, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Íd., «Il populismo come antitesi della democracia»: *Teoria politica* (2017), pp. 111-125; I. Dominijanni, «Fare e disfare il popolo. Un'ipotesi sul caso italiano», *ibid.*, pp. 87-109; A. Dal Lago, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Raffaello Cortina, Milán, 2017; Y. Mounk, *Popolo* vs. *democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale* [2018], trad. it. de F. Pe', Feltrinelli, Milán, 2018; S. Levitsky y D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie* [2018], trad. it. de F. Galimberti, Laterza, Roma-Bari, 2019.

tores políticos, a defender la soberanía como sustancial ausencia de límites a su poder[16]. Se trata de la concepción elemental de la democracia como ausencia de límites a la voluntad popular, inevitablemente identificada con la voluntad de los representantes y, de hecho, de su jefe, al ser tal voluntad inexistente.

Vuelve así a replantearse, como rasgo ideológico que une hoy a los distintos populismos, la idea del líder como expresión orgánica del pueblo soberano, sin mediaciones de partido ni parlamentarias[17], promovida por los propios líderes a través de la presentación de sus eslóganes, mejores cuanto más banales, como voluntad popular[18]. De aquí el fastidio populista tanto por el pluralismo institucional, es decir, por la separación de poderes y los límites y vínculos impuestos a la política por los principios constitucionales, como por el pluralismo político, esto es, por la prensa libre y la confrontación parlamentaria con las demás fuerzas políticas, concebidas como enemigos. De aquí también la intoleran-

16. «Los hombres de partido, por puras que sean sus intenciones, siempre tienen repugnancia en limitar la soberanía. Ellos se consideran como herederos presuntivos, y economizan aun en las manos de sus enemigos su propiedad futura» (B. Constant, *Curso de política constitucional* [1818-1819], trad. cast. de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820, pp. 3-4).

17. Véase el análisis de este modelo en M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2010; Íd., *La democrazia del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2016. Sigue siendo iluminadora la noción de «populismo» formulada por Aristóteles con la definición de «demagogia». La demagogia, escribió Aristóteles en un pasaje citado por V. Pazé, «Il populismo come antitesi della democracia», cit., pp. 116-117, es esa forma degenerada de la democracia en la que «el soberano es el pueblo y no la ley»; «los muchos», a diferencia de lo que sucede en democracia, «tienen el poder no como individuos, sino en conjunto». Y, dice Aristóteles, «ocurre esto por causa de los demagogos» y «los aduladores son honrados, y esta clase de democracia es, respecto a las demás, lo que la tiranía entre las monarquías», ya que «el demagogo y el adulador son una y la misma cosa; unos y otros son los más poderosos en sus regímenes respectivos, los aduladores con los tiranos, y los demagogos con los pueblos de esa condición» (Aristóteles, *Política*, cit., 1292a, p. 176). En suma, el demagogo es al pueblo lo que los aduladores son a los tiranos; con la diferencia de que en la tiranía los aduladores permanecen en su puesto, mientras que, en la demagogia, dado que el pueblo no existe, el demagogo se convierte en tirano.

18. La operación es simple, gracias también a los medios digitales y fue bien descrita por Umberto Eco: «El populista identifica sus propios proyectos con la voluntad del pueblo y luego, si lo consigue (y a menudo sucede), transforma en aquel pueblo que él ha inventado a una buena porción de ciudadanos, fascinados por una imagen virtual con la que acaban identificándose» («Servirsi del popolo» [2003], en U. Eco, *A passo di Gambero. Guerre calde e populismo mediatico*, Bompiani, Milán, 2006, p. 126). Más aún: el populista puede también evitarse el trabajo de elaborar eslóganes o proyectos de gobierno: le basta realizar, como ha hecho en Italia, una encuesta de mercado sobre lo que quieren escuchar los electores (por ejemplo, menos impuestos y no a los inmigrantes) y después decirlo «democráticamente».

cia con los diferentes —como los desviados, los extranjeros y, de una manera emblemática, los migrantes, los disidentes y los adversarios políticos— y la tendencia a concebirlos también como enemigos y a construir las identidades políticas sobre la base de su negación o persecución. De aquí, en pocas palabras, el tendencial rechazo de la sustancia misma del constitucionalismo y la inevitable inclinación de los populismos, llamados también hoy «soberanismos», a transformar la democracia representativa en la que Michelangelo Bovero ha llamado «autocracia electiva»[19]. Es la tendencia a la que llamamos «democracia iliberal», pero que evoca claramente la democracia totalitaria ilustrada por Jacob Talmon[20] y antes aún la democracia identitaria teorizada por Carl Schmitt.

Diametralmente opuesta es la democracia pluralista. Al estar fundada sobre el igual valor atribuido a todas las diferencias personales y sobre el desvalor asociado a las excesivas desigualdades materiales, está informada por un principio exactamente opuesto al schmittiano de homogeneidad, que por eso llamaré *principio de heterogeneidad*, en cuanto atribuye valor a todas las diferencias e impone el respeto recíproco y la civil confrontación entre las múltiples identidades diferentes que conviven en una sociedad compleja. De aquí la «igual dignidad social» de las diferencias, que está en la base no solo del principio de igualdad formal formulado en el art. 3, 1 de la Constitución italiana, sino también de la representación política y mismo papel de las constituciones, que, como se dijo en el § 3.10, son pactos de convivencia entre diferentes y entre desiguales, tanto más necesarios cuanto mayores son las diferencias cuya tutela se impone y las desigualdades que hay que reducir. Por eso la necesidad de las garantías del pluralismo político —y también de los derechos de libertad y de autonomía, que son todos derechos a las propias diferencias— y por consiguiente de la igualdad en los derechos políticos tal como está asegurada, según se dirá más adelante, por el sistema electoral proporcional que es el único capaz de representar la pluralidad de los intereses, las opiniones y las culturas que conviven y se confrontan en la sociedad.

Frente a la obsesión identitaria y la concepción del pueblo como un todo orgánico, que unen a los totalitarismos políticos y a los fundamen-

19. M. Bovero, «Autocrazia elettiva»: *Costituzionalismo.it* 2 (2015).

20. J. L. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria* [1952], trad. it. de M. L. Agnetti, il Mulino, Bolonia, 1967 [trad. cast. de M. Cardenal Iracheta, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, Aguilar, Madrid, 1956]. Véase al respecto, últimamente, A. Mulieri, *Democrazia totalitaria. Una storia controversa del governo popolare*, prólogo de N. Urbinati, Donzelli, Roma, 2019.

talismos religiosos, el principio de heterogeneidad postula el pluralismo político y el conflicto social; funda la legitimación formal de las funciones de gobierno en la garantía de la efectividad de los derechos de autonomía política; conlleva el respeto de todas las diferencias de identidades individuales y colectivas, y no su homologación[21]; no admite la existencia de enemigos, ni internos ni externos, ni los consiguientes estados de sitio, de excepción o de emergencia. Frente a la idea elemental de que la complejidad social y el pluralismo puedan ser representados por un jefe, el principio de heterogeneidad implica el rechazo de la propia idea de jefe, al mismo tiempo inconstitucional y anti-representativa. Anticonstitucional porque ignora los límites y los vínculos impuestos por las constituciones a los poderes de mayoría, volviendo a proponer la antigua tentación del gobierno de los hombres o, peor aún, de un hombre, en lugar del gobierno de las leyes; anti-representativa, dado que un órgano monocrático no puede representar la voluntad de todo el pueblo y tampoco de la mayoría de los electores o de una parte de ellos, que no existe como voluntad unitaria. Por eso, escribió Kelsen, «la idea de la democracia implica ausencia de dirigentes». Y añadió, en una de sus páginas más bellas: «Su espíritu se compendia en las palabras que Platón pone en boca de Sócrates en su *República* (III, 9) ante la pregunta acerca de cómo debe ser tratado en el estado ideal un hombre de cualidades excepcionales, un genio: 'Le honraríamos como a un ser venerable, extraordinario y digno de ser amado; pero después de haberle hecho notar que en nuestro estado no había ni podría haber un hombre así, coronando y ungiendo su cabeza, le acompañaríamos a la frontera'»[22].

Por otra parte, ningún pueblo, ningún país, ninguna civilidad se caracterizan por una sola identidad. Todos presentan heterogeneidades culturales, que constituyen no solo su riqueza, sino también, si se quiere usar esta palabra, la multiforme identidad, tanto más fuerte e interesante cuanto más compleja, abierta y contraria a muros y a fronteras sea. Por lo demás, la heterogeneidad y el pluralismo atraviesan tanto las fronteras como las épocas: según han escrito Amartya Sen, Aristóteles y Ashoka y, en sentido opuesto, Platón, Agustín y Kautilya son entre sí

21. Véanse las páginas de A. Sen, *Identità e violenza* [2006], trad. it. de F. Galimberti, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 42-48 y 151-172 [trad. cast. de V. I. Weinstabl y S. Martín de Hagen, *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Katz, Buenos Aires, 2007], e Íd., *L'altra India. La tradizione razionalista e scettica alle radici della cultura indiana* [2005], trad. it. de G. Rigamonti, Mondadori, Milán, 2006, cap. VI, pp. 136-145; cap. XIV, pp. 304-307; cap. XVI, pp. 343-347.

22. H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. VIII, pp. 186-187.

más semejantes de lo que puedan serlo Aristóteles y Platón o Ashoka y Kautilya[23]. Por lo demás, tampoco los individuos están dotados de mono-identidades, o sea, de identidades mono-culturales. Al igual que los pueblos, su complejidad cultural, la multiplicidad y la heterogeneidad de sus culturas, su pluri-identidad es todo uno con su madurez intelectual y cultural. En definitiva, no existen, normalmente, mono-culturas ni mono-identidades. Las mono-identidades son solo las del fanático o del fascista. Y las mono-culturas son solo las totalitarias y las fundamentalistas. En efecto, pues existe un nexo entre mono-culturalismo, mono-identidad, principio de homogeneidad, fanatismo y totalitarismo y, por el contrario, entre multi-culturalismo, pluri-identidad, principio de heterogeneidad, tolerancia y democracia. La verdadera amenaza para la convivencia civil no es el multi-culturalismo, sino los pretendidos mono-culturalismos que degeneran en fundamentalismos, sectarismos y fanatismos ideológicos o religiosos.

Diré desde ahora que solo sobre esta base puede comprenderse el valor civil antes que político de cualquier proceso de integración supranacional. Comenzando por el proceso de integración europea, no por casualidad incomprendido y contestado por tantos populismos soberanistas. Puesto que la fuerza de Europa consiste precisamente en su heterogeneidad, es decir, en ser «una y múltiple»[24]. Por eso, una eventual constitucionalización de sus «raíces cristianas» habría sido un menoscabo, además de una violación de los principios de laicidad y de igualdad de las diferencias: porque las raíces de Europa son múltiples —cristianas, árabes, hebreas, liberales, socialistas y hasta agnósticas y ateas— y ninguna puede ser discriminada en favor de otra. De esta multiplicidad y heterogeneidad de las diferencias proviene no solo la posibilidad, sino también el valor civil y democrático de un constitucionalismo europeo y, más aún, global, basado precisamente en la igualdad en los derechos de libertad como derechos a las propias identidades diferentes.

6.3. *Una doble crisis de la democracia política. La crisis por arriba de la representación.* La actual crisis de la democracia es en gran parte el producto de la quiebra en el sentido común de su sustrato político y simbólico, es decir, de la idea de la igual dignidad de todas las diferencias

23. A. Sen, *L'altra India*, cit., cap. XIII, p. 284.

24. T. Todorov, *Lo spirito dell'illuminismo* [2006], trad. it. de E. Lana, Garzanti, Milán, 2007, p. 1 [trad. cast. de N. Sobregués, *El espíritu de la Ilustración*, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, Barcelona, 2008]. Z. Bauman, *Oltre le Nazioni. L'Europa tra sovranità e solidarietà*, Laterza, Roma-Bari, 2019, pp. 18-24.

de identidad, sustituida por miedos y desprecio por los diferentes, sobre todo si débiles, y de la no aceptación de las desigualdades excesivas, sustituida por su legitimación tácita o, en cualquier caso, por la indiferencia. Esta quiebra es el producto del trabajo de devaluación de los valores civiles de la igualdad y la solidaridad y de instigación al odio y a la intolerancia, puesta en práctica por la clase política y los *media* con el espectáculo cotidiano de choques, invectivas, insultos y difamaciones. En efecto, pues un rasgo constitutivo de todos los populismos consiste en la constante invención de enemigos como responsables de los males sociales —las castas, los extranjeros, la Unión Europea— en la consiguiente fractura de las sociedades en amigos y enemigos, en el rechazo a reconocerse en valores prepolíticos comunes, en la previa renuncia a buscar convergencias o compromisos en el interés general y en el desarrollo de la antipolítica y de las tristes pasiones de la rabia y de la desconfianza y suspicacia. En efecto, en el vacío de contenidos políticos y programáticos, la deslegitimación de los adversarios, su agresión y difamación se han revelado los instrumentos más eficaces para dar voz y representación a la inseguridad social generada por las políticas de restricción del *welfare*. Esta inseguridad social se ha transformado, por el racismo y el populismo penal alimentados por las campañas permanentes sobre la seguridad pública, en miedo a la criminalidad callejera y de susbsistencia, a los migrantes y los marginados, señalados también como enemigos y principales responsables de la inseguridad generalizada. De esto se ha seguido una depresión del espíritu público que se manifiesta en la generalización del pesimismo, de la desconfianza en la política y en las instituciones, de la suspicacia y la sospecha en relación con todos y, en particular, en la incertidumbre ante el futuro, en la ansiedad y la angustia compartida por la gran mayoría de las personas[25].

Junto a esta involución de las relaciones sociales y a esta depresión del espíritu público, que están en la base del debilitamiento de todas las dimensiones de la democracia, cuentan después los aspectos y los factores específicos de la crisis de la democracia política. Estos afectan a la representación por ambos lados de la relación representativa: por arriba,

25. Véanse los datos sobre la incertidumbre ante el futuro y sobre el pesimismo (experimentados, respectivamente, por el 69% y el 17,2% de los ciudadanos, con un total de desconfiados del 86,2%), sobre el estado de ansiedad y depresión y, en especial, sobre la desconfianza en los demás (declarada por el 75,5%), en la política (advertida por el 53%) y en los partidos (expresada por el 76%) y sobre la opción por el «hombre fuerte al poder» (expresada por el 48,2%), recogidos en el primer capítulo del *53.º Rapporto sulla situazione sociale del paese* del Censis, Franco Angeli, Roma, 2019, pp. 3-31, en particular en los gráficos 1 y 4, pp. 4 y 23, y en los cuadros 4 y 13, pp. 10 y 22.

con respecto a los representantes; por abajo, con respecto a los representados. La crisis por arriba —responsable de la doble crisis de la legalidad, tanto formal como sustancial, ilustrada en el § 4.4— está generada por tres factores de carácter institucional, opuestos en apariencia pero que, en realidad, convergen a minar en la raíz la relación de representación.

El primer factor lo constituye la verticalización y personalización de la representación. En casi todas las democracias se ha producido en estos años un reforzamiento de los poderes ejecutivos y de sus jefes, con la correlativa desautorización de los parlamentos. Gracias a la difusión del modelo presidencial o de sistemas electorales de tipo mayoritario, la representación política tiende cada vez más a identificarse con la persona del jefe del estado o del gobierno. En particular, en Italia, donde las leyes electorales de estos últimos decenios han transformado las elecciones políticas en la opción por uno o más jefes por los cuales son de hecho nombrados los parlamentarios, convertidos de este modo en una masa de dependientes ligados a ellos por vínculos de fidelidad. Así, se ha invertido la relación de representación y responsabilidad: no hacia abajo, sino hacia arriba. Se entiende que esta personalización de la representación haya favorecido el desarrollo de los populismos y la reaparición de la ideología de la democracia identitaria ilustrada en el parágrafo precedente, según la cual la democracia consistiría, más que en la representación de la pluralidad de los intereses sociales en conflicto y en su mediación parlamentaria, en la opción electoral de una mayoría gobernante y sobre todo de su jefe, concebido como expresión directa y orgánica de la voluntad popular, asumida a su vez como la única fuente de legitimación de los poderes públicos. El resultado ha sido la deformación de la democracia representativa en sentido plebiscitario: la irrelevancia de los partidos, reducidos a comités electorales del líder, la relación directa de estos con el pueblo a través de la comunicación televisiva o digital, la intolerancia y, más aún, la incomprensión por los límites y los vínculos constitucionales, la idea de la omnipotencia de la mayoría personificada por su jefe, a su vez enteramente legitimado por el consenso popular.

El segundo factor de crisis de la representación política por arriba consiste en los procesos de concentración y confusión de poderes. Más que a la lesión del clásico principio de separación entre poderes públicos, y, en particular, de la independencia del poder judicial, intentada más de una vez en Italia, me refiero a la progresiva ofuscación de la separación entre esfera pública y esfera privada. El cauce de esta confusión está constituido por los conflictos de intereses generados por la estrecha alianza entre poderes políticos públicos y poderes económicos

privados y por la sustancial subordinación de los primeros a los segundos. El caso límite es el producido en Italia, donde el fenómeno ha asumido las formas, sin precedentes, de la concentración en las mismas manos de los poderes de gobierno, de un enorme sistema de intereses y de poderes económicos en conflicto con los intereses públicos, así como de los poderes mediáticos asegurados por el cuasi monopolio de la información televisiva. Pero los conflictos de intereses y el intercambio político con *lobbies* y grupos de poder son hoy ya fenómenos endémicos en todos los ordenamientos democráticos, donde se ha hecho cada vez más estrecha la relación entre dinero, información y política. Es claro que estos conflictos de intereses excluyen de raíz la representación en los dos sentidos de la palabra. Excluyen sobre todo la *representación jurídica* de las instituciones políticas, que como establecen todos los códigos civiles (por ejemplo, los artículos 320, 6.º, 1394 y 2391, 5.º del italiano) es incompatible con el conflicto de intereses del representante y el representado. Pero comprometen también la *representación política*, a causa del condicionamiento que ejercen sobre ella los intereses privados del representante, tanto más cuando es el jefe de la mayoría. En efecto, pues al margen del consenso electoral, son estos intereses personales y no los intereses generales —«la Nación», como impone el artículo 67 de la Constitución— los que resultan de hecho representados, en contradicción con la representación de los electores en la que se basa la legitimación democrática de las instituciones de gobierno.

El tercer factor de crisis por arriba de la democracia representativa ha sido, en estos años, la creciente ocupación de las instituciones públicas por los partidos y la plasmación de las primeras por los segundos. Esta confusión, hasta la identificación entre partidos e instituciones y con ello entre representantes y representados, ha provocado la desaparición de los partidos como lugares de agregación social y de elaboración desde debajo de los programas y las opciones políticas, su transformación en costosas oligarquías integradas en las instituciones públicas y máximamente expuestas a la corrupción y el mal hacer, la reducción de la participación política de los ciudadanos a la única opción electoral de uno o más jefes, la quiebra, en fin, de la calidad y la credibilidad de la clase política y no solo de su representatividad[26]. Pero, junto con

26. «La Cámara de los Comunes británica», ha escrito Tony Judt, *Algo va mal* [2010], trad. cast. de B. Urrutia, Taurus, Madrid, pp. 158-159, «ofrece actualmente un espectáculo penoso: un reducto de enchufados, subordinados serviles y pelotas profesionales [...] El Senado estadounidense, en el pasado un bastión del republicanismo constitucional, se ha convertido en una parodia pretenciosa y disfuncional de su carácter original. La Asamblea

los otros dos factores de crisis que acaban de ilustrarse, ha contribuido, sobre todo, a trastornar la mediación representativa, que supone, repito, la distinción y la separación entre representantes y representados. También porque, gracias a leyes electorales como las italianas de los últimos decenios, la selección de los candidatos a las elecciones está contaminada por el conflicto de intereses que se manifiesta en las autocandidaturas de los dirigentes y en la cooptación de los más fieles a quienes, de hecho, los han nombrado.

En la base de todos estos factores de crisis hay, además, una gran aporía que aflige a nuestras democracias y sobre la que volveré en el § 6.6. Los partidos políticos son hoy grupos de poder que han acabado por separarse de sus bases sociales y por identificarse, pura y simplemente, con las instituciones representativas. En consecuencia, han dejado de ser las asociaciones libres en las que los ciudadanos, como querría el artículo 49 de la Constitución italiana, «tienen derecho» a «concurrir con método democrático a determinar la política nacional». Se han convertido en instituciones parapúblicas que gestionan informalmente la distribución y el ejercicio de las funciones públicas, ya no como órganos de la sociedad, sino como aparatos de poder integrados en el estado y sustancialmente al servicio de sus jefes. En Italia el fenómeno ha alcanzado, además, dimensiones patológicas a causa de la expansión de la clase política, de sus costes y de sus privilegios, paradójicamente, en simultaneidad con la crisis de los grandes partidos de masas[27]. Y suscita, más que una cuestión moral o económica, una cuestión institucional: la deformación de la representación política generada por el conflicto de intereses que se determina entre los públicos y generales, que los representantes están llamados a interpretar y tutelar, y los suyos personales en la conservación del cargo y de los privilegios que lleva consigo, que de hecho les vinculan, ya no al mandato desde abajo y a la responsabilidad ante los electores, sino al mandato desde arriba y a la responsabilidad y a la fidelidad en relación con quien los ha designado y de quien depende su futura designación.

Nacional francesa ni siquiera aspira al visto bueno del presidente del país, que la soslaya cuando quiere [...] Con independencia de sus afinidades políticas, León Blum y Winston Churchill, Luigi Einaudi y Willy Brandt, David Lloyd George y Franklin Roosevelt, representaban una clase política profundamente sensible a sus responsabilidades morales y sociales [...] Políticamente, la nuestra es una época de pigmeos».

27. Recuérdese la investigación de C. Salvi y M. Villone, *Il costo della democrazia. Eliminare sprechi, clientele e privilegi per riformare la politica,* Mondadori, Milán, 2005, que, hace ya quince años, documentó la existencia en Italia de cerca de medio millón de personas que viven de la política.

6.4. *La crisis por abajo de la representación: la despolitización y la corrupción del sentido cívico. La perversa alianza entre populismos y liberismo.* Luego está el segundo aspecto de la crisis de la democracia política: el producido por abajo, por el lado de los representados, es decir, de la sociedad. Consiste en la reducción de la participación política —de sus formas, sus sedes y sus momentos— y, por consiguiente, en la mutación de la relación de los ciudadanos con la política: ya no la participación activa, sino el consenso pasivo a la fuerza política juzgada menos penosa, o, peor aún, el desinterés, la indiferencia y el rencor. Esta reducción a la pasividad de la sociedad es el fruto de múltiples factores, que son en parte un reflejo de la crisis por arriba de la representación política, es decir, del creciente alejamiento de los partidos de la sociedad y de su transformación en oligarquías autorreferenciales.

El primero de estos factores es un efecto directo de la ya señalada verticalización de la representación, favorecida por las actuales formas de la comunicación política —la televisión y sobre todo las formas de la comunicación digital— tanto más eficaces en la conquista del consenso cuanto más desaprensivas en la difusión de noticias falsas y en la denigración de los adversarios. Esta comunicación política vertical desde arriba, que ha sustituido a la comunicación y la socialización horizontal desde abajo, en la sede de los viejos partidos, favorece, además de la reducción a la pasividad del elector-espectador, su identificación con el líder o con los líderes, que es el rasgo distintivo de todos los populismos, a comenzar por el fascismo. Y tanto más y mejor favorece esta identificación cuanto más gusta el líder: pues el elector-espectador lo ve similar a él mismo, porque usa idéntico lenguaje y, sobre todo, porque tiene sus debilidades, vanidades, astucia e incluso ignorancia, su arrogancia y su vulgaridad. En el pasado, la adhesión política estaba mediada por la participación en la vida de los partidos y cuando menos por la información sobre sus programas y sus políticas. Hoy la relación, cuando existe, es directa y orgánica con el jefe al consistir en su identificación con los representados postulada por el principio schmittiano de homogeneidad y que forma la sustancia de todos los populismos iliberales. Si después el líder con el que se produce la identificación es un modelo de ilegalidad desaprensiva en apoyo de los propios intereses o, peor aún, de manifiesta inhumanidad en relación con los diversos como son hoy los migrantes, este proceso se conjuga, con resultados catastróficos, con la corrupción del sentido moral y, siguiendo el ejemplo del jefe, con la asunción de propio interés personal, o bien del rechazo y del desprecio del diferente como criterios de valoración y de acción política.

El segundo factor de crisis de la representación por debajo es la despolitización masiva, que se manifiesta en el abstencionismo, la antipolítica, el indiferentismo (*qualunquismo*) y, al mismo tiempo, en el desvanecimiento de la «opinión pública» como opinión sobre las «cuestiones públicas», es decir, de interés general, y no sobre los propios personales intereses. En efecto, la opinión pública puede ser objeto de dos posibles agresiones. La primera es la difusión de noticias falsas, la omisión o la deformación de noticias verdaderas, la difamación de los adversarios y el embotamiento de las conciencias y de las inteligencias. La segunda, que no excluye la primera, es la que proviene de la despolitización, esto es, del debilitamiento de las razones de la política en la valoración de los que deberían ser los intereses públicos o generales. Se puede tener opiniones políticas de derecha o de izquierda, conservadoras o progresistas y hasta liberales o iliberales; lo que hace de ellas una opinión «pública» o «política» es el hecho de estar informadas o, en todo caso, de quererse informar por los intereses públicos y no por el provecho personal. Esta segunda agresión consiste en eliminar del horizonte político de los ciudadanos la idea misma de interés público o general y en dirigir su atención solamente a sus intereses privados, a veces abiertamente propuestos como los únicos y exclusivos criterios de valoración política también en el ejercicio del derecho de voto[28]. Es claro que esta indiferencia de los ciudadanos hacia los intereses generales y su aislamiento en los intereses privados, equivalente a la difusión de otros tantos minúsculos conflictos de intereses en el ejercicio de los derechos políticos, forman el mejor caldo de cultivo de la reducción a la pasividad y la depresión política y, con ella, de la delegación en un jefe como intérprete de los intereses egoístas de todos y representante orgánico de su disgregación social. Es por lo que son promovidos, incentivados, secundados por todos los regímenes autoritarios y por todas las políticas demagógicas[29].

28. De extraordinaria actualidad es el discurso pronunciado por Tocqueville el 27 de enero de 1848 en la Cámara de Diputados en el que lamentó que «las opiniones, los sentimientos, las ideas comunes fueran cada vez más sustituidas por los intereses particulares, las miras particulares, los puntos de vista marcados por la vida y los intereses privados» y, después de haberse preguntado «si no ha crecido incesantemente el número de quienes votan por intereses personales o particulares, y si no decrece también de manera incesante el número de quienes lo hacen sobre la base de una opinión política», denunció como «moral baja y vulgar» la tendencia a hacer «de los derechos políticos [...] un uso personal en el propio interés» (A. de Tocqueville, *Discorso sulla rivoluzione sociale*, en Íd., *Scritti politici*, ed. de N. Matteucci, vol. I, *La rivoluzione democratica in Francia*, Utet, Turín, 1969, pp. 270-271).

29. Recuérdese otra célebre página, no menos actual, de Tocqueville sobre el nexo entre depresión del espíritu público e involuciones iliberales: «El despotismo, que es tími-

Hay un tercer factor de la reducción a la pasividad de la sociedad. Consiste en una perversa y paradójica alianza entre populismo y liberismo. Identificaré tres aspectos de esta singular alianza, más allá de la aparente oposición: el papel de alteración de las subjetividades colectivas, funcional a los populismos, desarrollado por las políticas antisociales y contra el trabajo promovido por las políticas liberistas; el papel inverso, funcional al liberismo, desempeñado por la aversión a las instituciones supranacionales promovida por los actuales populismos soberanistas; la tendencia, en fin, a la reducción de los límites y de los vínculos constitucionales que tienen en común tanto la concepción populista de la soberanía popular como la liberista de la soberanía de los mercados.

do por naturaleza, ve en el aislamiento de los hombres la garantía más segura de su propia duración, y de ordinario pone todas sus precauciones en aislarlos. No hay vicio del corazón humano que le agrade tanto como el egoísmo. [...] Llama espíritus turbulentos e inquietos a los que pretenden unir sus esfuerzos para crear la prosperidad común y, cambiando el sentido de las palabras, llama buenos ciudadanos a los que se encierran estrictamente en sí mismos. [...] El despotismo alza barreras entre ellos y los separa [...] y hace de la indiferencia una especie de virtud pública» (*La democracia en América*, cit., vol. II, Segunda parte, cap. IV, pp. 852-853). Y más adelante, Cuarta parte, cap. VI, pp. 1151-1152: «Veo una multitud innumerable de hombres semejantes e iguales que giran sin descanso sobre sí mismos para procurarse pequeños y vulgares placeres con los que llenan su alma. Cada uno de ellos, retirado aparte, es extraño al destino de todos los demás. Sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana. En cuanto al resto de sus conciudadanos, están a su lado, pero no los ve; los toca, pero no los siente, no existe más que en sí mismo y para sí mismo [...] Por encima de ellos se alza un poder inmenso y tutelar [...] Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno [...] Quiere que los ciudadanos gocen con tal de que solo piensen en gozar [...] Nuestros contemporáneos [...] imaginan un poder único tutelar, todopoderoso pero elegido por los ciudadanos [...] Con ese sistema, los ciudadanos salen un momento de la dependencia para señalar a su amo y vuelven a entrar en ella». Las mismas tesis se encuentran de nuevo en A. de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución* [1859], trad. cast. de D. Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid, 1982, vol. I, Prólogo, p. 601: «Los hombres, al no estar vinculados por lazos de casta, de clase, de corporación, de familia, se sienten demasiado inclinados a no preocuparse más que de sus intereses particulares, siempre tentados de no pensar sino en sí mismos y de encerrarse en un individualismo estrecho que ahoga toda virtud pública. El despotismo, lejos de luchar contra esa tendencia, la hace mucho más fuerte, pues quita a los ciudadanos toda pasión común, toda necesidad mutua, toda exigencia de entenderse, toda ocasión de actuar conjuntamente; los encierra, por decirlo así, en la vida privada. Ellos tendían ya a alejarse unos de otros; el despotismo los aísla. No había ya excesiva solidaridad entre ellos: el despotismo acentúa su indiferencia. En esta clase de sociedades en las que nada es fijo, todos se sienten constantemente aguijoneados por el temor a descender y el afán de subir. Y como el dinero, al mismo tiempo que se ha convertido en el signo principal para clasificar y distinguir entre sí a los hombres, ha adquirido en ellas una movilidad singular, y pasa incesantemente de mano en mano, transformando la condición de los individuos y elevando o rebajando a las familias, apenas hay alguien que no se vea obligado a hacer un esfuerzo desesperado y continuo para conservarlo o para adquirirlo».

El primer aspecto de esta alianza, funcional a los intereses de los soberanismos, consiste en la creación de las bases sociales de los populismos, por parte de las políticas liberistas. Estas han acentuado las desigualdades económicas y demolido, con el derecho al trabajo y sus garantías, las viejas formas de subjetividad colectiva basadas en la igualdad y en luchas comunes por los comunes derechos. Expresiones como «movimiento obrero» y «clase obrera» han caído en desuso porque, con la multiplicación, la diferenciación y la precarización de las relaciones de trabajo, ha dejado de existir la igualdad en derechos entre los trabajadores, que, en vez de solidarizarse en luchas comunes están constreñidos a competir entre sí. Simultáneamente, las campañas populistas sobre la seguridad, además de alimentar miedos, xenofobias y racismos y de degradar el sentido moral colectivo, han refundado las subjetividades colectivas sobre la común hostilidad hacia los diferentes —comenzando por los emigrantes— identificados como ajenos, enemigos, peligrosos y tendencialmente criminales. En definitiva, se han producido dos procesos complementarios y convergentes, uno de descomposición y el otro de recomposición social, que han alterado la estructura de la sociedad: de un lado, la disgregación, por obra de las políticas liberistas de precarización y diferenciación de las relaciones de trabajo, de las viejas subjetividades sociales y políticas fundadas en la igualdad y la solidaridad; del otro, la nueva agregación, debido a las políticas populistas, de nuevas subjetividades políticas basadas en la defensa de supuestas identidades colectivas —«primero los italianos», «America *first*»— frente a supuestas identidades enemigas y en la intolerancia y el rechazo de los diferentes. Han sido dos acciones conjuntas, puestas en acción por las dos derechas, que han producido un vuelco en la dirección del viejo conflicto social: ya no la lucha contra las desigualdades, sino la lucha contra las diferencias; ya no la lucha de clases de los de abajo contra los de arriba, sino el conflicto identitario de los de abajo contra los que están más abajo todavía: de los pobres contra los pobrísimos, de los trabajadores con garantías contra los que no las tienen, de los ciudadanos contra los migrantes, en síntesis, de los débiles contra los aún más débiles, señalados como sus enemigos o inferiores para que puedan descargar sobre ellos su propia rabia y hacer valer su propia superioridad.

El segundo aspecto de la alianza entre soberanismo y liberismo es inverso al primero al consistir en el papel desarrollado por las culturas y las prácticas políticas de los populismos en apoyo, de hecho, de los intereses de los grandes poderes económicos y financieros. Los movimientos soberanistas, con su antieuropeismo y su antiglobalismo, son las fuerzas que más se oponen a los procesos de integración europea o de cualquier

modo supranacional y por eso a la construcción de una esfera pública a la altura de los nuevos soberanos absolutos, invisibles e irresponsables en los que se han transformado los mercados. Con dos efectos perversos: la ausencia de limitación de los poderes económicos y financieros, de este modo libres para imponer su voluntad en el mercado global, y la renuncia a las funciones de garantía de los derechos y de los bienes fundamentales, muchos de los cuales, de no ser garantizados a escala global, no lo serán en absoluto. Es así como la acción conjunta de soberanismos y liberismos nos pone en riesgo de retroceder a los terribles primeros años del siglo XX. Entonces fueron las soberanías estatales las que triunfaron de formas tremendas y mortíferas, destruyendo la democracia dentro de los estados y la paz en su exterior. Hoy los soberanos son distintos: son los mercados, es decir, los poderes económicos y financieros, cuya soberanía absoluta resulta favorecida precisamente por la oposición de los populistas a la construcción de una esfera pública global, en la ilusoria defensa de una soberanía nacional perdida.

El tercer aspecto que tienen en común soberanismos y liberismo es que comparten la intolerancia a los límites y vínculos constitucionales, generada, de un lado, por la ideología populista de la soberanía popular encarnada por la mayoría como única fuente de legitimación política y, del otro, por la ideología liberista del mercado como lugar de las libertades fundamentales que no admiten límites ni controles[30]. El vocabulario constitucional —los derechos humanos, la igualdad, la solidaridad, la dignidad de la persona— es además extraño a ambas ideologías; mientras tienen en común la desvaloración de la esfera pública, el desprecio de la política y la desconfianza en las instituciones públicas. Es, pues, evidente que, de las dos soberanías, la popular y la de los mercados, la segunda está destinada a prevalecer, a causa de la asimetría entre el carácter global de la economía y del capital financiero y el carácter todavía prevalentemente estatal de la política y del derecho. De esta manera, la pérdida de potencia de la política frente a los mercados y su renovada omnipotencia en relación con las personas y sus derechos, suceden de forma simultánea. De aquí la crisis sistémica de nuestras democracias. Ya no son los gobiernos y los parlamentos quienes dictan reglas a la economía, sino a la inversa; ya no son los estados los que ga-

30. La alianza, también bajo la forma de coincidencia de intereses, es específica y objetiva entre populismo digital y gigantes de la web, que obtienen provecho del desarrollo de la política en red y, sobre todo, de su comprobada influencia en el resultado de las campañas electorales: «haber logrado hacer elegir a alguien como Trump es, en efecto, una óptima credencial para vender los mismos servicios a otros políticos» (M. Barberis, «Brexit, Trump», cit., p. 21).

rantizan la competencia de las empresas, sino que son estas las que ponen a los estados a competir al privilegiar, para sus inversiones, a aquellos en los que los que se dan las mejores condiciones para la máxima explotación del trabajo, la contaminación del medio ambiente, la evasión fiscal y la corrupción de los gobiernos.

6.5. *El garantismo político. Las alternativas a la crisis en curso:* a) *El sistema electoral proporcional, el gobierno parlamentario y las instituciones electorales de garantía.* Frente a esta crisis de la representación política por arriba y por abajo, se requiere hoy el desarrollo de un *garantismo político* basado en el anclaje efectivo de la representación en la complejidad social, que solo puede provenir de la creación de adecuadas garantías de los derechos de autonomía política. Distinguiré dos órdenes de garantías de tales derechos, uno de carácter institucional, el otro de carácter extrainstitucional. El primero, al que se dedica este parágrafo, consiste en la forma de gobierno y en el sistema electoral adoptados; el segundo, del que hablaré en el próximo parágrafo, consiste en la organización social y democrática de la representación.

La primera garantía institucional del principio de heterogeneidad, aquí asumido como fundamento de la democracia política, es el gobierno parlamentario; entendiendo con esta expresión una forma de gobierno basada en la centralidad de la relación de confianza entre poder ejecutivo y poder legislativo[31]: no, por consiguiente, como se dijo en el § 3.8, sobre la separación orgánica entre los dos poderes, sino sobre su distribución, que siempre acompaña a su separación funcional, es decir, a la atribución de la función legislativa prevalentemente a la competencia del Parlamento. La segunda garantía del principio de heterogeneidad consiste en el sistema electoral proporcional todo lo puro que sea posible, entendiéndose por tal un método proporcional sin premios de mayoría, ni límites a las minorías, ni listas bloqueadas, que aseguren la proporcionalidad del resultado de las elecciones, esto es, la conquista por parte de cada lista de un número de escaños exactamente proporcional al número de votos recibidos.

31. Cf. C. F. Ferrajoli, *Rappresentanza política e responsabilità*, cit., p. 33, que cita la definición de gobierno parlamentario de L. Elia, «Governo (forme di)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milán, 1970, vol. XIX, p. 642: «Solo puede hablarse de gobierno parlamentario cuando la titularidad del poder ejecutivo se conciba como una emanación permanente (mediante relación fiduciaria) del o de los colegios fiduciarios del poder legislativo». Sobre formas de gobierno, véase N. Bobbio, *La teoría delle forme di governo nella storia del pensiero político*, Giappichelli, Turín, 1976; M. Luciani, «Governo (forme di)», en *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, Giuffré, Milán, 2010, pp. 538-558.

Gracias a estas dos garantías, el gobierno parlamentario, bastante más que los sistemas políticos presidencialistas, institucionalmente personalizados, es la forma de gobierno que mejor asegura el pluralismo político y la representación del electorado en su totalidad. Las dos garantías están interconectadas. No es casual que, en Italia, la crisis de la democracia por arriba y por abajo que se ha ilustrado antes, haya estado determinada en gran parte por la adopción del sistema mayoritario y por la generalización, en la clase política, de la idea de que el pluralismo debe reducirse a la confrontación entre dos únicas formaciones; de que las elecciones consistan en la investidura popular de una mayoría, y, más precisamente, de su jefe; de que la legitimación de las funciones de gobierno dependan únicamente de tal investidura y no de la confianza del Parlamento; de que, en fin, la centralidad del sistema político deba corresponder al Gobierno y no al Parlamento, expropiado por el primero de gran parte de la función legislativa. Expondré tres órdenes de razones en apoyo del sistema electoral proporcional como máxima garantía institucional de la representación y de la democracia política.

La primera razón consiste en el hecho de que solo los sistemas perfectamente proporcionales garantizan la igualdad en ese específico derecho fundamental que es el derecho de voto, dado que, con base en él, todos los votantes resultan igualmente representados. En cambio, en el sistema mayoritario gran parte de los votos de las minorías carece de relevancia. Así pues, solo el método proporcional asegura la plena representatividad de los elegidos, según el principio de una persona un voto, que es el rasgo constitutivo de la democracia política. Es por lo que Kelsen escribió: «el sistema de la representación proporcional es la aproximación más grande posible al ideal de la autodeterminación dentro de una democracia representativa y, por tanto, el más democrático de los sistemas electorales»[32]. Por el contrario, el sistema mayoritario sobre bases uninominales está en paradójica contradicción con el principio de mayoría. Al comportar la elección en cada circunscripción de solo el candidato que recibe el mayor número de votos, produce dos efectos: el primero es que asigna la mayoría absoluta de los elegidos a la fuerza polí-

32. H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., Segunda parte, cap. IV, B, h, 3, p. 353; Íd., «Los fundamentos de la democracia», III, en Íd., *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 320. Como ha observado Gianni Ferrara, mientras el sistema proporcional, utilizando en principio todos los votos válidos, asegura la igualdad del voto «ya sea de partida o en destino», el sistema mayoritario asegura «la igualdad del voto solo en el acto en que se lo expresa, pero no en cuanto a su eficacia al contribuir a determinar la composición de las asambleas representativas» (G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 28-29).

tica que en realidad ha obtenido una simple mayoría relativa, gracias a la suma de las mayorías relativas alcanzadas en las distintas circunscripciones; el segundo es que induce a los partidos a agruparse en dos formaciones contrapuestas como modo de hacer elegir en cada colegio a su propio candidato. De aquí se sigue una clara distorsión de la representación política. Gracias a alianzas electorales ficticias que ocultan diferencias radicales, la formación dotada de la más despreocupada capacidad de coaligarse estará en condiciones de obtener la mayoría absoluta en las instituciones representativas con la sola mayoría relativa de los votos, equivalente, en realidad, a una minoría. Con un inevitable desmentido del principal argumento comúnmente aportado en apoyo del sistema mayoritario: el de la mayor estabilidad y eficiencia. Pues, como ha demostrado la experiencia italiana, pasadas las elecciones, esas ficticias alianzas están destinadas a disolverse y a provocar la caída de los gobiernos.

La segunda razón consiste en el hecho de que el método proporcional favorece más que cualquier otro el desarrollo de los partidos políticos, su arraigo social y, por su cauce, la representación de intereses y de opciones políticas diversas en conflicto. Así pues, solo el método proporcional es idóneo para promover la participación activa de los ciudadanos en la vida política, para representar la complejidad de la sociedad, y para reflejar la heterogeneidad de las opiniones y los intereses sociales, cuyo reconocimiento y cuyo respeto son los presupuestos elementales de la democracia política. Por el contrario, el sistema mayoritario, al llevar consigo la división ficticia del sistema político en dos polos contrapuestos, constriñe a los electores a alinearse con una de las dos partes en conflicto y transforma las elecciones en una contienda en la que puede vencerse por un solo voto, gracias sobre todo a los votos de los más indecisos, que son también los más desinformados y despolitizados y más expuestos al condicionamiento de la propaganda. No se olvide que el sistema mayoritario uninominal nació en Inglaterra, junto con el régimen parlamentario, cuando servía para expresar una representación no política, sino territorial y para asegurar —en los orígenes del estado moderno, en tiempos de escasa y precaria unidad nacional— un representante para cada condado, *länder* o circunscripción, por lo general, en la persona del feudatario o barón local. En este aspecto, el método mayoritario en su forma uninominal clásica, es un residuo premoderno[33];

33. «Una forma feudal», escribió Piero Gobetti, que «presupone el voto limitado y la existencia de una clase aristocrática» cuyos representantes son los feudatarios locales (*La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta política in Italia* [1924], Einaudi, Turín, 1964, III, p. 154); *ibid.*: «La tendencia del colegio uninominal se expresa en la formación de una

similar, por lo demás, al instituto del presidente elegido por el pueblo, que es un residuo del principio monárquico que se afirmó en Estados Unidos y luego en las diversas repúblicas presidencialistas latinoamericanas, como un subrogado de la figura del rey. Así se entiende que el efecto de semejante criterio mayoritario de selección de los representantes, una vez que la representación se convierte en «política» y mediada por los partidos nacionales, sea la tendencia de estos a contraponerse en dos únicas formaciones para hacer elegir en cada colegio al propio candidato y excluir de la representación a las fuerzas políticas menores.

La tercera razón es quizá la más relevante. Consiste en el hecho de que, mientras los sistemas mayoritarios favorecen la personalización de las fuerzas políticas y sus involuciones populistas, los sistemas proporcionales aseguran la centralidad del Parlamento y por eso son la mejor garantía del pluralismo y del conflicto político y social y, al mismo tiempo, de la civilización del propio conflicto. En efecto, en tales sistemas, cada fuerza política se presenta con su propio programa en representación de una propia específica base social, asimismo de intereses y opiniones claramente definidos. Es por lo que, en las campañas electorales, no se ve constreñida a competir con las otras fuerzas políticas, que proponen programas diferentes y se diferencian a partir de estos, y tampoco a llegar con ellas a compromisos para dar vida a coaliciones electorales ficticias[34]. Así pues, el sistema proporcional favorece el recíproco respeto de las diferentes identidades políticas y su confrontación racional y civil, excluye el compromiso oculto en el plano social y lo remite al plano político y, con ello, a la transparencia del debate y la confrontación parlamentaria[35]. Por el contrario, en los sistemas electorales

clase de políticos, propensos a caer en una especie de politiquerismo parasitario». Su persistencia en Inglaterra se explica por lo que Mauro Barberis ha llamado «retraso causado por la anticipación», en virtud del cual los ingleses, habiendo «inventado el constitucionalismo, la separación de poderes y la democracia parlamentaria [...] no aceptan lecciones» y por eso han conservado la monarquía y la Cámara de los Lores, no tienen codificación, ni constitución ni tribunal constitucional, «viven aún en el estado (no constitucional, sino) legislativo» y han votado el Brexit por una suerte de «nostalgia del futuro», es decir, de la idea que ellos tenían de su propio futuro (M. Barberis, *Brexit*, cit., p. 13; Íd., *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, il Mulino, Bolonia, 2008, pp. 147-148).

34. Kelsen ilustra muy bien asimismo esta tercera razón: «Una de las ventajas del sistema de la representación proporcional consiste en que no es necesaria la competencia de candidatos de diferentes partidos políticos. De acuerdo con el sistema de la representación mayoritaria, cada delegado es electo con los votos de un grupo, el grupo mayoritario, en contra de los del otro, el grupo minoritario» (*Teoría general del derecho*, cit., Segunda parte, cap. 4, 3, γ, p. 352).

35. «La discusión libre entre mayoría y minoría es esencial a la democracia, porque constituye la forma idónea para crear una atmósfera favorable a un compromiso en-

mayoritarios, las dos formaciones en conflicto son llevadas a asemejarse en los contenidos para capturar el voto de los indecisos, es decir, para obtener el consenso del mismo electorado y, por ello, a confrontarse y a diferenciarse, con insultos y broncas, en cuestiones marginales. Además, al constreñir a las fuerzas políticas a coaligarse en formaciones contrapuestas, el método mayoritario les impone el compromiso en el plano social, ofuscando las diferencias de las opciones políticas y de los intereses representados en programas vacíos e indeterminados, confiriendo a las representaciones políticas una rigidez similar a la de las participaciones accionarias, identificándolas con su líder y alimentando así las vocaciones populistas, congelando no solo el compromiso, sino también la confrontación parlamentaria estigmatizados como traiciones al electorado y, naturalmente, favoreciendo la entrada en escena y el éxito de jefes y demagogos. Recuérdense las duras palabras de Piero Gobetti contra la ley hipermayoritaria de Mussolini de 1923: «El fascismo debía trastocar, para vencer, los resultados liberal-conservadores de dos experimentos basados en la proporcionalidad y opuso al ejército de los electores bandas de esclavos ignorantes de los derechos políticos. Su instinto de patrones guía con precisión bastante a los fascistas en la lucha contra la proporcional [...] La importancia de la obra moralizadora de la proporcional se reconoce en los experimentos italianos, en su aptitud para liquidar los gobiernos de mayoría. Donde una mayoría prevalece sin incertidumbres no se tiene otra cosa que una oligarquía larvada»[36].

El sistema proporcional —sin premios de mayoría ni umbrales de acceso para las minorías y con los votos de preferencia acordados a los electores— es, en definitiva, la condición de la máxima representatividad de todo el electorado; el más seguro remedio contra las falacias

tre mayoría y minoría; pues el compromiso forma parte de la naturaleza misma de la democracia. Por compromiso se entiende la solución de un conflicto por una norma que no coincide enteramente con los intereses de una de las partes, ni se opone enteramente a los de la otra. En la medida en que en una democracia el contenido del orden jurídico no se encuentra exclusivamente determinado por el interés de la mayoría, sino que representa el resultado de un compromiso entre los dos grupos, la sujeción voluntaria de todos los individuos al orden jurídico resulta más fácil que en cualquier otra organización política» (H. Kelsen, *Teoría general del derecho*, cit., Segunda parte, IV, B, e, p. 342).

36. P. Gobetti, *La rivoluzione liberale*, cit., pp. 155-156. Y poco antes: el sistema «proporcional», del que «se hace pregonero el Partido Popular» sirvió para «crear las condiciones de la lucha política y del normal desarrollo de la obra de los partidos [...] La proporcional dio a estas voces los medios para actuar en el terreno nacional, para presentarse como programas y proponer disciplinas. La democracia encontraba su atmósfera liberal: la proporcional obliga a los individuos a batirse por una idea, quiere que los intereses se organicen, que la economía sea elaborada por la política» (*ibid.*, pp. 154-155).

ideológicas y las involuciones organicistas, populistas y monocráticas de la representación, favorecidas, en cambio, por su verticalización y personalización por los sistemas mayoritarios y presidencialistas; el mayor factor de transparencia de las identidades programáticas de los partidos; el más seguro factor de la centralidad del parlamento como lugar público y transparente del debate y del compromiso político; la condición más favorable para el arraigo social de los partidos como instrumentos de los derechos de los ciudadanos para concurrir a determinar las decisiones políticas de sus representantes. Puesto que no daña ni favorece a ninguna de las fuerzas políticas en competición, es también el sistema electoral tendencialmente más estable. Al no comportar la contienda entre partidos para obtener el consenso del mismo electorado, es, en fin, la forma de las competiciones electorales más idónea para un objetivo esencial: la civilización de la política y su fundamentación en el respeto de los adversarios, en la disposición a escuchar sus razones y en la confianza, hasta prueba en contrario, en su honestidad y buena fe, y no en la apriorística desconfianza y en la sospecha de su deshonestidad y mala fe. En cuanto a la estabilidad de los gobiernos, la moción de confianza constructiva, esto es, la carga para quien se proponga promover una moción de confianza, de contar con una mayoría parlamentaria alternativa y otro presidente del gobierno, es un instituto concorde con el sistema proporcional apto para reforzarla.

Luego, más allá de la forma de gobierno parlamentaria y del sistema electoral proporcional, hay un segundo orden de garantías requerido para la tutela de la representación: la construcción de instituciones y de funciones electorales de garantía primaria y secundaria, obviamente separadas de las instituciones y de las funciones políticas de gobierno. En Italia los controles sobre la regularidad de las elecciones y los relativos a la elegibilidad de los candidatos están atribuidos, como *interna corporis*, a las mayorías parlamentarias, inidóneas por definición, en cuanto jueces en causa propia, para pronunciarse sobre cualquier caso —ya sea en favor de ellas mismas o bien de una minoría, es decir, de una oposición— debido al conflicto de intereses que, por la identidad de controladores y controlados, vicia inevitablemente cualquier posible pronunciamiento. Prueba de ello es la falta de indagación, por parte de las mayorías berlusconianas en las Comisiones parlamentarias para la verificación de poderes, sobre el macroscópico conflicto de intereses que pesaba sobre su jefe, en abierta violación del artículo 10 del Texto único de las leyes electorales aprobado por D. P. R. n.º 361/1957, de 30 de mayo, que declara inelegibles a «aquellos que, en propiedad o en la calidad de representantes legales de sociedades o intereses privados, re-

sulten vinculados con el Estado [...] por concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica», como son, precisamente, las que requieren las empresas televisivas. Solo instituciones de garantía externas al órgano representativo pueden decidir imparcialmente y de forma creíble sobre las controversias en materia de elecciones. Son de esta clase, y por eso deberían ser introducidas en los países que carecen de ellas, las instituciones electorales de garantía, primaria y secundaria —como, por ejemplo, en México, el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuya introducción hizo posible el cambio político después de setenta y un años de gobierno por un mismo partido— dirigidas en vía primaria a regular las campañas electorales, a garantizar la corrección y la transparencia de los financiamientos de los partidos y de los gastos electorales, a asegurar la igualdad en el acceso a los espacios de la comunicación política y, en vía secundaria, a investigar maniobras, conflictos de intereses, incompatibilidades y causas de inelegibilidad[37].

6.6. *Sigue:* b) *La democratización de los partidos, su separación del estado como órganos de la sociedad y su financiamiento público.* Pero el principal orden de garantías de los derechos políticos es de naturaleza extrainstitucional. Más que por las normas de carácter electoral, está representado por la efectiva autonomía política de los ciudadanos, que solo puede provenir de su organización social en partidos políticos, autónomos y separados de las instituciones políticas de gobierno encargadas de representarles.

Hay un lugar común relativo a esta cuestión que es necesario deshacer: la idea de que en materia de partidos y de representación política las garantías jurídicas no servirían y, por el contrario, cualquier ley que, por ejemplo, vinculase a los partidos a un estatuto democrático o estableciera normas vinculantes para la formación de listas electorales, sería incluso lesiva de los principios de autodeterminación política. La auténtica espontánea organización de la voluntad popular rechazaría cualquier tipo de regulación jurídica. En Italia, semejante ilusión ha podido ser largamente compartida solo porque, en los orígenes de la República, el nivel moral del personal político —salido de las cárceles fascistas,

37. Sobre las instituciones de garantía y de justicia electoral en América Latina, véase D. Nohlen, S. Picado y D. Zovatto (eds.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, IFE, Ciudad de México, 1998, pp. 708-807; R. Becerra, P. Salazar y H. Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México, 2000.

del exilio y de la lucha de Liberación, y, por consiguiente, ciertamente no motivado por intereses o ambiciones personales— era incomparablemente más alto que el de la clase política actual.

Por desgracia, la experiencia ha ofrecido hace tiempo un duro mentís de esta ilusión. Ha demostrado que los partidos —nacidos como organizaciones sociales externas al estado y a veces en conflicto con este— han hecho uso de su autonomía para transformarse en aparatos integrados en el estado; que la autorregulación estatutaria no ha sido suficiente para impedir su degeneración en oligarquías que no admiten o en todo caso ignoran el disenso; que las normas estatutarias de garantía carecen por lo general de efectividad y es por lo que la heteronomía de la ley sería la forma más idónea para imponer a los estatutos de los partidos vínculos elementales de democracia interna[38]. Esto no impide, obviamente, que también en ausencia de una ley sobre los partidos, que ha suscitado siempre la oposición de la clase política, una fuerza que tuviera la ambición de refundar la política, pudiera adoptar, dentro de su autonomía estatutaria, las reglas de democracia que aquí se van a proponer en garantía de los derechos políticos de los electores y de la primacía de los inscritos en los procesos decisionales.

Estas reglas deberían favorecer la reactivación de la política desde abajo, garantizando la democracia interna en los partidos, la igualdad y la igual dignidad de los inscritos, el respeto del disenso y, sobre todo, la atribución a organizaciones territoriales y asambleas de base del efectivo poder de seleccionar a los grupos dirigentes y de vincular o en todo caso orientar sus decisiones. Tal es la indicación que se expresa en el artículo 49 de la Constitución italiana, según el cual los ciudadanos «tie-

38. «La idea de la democracia», escribió Kelsen, «implica una amplísima libertad en la formación de los partidos políticos; pero el carácter democrático de una constitución en modo alguno resulta menguado si esta contiene estipulaciones destinadas a garantizar una organización democrática de los partidos» (*Teoría general del derecho*, cit., Segunda parte, cap. IV, B, h, 3, α, p. 350). Sobre la posible «democratización de la formación de la voluntad colectiva» y de impedir el «carácter aristocrático-autocrático» asumido por esta en los partidos en ausencia de vínculos heterónomos, Kelsen se había pronunciado ya en *Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. II, p. 85. En Italia la cuestión no ha sido nunca afrontada seriamente. Sin embargo, merecen ser recordados el Proyecto de Ley n.º 42, que incluía unas «Normas de actuación del artículo 49 de la Constitución», propuesto al Senado el 28 de abril de 2006 por Cesare Salvi y Massimo Villone, y que en el artículo 17 disponía la atribución del financiamiento público únicamente a las asociaciones que se hubieran ajustado a las condiciones de organización democrática previstas en él; y, sobre todo, la proposición de ley presentada el 10 de noviembre de 2015 por Giulio Marcon, que incluía «normas en materia de incompatibilidades entre cargos institucionales y cargos internos de los partidos políticos».

nen derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir, con método democrático, a determinar la política nacional». Esta norma nos dice que la democracia política consiste, no simplemente en el consenso dado a este o aquel partido por los electores en el momento del voto, y tampoco en la sola representación de sus opiniones y de sus intereses, sino, sobre todo, en el hecho de que los ciudadanos concurran «a determinar la política nacional» a través de los partidos, concebidos por eso como los lugares sociales en los que se forme, «con método democrático», la voluntad popular que las instituciones electivas están llamadas a representar[39].

Sobre esta base es posible distinguir dos modelos de representación correspondientes a dos modelos de democracia política: la *democracia activa*, basada en la representación de la *voluntad*, y la *democracia pasiva* basada en la representación del consenso y, más a menudo, del menor disenso. La *democracia pasiva* carece de relevantes mediaciones de partido y, por eso, está más expuesta a las manipulaciones de la demagogia a través de la desinformación y de la propaganda y, sobre todo, a la involución en las formas de la democracia plebiscitaria o del líder. Si, como sucede no solo en Italia, la mitad de los electores se abstiene de votar y la otra mitad está constreñida a hacerlo por el partido tenido por menos penoso de los que participan en las elecciones y que, en su conjunto, están entre las instituciones más desacreditadas en la opinión pública, la pasividad política se convierte en *demo-apatía* o *demo-afasia*. La *democracia activa* requiere, en cambio, la primacía y la mediación de lugares sociales, como deberían serlo los partidos, en los que

39. Sobre el papel de los partidos políticos como los lugares de la soberanía popular en los que, en democracia, se forma la voluntad de los ciudadanos, insistió reiteradamente Lelio Basso, a quien se debe la formulación del artículo 49 de la Constitución italiana. De L. Basso, véase *Il principe senza scettro* [1958], prólogo de S. Rodotà, Feltrinelli, Milán, 1998; Íd., «Il partito nell'ordinamento democratico moderno», en ISLE, *Indagine sul partito politico*, t. I, Giuffrè, Milán, 1966, reeditado con el título «I partiti politici», en Íd., *In difesa della democrazia e della Costituzione. Scritti scelti*, Punto Rosso, Milán, 2009, pp. 203-224, donde Basso recuerda que la propuesta originaria del artículo 49 «se formulaba en dos artículos, en el segundo de los cuales se preveía expresamente que deberían reconocerse a los partidos políticos 'atribuciones de carácter constitucional'. Y tal fue también la opinión de la primera subcomisión que, aprobando una propuesta del honorable Dossetti, afirmó el principio de la atribución a los partidos de cometidos constitucionales» (*ibid.*, p. 214). Sobre el papel de los partidos como «instrumentos de la voluntad popular» dirigidos a «suplir la imposibilidad de la democracia directa» y sobre el nexo entre partidos políticos y soberanía popular, Basso insistió después en «Replica» de 18 de enero de 1967, en ISLE, *Indagine sul partito politico*, t. III, Giuffrè, Milán, 1968, pp. 919-924.

se forme directamente la voluntad popular, que es cosa distinta de las voluntades individuales, al ser fruto del debate, de la confrontación y del compromiso en momentos y sedes de encuentro colectivo. Naturalmente, los partidos no deben tener el monopolio de la vida política. Pero hay que distinguir entre formas de participación de los ciudadanos en la vida pública y formas de la organización social de la representación política. La militancia y la participación en la vida política se producen también en formas y lugares distintos de los partidos: a través de los movimientos de lucha y de protesta, las asociaciones del voluntariado, sus movilizaciones sobre temas específicos como la paz, el agua, la salud, la escuela, el trabajo o la defensa de la constitución, así como a través del compromiso de las personas en tantas asociaciones de ciudadanía activa[40] como existen, y en las variadas formas y prácticas de participación en decisiones públicas que giran bajo el nombre de «democracia participativa»[41].

Pero hay una cosa que corresponde en exclusiva a los partidos, entendiendo por «partidos» las asociaciones que concurren a las elecciones de las instituciones representativas, cualquiera que sea el nombre que se les dé. Es el papel asignado por el artículo 49 de la Constitución italiana, de organizar a los ciudadanos en el territorio a fin de que puedan «concurrir a determinar la política nacional», directamente, a través de la dirección política imprimida por ellos en las funciones de go-

40. Sobre las formas de la ciudadanía activa, véase G. Moro, *Manuale di cittadinanza attiva*, Carocci, Roma, 1998; Íd., *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Carocci, Roma, 2013; G. Cotturri, *La forza riformatrice della cittadinanza attiva*, Carocci, Roma, 2013; Íd., *Romanzo popolare. Costituzione e cittadini nell'Italia repubblicana*, Castelvecchi, Roma, 2019; Íd., *Responsabilità globale*, cit. Debe recordarse, además, el ensayo de S. Alinsky, *Reveille for Radicals* de 1946, recientemente traducido al italiano con el título *Radicali, all'azione! Organizzare i senza potere*, ed. de A. Coppola y M. Diletti, trad. it. de A. Belotti e I. Pittiglio, Edizioni dell'Asino, Roma, 2020, donde Alinsky ilustra sobre la autoorganización comunitaria y desde abajo y sobre la acción colectiva promovidas por él mediante la fundación de la Industrial Areas Foundation (IAF), así como sobre el papel desarrollado por esta, primero en Chicago y después en todo Estados Unidos, en diversas batallas democráticas, desde las promovidas en favor del registro electoral de los emigrantes, a las relativas a la casa y el empleo, y a las luchas campesinas de los chicanos y los afroamericanos por la igualdad en los derechos civiles y en los derechos sociales.

41. Sobre estas prácticas, véase F. Robbe (ed.), *La démocratie partecipative*, L'Harmattan, París, 2007; L. Blondiaux, *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie partecipative*, Seuil, París, 2008; U. Allegretti, «Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione»: *Democrazia e diritto* 4 (2009), pp. 175-217; Íd., *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Florencia, 2010.

bierno e, indirectamente, a través de la elección de sus representantes. En efecto, sin verdaderos partidos organizados, una democracia basada en el sufragio universal no puede funcionar, sino que degenera inevitablemente, como está sucediendo en Italia y en muchos otros países, en sistemas oligárquicos y tendencialmente autocráticos, basados en la relación directa entre masas y jefes y en la reducción de la sociedad a la pasividad. Por eso, como escribió Kelsen, la hostilidad con los partidos es, en último término, una hostilidad con la democracia[42]: porque equivale a la negación del más importante instrumento a través del cual los ciudadanos pueden organizar, en la sociedad, su participación en la vida pública y su representación política.

En esta perspectiva, a mi juicio, la reforma (o cuando menos la autoreforma) más decisiva de los partidos es la primera de las dos separaciones extrainstitucionales formuladas en el § 5.6, que he propuesto más veces[43]. Se trata de la separación de los partidos políticos de las instituciones representativas, que es esencial para garantizar la distinción de representantes y representados y con ello la propia relación de representación y de responsabilidad política. Aunque sea improbable su realización por ley, a causa de la hostilidad interesada de la clase política existente, esta es un principio elemental de la teoría de la democracia política: una condición estructural de la representación y una banal actualización del viejo principio de la separación de Montesquieu, que ciertamente no podía haber sido afirmado hace 270 años, cuando no existían ni partidos ni democracia representativa. En virtud de este principio, los partidos no deberían gestionar directamente la cosa pública. Deberían, por el contrario, ser órganos de la sociedad, es decir, lugares en los cuales, a través de la discusión y la confrontación, se forma la voluntad de los representados y se hace valer la responsabilidad de los representantes. Sus dirigentes, es obvio, estarían destinados a ser elegidos en las instituciones representativas. Pero en tal caso tendrían

42. H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. II, pp. 71-72: «La democracia moderna descansa directamente sobre los partidos políticos [...] La hostilidad a los partidos [...] no es otra cosa que una hostilidad mal disimulada contra la democracia». Es por lo que se mostró favorable «a conferir relevancia constitucional a los partidos políticos y a configurarlos jurídicamente como lo que ya son desde hace tiempo en la realidad: órganos de la formación de la voluntad del estado» (*ibid.*, p. 71).

43. En *PiII*, § 14.8, pp. 187-189; en *La democracia a través de los derechos*, cit., § 5.3, pp. 186-189; en «Separar los partidos del estado y devolverlos a la sociedad»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 83 (2015), pp. 5 ss.; en *Constitucionalismo más allá del estado*, cit., pp. 48-50, y, por último, en *Manifiesto por la igualdad*, cit., cap. 5, § 6.2, pp. 162 ss.

que dejar sus cargos de partido a otras personas, llamadas a orientarlos y a controlarlos, confirmándolos o no en sus funciones representativas, en el momento de las nuevas elecciones. Solo así, con la introducción de rígidas incompatibilidades, se garantizaría un presupuesto esencial tanto de la representación como de la responsabilidad política: la alteridad de los representantes respecto de los representados, de los controladores respecto de los controlados, de las instancias y de las indicaciones desde abajo respecto de los poderes institucionales encargados de representarlos. De este modo, se favorecería el arraigo social de los partidos y se impedirían las actuales inclinaciones y tentaciones populistas. Se reduciría su actual distancia o, peor, su contraposición a los movimientos, a los que los partidos acabarían asemejándose. Se lograría un más fácil y fisiológico recambio, además de una mejor selección de los grupos dirigentes y de la entera clase política. Eliminados los conflictos de intereses que se manifiestan en las autocandidaturas de los dirigentes y en la cooptación de los candidatos más fieles a quienes los han designado, los partidos, gracias a su exclusiva colocación en la sociedad, recuperarían legitimación política, respetabilidad y capacidad de agregación social, así como de control y responsabilización de los electos.

Por otra parte, solo poniendo fin a la ocupación de las instituciones públicas los partidos pueden ser restituidos en su papel de órganos de la sociedad: como partidos sociales, partes de la sociedad, representados y no representantes, órganos no del estado, sino de los ciudadanos que ellos tienen el cometido de organizar para poder «concurrir» a determinar la política nacional[44]. Gracias a la incompatibilidad entre cargos de partido y cargos institucionales, los partidos vendrían a configurarse, al igual que los movimientos, como fuerzas sociales además de políticas, encargadas de diseñar las grandes opciones programáticas, a formar las listas de candidatos, a organizar las campañas electorales, a ejercer un control externo y desde abajo sobre los representantes elegidos y a llamarles a responder de su actuación. Su separación de las instituciones públicas haría de ellos efectivos titulares del poder de dirección política y, con ello, un esencial contrapeso democrático de los poderes de gobierno. De aquí se seguiría una relegitimación, tanto de las per-

44. «Permítaseme recordar al respecto», afirmó Lelio Basso a propósito del carácter de *representados* y no de *representantes* de los partidos, «que ha sido, precisamente, una rama del Parlamento, la Cámara de Diputados, la que ha sancionado oficialmente esta superioridad de los partidos, al escribir en el artículo 26 de su reglamento que los grupos parlamentarios 'representan' a los partidos: los representan en el Parlamento, donde deben actuar según la voluntad del representado» («Replica», cit., p. 927).

sonas elegidas en las instituciones representativas, que lo serían desde abajo por razón de sus competencias y virtudes políticas y no de la fidelidad a los jefes, y quedarían investidas de una responsabilidad mucho más visible y directa; como de las instituciones políticas, que se verían reforzadas en su gobierno de la economía y de garantía del trabajo y de los derechos sociales; y de los propios partidos, que recuperarían su naturaleza de creíbles instrumentos de la autonomía y de la participación política de los ciudadanos, intérpretes de sus necesidades, carentes de responsabilidades de gobierno pero, precisamente por esto, lugares de responsabilización de sus representantes con las directrices políticas elaboradas por ellos.

La separación de los partidos de las instituciones públicas sería, además, la única medida eficaz contra la corrupción, ahora convertida en un cáncer de las actuales democracias, de las que viola todos sus principios y rasgos caracterizadores, de la transparencia a la legalidad, de la representación política al cuidado de los intereses públicos. La idea de que la lucha contra la corrupción pueda ser conducida solo por la jurisdicción penal es ilusoria. La *responsabilidad penal* de cuantos ejercen funciones públicas por los delitos cometidos es obviamente necesaria. Pero es claro que el principal antídoto y la mejor forma de prevenir la corrupción y, en general, el control más eficaz sobre la esfera pública, solo pueden provenir de la sociedad, ante la que debe hacerse valer la *responsabilidad política* de los investidos de poderes públicos. Es, por tanto, la propia base social de los partidos la que, gracias a la separación de las instituciones públicas, debe ser puesta en condiciones de hacer valer esa responsabilidad. Solo si separados y no implicados en la esfera pública, los partidos podrán convertirse en los lugares de la selección y del control desde abajo de la clase política y, por su conducto, de todo el aparato institucional. Solo así podrán reprochar a sus representantes en las instituciones públicas las responsabilidades por posibles actos ilícitos, suscitando en ellos el consiguiente sentido de vergüenza por la censura de quienes les hicieron candidatos a las funciones representativas.

En fin, la separación de los partidos de las instituciones públicas privaría de cualquier justificación a la abolición de su financiamiento público, que en Italia fue eliminado a causa, precisamente, de la corrupción de la clase política y que, en cambio, garantiza su autonomía de indebidos condicionamientos económicos. En efecto, si se quiere que en las elecciones los ciudadanos voten y elijan a los candidatos y no, de hecho, a sus financiadores conocidos o, lo que es peor, ocultos, y que no sean estos los que ganen las elecciones, sino los partidos y los candida-

tos formalmente elegidos, debe impedirse, como una amenaza para la democracia, el financiamiento privado de los partidos fuera de las formas transparentes de contribución de los inscritos. Por lo demás, los partidos cumplen una función pública que, precisamente por esto, debe ser puesta a salvo de financiamientos privados que puedan corromper las políticas. Así resultaría favorecida la segunda separación extrainstitucional —entre poderes políticos y poderes económicos— ilustrada en el § 5.6, en la que se basa la segunda dimensión de la democracia formal, la de la democracia económica o civil, a la que están dedicados los parágrafos que siguen.

6.7. *B) La democracia económica. Por un constitucionalismo de derecho privado. El modelo de desarrollo económico diseñado por la Constitución italiana. El garantismo civil.* El fundamento axiológico y la norma de reconocimiento de la segunda dimensión de la democracia formal —la *democracia económica* o *civil*— residen en la autonomía de las personas en su vida de relación: una autodeterminación ya no *indirecta*, como la política por el cauce de los *derechos fundamentales de autonomía política* y de la representación en la *esfera pública*, sino directa, por el cauce de los *derechos fundamentales de autonomía civil*, ejercidos directamente a través de negocios o de otro tipo de decisiones en la *esfera privada* de las relaciones de mercado o de las personales opciones de vida.

En el § 3.3 he ilustrado el equívoco liberal consistente en la concepción de los derechos de autonomía civil como libertades. Estos derechos, dado que su ejercicio produce efectos en la esfera jurídica de otros además de en la propia, son derechos-poder, al igual que los derechos reales de propiedad, que el paradigma del estado de derecho impone sean sometidos a la ley y, en particular, al respeto de los derechos fundamentales de todos. Por otra parte, la autodeterminación en la esfera económica y privada hecha posible por el ejercicio de tales derechos, los únicos a los que he reservado la expresión 'derechos civiles', es una forma del autogobierno y por eso una dimensión de la democracia formal no menos que de la autodeterminación en la esfera política y pública generada por el ejercicio de los derechos políticos. Es por lo que merece el nombre de democracia civil o económica. Poder tomar las decisiones jurídicamente relevantes para la propia vida, de la gestión cotidiana de los propios intereses económicos a las opciones decisivas para el propio futuro —qué estudios iniciar, qué trabajo elegir o rechazar, cómo gastar o invertir el propio dinero, si, cuándo y con quién casarse y similares— equivale a la forma más elemental, espontánea e irrenunciable de poder y, al mismo tiempo, de producción del derecho desde abajo. De nuevo,

es el carácter formal del paradigma constitucional el que permite concebir también la esfera privada, y sobre todo el mercado, como lugares de poder, que es por lo que impone su sumisión a los límites y los vínculos correspondientes a los derechos fundamentales en materia de trabajo, familia, consumos y modalidades de las producciones de bienes. La idea del mercado autorregulado, sin límites y vínculos heterónomos, es tan incompatible con la democracia como la de un sistema político autocrático, es decir, carente de reglas. También la economía, al igual que la política, de sustraerse a las funciones de garantía del bienestar colectivo y a la sujeción al derecho y a los derechos, degenera inevitablemente en el despotismo.

Esta concepción del mercado como democracia económica, tan sujeta a límites y vínculos como la democracia política, aunque pueda parecer incongruente[45], es alternativa a los dos diversos y opuestos extremismos que dominaron el siglo XX: el liberismo capitalista, que ignora el carácter de poderes de los derechos civiles de autonomía y los socialismos reales, que ignoraron el carácter de fundamentales de estos mismos derechos. La experiencia de los *socialismos realizados* mostró cómo la única alternativa posible al mercado en tanto que modo de producción es la disciplina del trabajo y, por consiguiente, la involución *iliberal* y, en definitiva, también *antisocial* del inevitable absolutismo de los poderes políticos. A su vez, la de los *liberismos realizados* ha mostrado el carácter *antisocial* y, en último término, también *iliberal*, del absolutismo de los poderes económicos como fuente de explotación ilimitada. Dos experiencias ambas regresivas resueltas, como era inevitable, en el desarrollo del despotismo tanto en la esfera de la política como en la de la economía. La supresión comunista del mercado de los medios de producción en materia económica —singularmente análoga a la idea paralela de la extinción del estado en materia política— generó un sistema autoritario, jerárquico e iliberal en la organización del trabajo y de la producción de bienes. De forma análoga, la concepción liberista de los derechos de autonomía privada como derechos de libertad que no toleran límites y vínculos, es una amenaza para la supervivencia de la democracia, porque el ejercicio de tales derechos, en ausencia de límites adecuados, puede muy bien manifestarse en formas depredadoras y destructivas, esclavizar el trabajo, apoderarse de hecho de la esfera públi-

45. Es la crítica que me ha dirigido M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta», en L. Ferrajoli, *Los fundamentos*, cit., p. 238. Sobre mi noción de democracia civil, véase *PiII*, § 14.14 y 14.15, pp. 218-228 y § 16.11, pp. 516-521.

ca y hasta disponer de los mismos derechos civiles y de todos los demás bienes y derechos fundamentales.

En contra de esta histórica contraposición ideológica y sus infaustos resultados, hay que reconocer que los derechos de autonomía civil en la gestión de los propios intereses y en las propias opciones vitales están en la base de la democracia económica, del mismo modo que los derechos de autonomía política están en la base de la democracia política; y que, precisamente por eso, son derechos potestativos, es decir, poderes y no libertades, que deben someterse a límites y controles jurídicos. Es, pues, evidente que las fuentes de legitimación de las dos democracias formales son, no solo distintas, sino opuestas: la autotutela de los intereses individuales y privados es la fuente de legitimación de la democracia civil; la heterotutela de los intereses generales y públicos es la fuente de legitimación de la democracia política. De aquí la necesidad de su separación, de la que se ha dicho en el § 5.6: de la separación extrainstitucional entre esfera pública y esfera privada, entre estado y mercado, entre instituciones estatales y sociedad, entre poderes políticos y poderes económicos, entre intereses públicos e intereses privados, que, al igual que la extrainstitucional entre producción y aplicación del derecho es un producto de la modernidad jurídica, es decir, de la superación del estado patrimonial premoderno, fundado, en cambio, sobre la confusión de las dos esferas. En esta separación se basa el garantismo constitucional como técnica de tutela de los intereses generales, los primeros esos intereses de todos que son los derechos fundamentales, frente a ambos sistemas de poder en los que se articula la democracia formal: de la democracia económica no menos que de la democracia política, del mercado no menos que del estado.

Por desgracia, mientras la separación entre esfera pública e intereses privados está hoy comprometida por múltiples confusiones —como los conflictos de intereses, las presiones lobbistas y la corrupción—, la sujeción de las actividades mercantiles a la ley y a los principios constitucionales está fuertemente inhibida por el equívoco liberal consistente en concebir la autonomía civil y la propiedad como libertades. Se entiende cómo este equívoco teórico ha generado un modelo de *estado de derecho* desarrollado, según lo indica la expresión misma, como sistema de límites negativos solo frente a los poderes del estado, por eso concebido como «estado mínimo», garante de las libertades y a la vez de la propiedad y de las autonomías de mercado, a través de las prohibiciones de lesión o de interferencias en la esfera privada de los ciudadanos. Así, ha permanecido ausente de la cultura política y jurídica la perspectiva de un *constitucionalismo del mercado* como sistema de límites frente a

los poderes económicos y las potestades privadas, concebidas todas por la filosofía política como libertades. Cuando resulta que este constitucionalismo está implícito en la lógica del estado de derecho, que no admite poderes absolutos, y, no por casualidad, en Italia como en la mayor parte de las democracias avanzadas, tiene expresión en el modelo de desarrollo económico diseñado por la Constitución[46].

Este modelo ha sido arrollado hoy por la globalización de los poderes económicos y financieros, deslocalizados fuera de las fronteras nacionales, y de este modo liberados de gran parte de los límites y de los controles impuestos por las esferas públicas estatales tradicionales. Quebrados por el progreso tecnológico en materia de comunicaciones y transporte los viejos límites naturales a la economía, las esferas públicas estatales han sido contestadas por la ideología liberista, como fronteras y límites artificiales al libre desarrollo económico, aún más injustificados que los naturales. Por eso han sido en gran parte neutralizados por las políticas de ese signo, con resultados desastrosos: la mayor crisis económica y la más grave recesión después de la crisis de 1929; el crecimiento de las desigualdades en contraste con la ilusión de que la total liberalización habría producido un aumento de la riqueza en beneficio de todos; la devastación del medio ambiente a causa de las contaminaciones y del calentamiento global producidos por un desarrollo industrial ecológicamente insostenible; el crecimiento exponencial de la evasión fiscal; la privatización de muchos servicios y la reducción del gasto público necesario para garantizar los derechos sociales. En síntesis, la ausencia de límites adecuados a los derechos de autonomía civil, de un modo similar a la posible ausencia de límites adecuados a las funciones de gobierno producidas por el ejercicio de los derechos de autonomía política, está destinada a retroactuar sobre todas las demás dimensiones de la democracia: la política, la liberal y la social, deformándolas y devorándolas.

Frente a estas involuciones, el reconocimiento que aquí se hace del carácter de «poderes», y no solo de derechos fundamentales, de los derechos de autonomía privada, impone también a estos la aplicación del paradigma constitucional y con ello el desarrollo de un *constitucionalismo de derecho privado*, añadido al tradicional *constitucionalismo de*

46. «Hoy» ha escrito Federico Caffè, «se nos entretiene de forma nominalista en la búsqueda de un 'nuevo modelo de desarrollo'. Y se sigue ignorando que este, en sus aspiraciones ideales, está contenido en la Constitución» («Scritti e impegno civile nell'opera di Giovanni Demaria» [1978], en *Federico Caffè. Un economista per il nostro tempo*, ed. de G. Armari y N. Rocchi, Ediesse, Roma, 2009, p. 126).

derecho público. Como se dijo en el § 3.3, ciertamente, el sistema de las garantías también se ha extendido de hecho a los poderes privados bajo la forma de múltiples limitaciones impuestas a su ejercicio para la tutela de los bienes y los derechos fundamentales de todos. Sin embargo, estas limitaciones se han producido al margen de una teoría del garantismo constitucional ampliada también a los poderes económicos privados. La identificación teórica, no solo en el pensamiento jurídico y político, sino en el sentido común, de los derechos-poder de propiedad y de autonomía con los derechos de libertad ha favorecido, por el contrario, la programática reducción de los límites y los vínculos a las potestades empresariales, hasta los actuales procesos de desregulación, concentración y confusión entre poderes públicos y poderes privados. De este modo, la exaltación (liberista) de los derechos-poder de autonomía privada como libertades exentas de límites y controles, se ha resuelto en una suerte de neoabsolutismo de los poderes económicos del mercado, paralelo al absolutismo de los poderes políticos de mayoría generado por la análoga concepción (populista) de la representación como expresión orgánica y soberana de la voluntad popular: dos absolutismos que, como ha sucedido en Italia, podrían converger y sumarse, a causa de la relación cada vez más estrecha entre los dos tipos de poder —uno como medio para conquistar y hacer crecer el otro— y así de la tendencial deformación de la democracia política en sentido plebiscitario y del mercado en sentido monopolista.

De aquí la necesidad de repensar en el plano teórico el derecho privado y el derecho mercantil, y de extender a ambos el paradigma del garantismo constitucional como sistema de límites y vínculos a los mercados, en defensa no solo de los derechos fundamentales y de los intereses generales, sino también de los propios mercados. Con motivo de la pandemia del coronavirus se ha tenido una trágica confirmación de esa necesidad, cuando la ley de la competencia, después de una contención del primer contagio obtenida con la suspensión de las actividades productivas, ha constreñido a las empresas pequeñas y grandes a una loca carrera hacia la reapertura para no ser expulsadas por las empresas más avisadas o, lo que es peor, para conquistar nuevas cuotas de mercado aprovechando las debilidades de los que no participaban en la carrera; cuando la solución más racional, sobre la base de una decisión política, habría sido la general suspensión de las actividades, tanto más breve y segura cuanto más uniforme y generalizada, sin la posibilidad para nadie de sucumbir o arrollar a los demás.

Pero la pandemia del coronavirus ha ofrecido también una dramática confirmación del fracaso de las políticas liberistas de los últimos cua-

renta años y de la necesidad de reafirmar el papel de la esfera pública en el gobierno de la economía. Ha mostrado la insensatez de la idea de que solo el mercado está habilitado para, sobre la única base del criterio del beneficio, establecer en qué sectores productivos invertir, sin cuidarse de los daños en el medio ambiente, en los intereses públicos y en los derechos fundamentales de las personas. Por eso ha renovado el crédito de la idea de una *política industrial* y, al mismo tiempo, *social* y *fiscal*, dirigida a regular —favoreciendo o desincentivando mediante el instrumento fiscal y, de ser necesario, imponiendo o prohibiendo— *qué* y *cómo producir*, para la tutela de los intereses generales, del medio ambiente, de la calidad del trabajo y de los derechos fundamentales, comenzando por el derecho a la salud.

Así pues, esta tragedia podría producir un despertar de la razón y una refundación de la política económica según el modelo de desarrollo diseñado por las constituciones y las diversas cartas internacionales de derechos. Ha hecho comprender cuáles son los bienes vitales —la alimentación básica, los fármacos esenciales, el agua y el aire incontaminados— de los que cualquier persona debe disponer; qué servicios y qué funciones —la educación, la salud, la previsión y la asistencia— deben ser asegurados como esenciales para la garantía de la vida y de la dignidad de las personas; qué inversiones —en la producción de bienes vitales, en la investigación y en la protección del medio ambiente— deben promoverse como preferentes en relación con todos los demás. Ha sugerido también los posibles instrumentos de una política económica constitucionalmente orientada: la subordinación de las ayudas a las empresas a condiciones explícitas, como el bloqueo de los despidos, la garantía de los derechos de los trabajadores comenzando por el de un salario justo, los recortes de los megasueldos de los altos ejecutivos, la utilización de fuentes energéticas renovables y no contaminantes, la democratización de las empresas, de la que hablaré en el próximo parágrafo[47]. Ha hecho ver que algunas producciones de interés público, como los fármacos esenciales o los equipamientos sanitarios cuya producción es absolutamente vital, al igual que otros bienes elementales de primera necesidad, podrían muy bien ser producidos directamente por la esfera pública al estar su producción dirigida no al beneficio, sino a la satisfac-

47. Véase al respecto el ensayo de M. Pianta, «L'intervento pubblico dopo l'epidemia: progetti, strumenti, conflitti», en AA.VV., *Il mondo dopo la fine del mondo*, Laterza, Roma-Bari, 2020. Véanse, además, las propuestas formuladas en el documento elaborado por Sbilanciamoci el 8 de abril de 2020, *In salute, giusta, sostenibile. L'Italia che vogliamo ricostruire. Dieci punti fermi per un percorso comune di proposte e pratiche di cambiamento.*

ción de derechos e intereses fundamentales, obviamente ignorados por el mercado[48]. En fin, ha hecho descubrir el valor progresivo de la intervención pública en la economía y de las medidas masivas con las que el *New Deal* de Roosevelt superó, en los años treinta del siglo pasado, la crisis económica de 1929.

Hoy podrían adoptarse medidas análogas para hacer frente a la no menos grave recesión actual: inversiones públicas en la construcción de carreteras, escuelas, hospitales, bibliotecas, transportes y otras infraestructuras; contratación en estas obras del mayor número posible de personas sin trabajo con el consiguiente crecimiento de la demanda interna y del empleo; aumento del gasto público en educación, sanidad, en la investigación, y la conservación del patrimonio artístico y natural; una política industrial, en fin, dirigida a favorecer la tutela del medio ambiente y a la penalización de las industrias contaminantes. En definitiva, el fracaso de las políticas liberistas ha hecho ver lo inaplazable del desarrollo de un garantismo civil que imponga a la política económica indicadores parámetros de juicio más significativos que el solo PIB[49], como

48. «Toda mi obra de estudioso», afirmó Federico Caffè, «ha perseguido el fin de hacer frente a este tipo de afirmaciones, que lo público es ineficiente y que lo privado es eficiente por definición. Es una posición dogmática que no tiene en cuenta la realidad histórica de las cosas, está desmentida por la historia» («'Si tenga conto della realtà'. Intervista a Federico Caffè» [1985], en *Federico Caffè*, cit., p. 226).

49. Sobre estas políticas fracasadas y sus alternativas posibles, merecen ser recordados J. E. Stiglitz, *Caída libre: el libre mercado y el hundimiento de la economía mundial* [2010], trad. cast. de A. Pradera y N. Petit, Taurus, Madrid, 2010; Íd., *El precio de la desigualdad. El 1 % de la población tiene lo que el 99 % necesita* [2012], trad. cast. de A. Pradera, Taurus, Madrid, 2012; Íd., *La gran brecha: qué hacer con las sociedades desiguales* [2015], trad. cast. de F. Corriente Basús, Punto de lectura, Madrid, 2017; Íd. *Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento* [2019], trad. it. de M. L. Chiesara, Einaudi, Turín, 2020. Recuérdense, además, L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Turín, 2011; P. Krugman, *¡Acabad ya con esta crisis!* [2012], trad. cast. de G. García y C. Belza, Crítica, Barcelona, 2012; Th. Piketty, *El capital del siglo XXI* [2013], trad. cast. de E. Cazenave-Tapie, FCE de España, Madrid, 2014; Íd., *Capitale e ideologia* [2020], trad. it. de L. Matteoli y A. Terranova, La Nave di Teseo, Milán, 2020 [trad. cast. de D. Fuentes, *Capital e ideología*, Deusto, Barcelona, 2019]; L. Pennacchi (ed.), *Libro bianco per il Piano del Lavoro. Tra crisi e grande trasformazione*, Ediesse, Roma, 2013; Íd. y R. Sanna (eds.), *Riforma del capitalismo e democrazia economica*, Ediesse, Roma, 2015; Ídd. (eds.), *Lavoro e innovazione per riformare il capitalismo*, Ediesse, Roma, 2018; S. Biasco, *Regole, Stato, uguaglianza. La posta in gioco nella cultura della sinistra e nel nuovo capitalismo*, Luiss University Press, Roma, 2016; D. Rodrik, *Dirla tutta sul mercato globale. Idee per un'economia mondiale assennata* [2018], trad. it. de D. Restani, Einaudi, Turín, 2020; A. Banerjee y E. Duflo, *Una buona economia per tempi difficili* [2019], trad. it. de F. Galimberti, Laterza, Roma-Bari, 2020.

las expectativas de vida, las garantías de las libertades y de la subsistencia, el medio ambiente saludable, la solidaridad social, el desarrollo del sentido cívico, de la cultura y de la investigación científica, el buen gobierno, la calidad de los servicios sociales y la ausencia de corrupción. Además, frente a la actual explotación ilimitada del trabajo, ha revelado la necesidad no solo de un nuevo y más radical garantismo laboral, sino también de una democratización y socialización de las empresas a través de las formas de cogestión de las que hablaré al final del próximo parágrafo.

En los tres próximos parágrafos señalaré las tres principales actuaciones de este *garantismo civil*: en garantía de los trabajadores en las relaciones de trabajo; en garantía de las mujeres y de los menores en las relaciones de familia; en garantía del interés de todos en el disfrute de los bienes fundamentales. En los § 6.8 y 6.9, en particular, haré ver una paradoja generada por la idea de la autonomía privada como potestad ilimitada, que se manifestó con el primer liberalismo, pero que está siempre presente en las relaciones de poder más desreguladas. Precisamente la concepción de los derechos de autonomía civil como derechos de libertad, garantes de una esfera privada inmune a límites y controles, ha hecho de estos derechos-poder poderes virtualmente absolutos, capaces de menoscabar las libertades y las autonomías de los sujetos pertenecientes a *su* esfera. En efecto, pues ha sucedido que la afirmación de tales derechos que siguió a la emancipación de los hombres de los vínculos feudales, comportando la inmunidad de *sus* esferas privadas —de *su* fábrica, *su* empresa, *su* casa, *su* familia— a límites, en los orígenes de la modernidad jurídica se resolvió en la absolutización de aquellos como poderes incontrolados, tales que el poder empresarial en las relaciones de trabajo y el poder masculino en las relaciones familiares. De este modo, el ejercicio de los derechos civiles de autonomía y de los derechos de propiedad —de un lado, en la fábrica, del otro, en casa— ha producido el efecto de hacer vanos tanto los derechos de libertad como los derechos civiles de autonomía de los que pertenecen a la fábrica o la casa, bajo el dominio de quien es propietario y patrono de una y otra.

6.8. *La agresión al trabajo. El modelo constitucional del trabajo. Tres cambios del trabajo impuestos por su constitucionalización.* Obviamente, la atribución a todos y, por consiguiente, a los trabajadores de los derechos civiles de autonomía, ha puesto fin a las formas serviles del trabajo premoderno. Sin embargo, precisamente, los derechos civiles de autonomía negocial se han revelado como el motor y el vehículo de la creación de las desigualdades jurídicas: en primer lugar, de las desi-

gualdades en la titularidad de los derechos patrimoniales, a través de su cambio en el mercado de los bienes; en segundo lugar, de la alienación por los trabajadores de una parte de su tiempo de vida y con ello la reducción de hecho de sus espacios de libertad y de autonomía civil. Es por lo que el carácter universal de tales derechos ha ocultado y legitimado en las relaciones de trabajo, tras la pantalla de una abstracta igualdad, la máxima disparidad de poder contractual, la explotación virtualmente ilimitada de los trabajadores y su sujeción al poder patronal, que en los orígenes del capitalismo fue prácticamente absoluto. Desde entonces, hasta hace pocos años, la historia del derecho del trabajo ha sido la historia de una constante lucha social dirigida a la progresiva limitación de este poder, y a la defensa y la conquista de derechos fundamentales de los trabajadores frente a los empleadores: de la libertad sindical a la contratación colectiva y al derecho de huelga, del derecho a no ser despedidos sin justa causa a los derechos a una duración máxima de la jornada laboral, a las vacaciones y el descanso semanal.

En Italia, la fuerza de estas luchas ha sido alimentada por el hecho de que estos derechos están constitucionalizados: «Italia es una República democrática fundada en el trabajo», afirma el artículo 1 de la Constitución[50], dando así un vuelco a la concepción servil del trabajo propia del constitucionalismo liberal, que excluía de los derechos políticos a los trabajadores, al igual que a las mujeres y a los pobres[51]. El *trabajo*,

50. Sobre la originalidad de esta norma, «un *unicum*» en el léxico de las constituciones, y sobre su centralidad axiológica, véase T. Groppi, «'Fondata sul lavoro'. Origine, significato, attualità della scelta dei costituenti» (2012), en Íd., *Menopeggio*, cit., cap. III, pp. 71-96.

51. I. Kant, «En torno al tópico 'Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'», cit., p. 34: «Aquel que tiene derecho a voto en esta legislación se llama *ciudadano* (*citoyen*), esto es, *ciudadano del estado*, no ciudadano de la ciudad (*bourgeois*). La única cualidad exigida para ello, aparte de la cualidad *natural* (no ser niño ni mujer), es esta: que uno sea *su propio señor* (*sui iuris*) y, por tanto, que tenga alguna *propiedad* (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga; es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a otros lo haga solo por venta de lo que es suyo, no por consentir que otros utilicen sus fuerzas»; B. Constant, *Curso de política constitucional*, cit., vol. I, cap. X, pp. 172-173: «Aquellos a quienes su indigencia mantiene en una eterna dependencia, por condenarlos a los trabajos diarios, ni están más ilustrados que los niños en los negocios públicos, ni se interesan más que los extranjeros en la prosperidad nacional, cuyos elementos no conocen, y cuyas ventajas no disfrutan sino indirectamente»; J. Stuart Mill, *Consideraciones sobre el gobierno representativo* [1861], trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 2001, cap. 8, p. 186: «Considero totalmente inadmisible que participe en el sufragio una persona que no sepa leer, escribir y, añadiría yo, realizar las comunes operaciones de aritmética». «Es también importante que la Asamblea encargada de votar los impuestos, ya sean generales o loca-

según su modelo constitucional, ya no es una *mercancía*, sino un *valor*. Es un factor de la dignidad de la persona y el fundamento no solo político, sino también económico y social de la República.

La primera garantía de los derechos de los trabajadores se refiere a los derechos civiles de autonomía. Tal autonomía ha asumido la forma de la *autonomía colectiva*, tanto de contratación como de autotutela. En efecto, el llamado «mercado de trabajo» que se manifiesta en el intercambio contractual entre el empleador y el trabajador individual es un falso mercado, dado que en la contratación individual los precios de la fuerza de trabajo se fijan sobre todo por los empleadores. Por eso, el único modo de compensar la disparidad de fuerza contractual entre las dos partes de la relación consiste en la atribución al conjunto de los trabajadores —en cuanto conjunto de todos los de un mismo territorio, de todos los pertenecientes a un mismo sector productivo, o de todos los dependientes de un mismo empleador— de una *subjetividad colectiva* que, como *sujetos colectivos*, les ponga en condiciones de competir con los empleadores a escala nacional, de categoría o de empresa. Esta subjetividad colectiva resulta garantizada y realizada bajo dos aspectos: de un lado, mediante la forma, a su vez colectiva, de los contratos de trabajo, que en nombre y por cuenta del conjunto de los trabajadores se estipulan por esos específicos sujetos colectivos representativos que son las organizaciones sindicales; del otro, con la forma igualmente colectiva de específicos derechos civiles de auto-tutela adscritos a los trabajadores, como la libertad de organización sindical y el derecho de huelga.

Existe, además, un nexo entre la efectividad de los derechos de los trabajadores, ligada a la fuerza de sus formas colectivas de contratación y de autotutela, y el desarrollo no solo civil, sino también económico de la sociedad. Es significativo, como confirmación de la sinergia de los derechos de que se ha tratado en el § 4.10, el hecho de que, en Italia, en los treinta primeros años de la República, se produjeran la construcción del estado social y la expansión de los derechos de los trabajadores y de su fuerza sindical —de la Ley 604/1966, de 15 de julio sobre la prohibición de despido sin justa causa al Estatuto de los Derechos de los Trabajadores de 30 de mayo de 1970— en simultaneidad con un fortí-

les, sea elegida exclusivamente por quienes tienen que pagar algunos de esos gravámenes» (*ibid.*, p. 188). Además, frente al «doble peligro de poseer un nivel demasiado bajo de inteligencia política y de favorecer una legislación de clase», que procedería de un sufragio no solo universal sino también igual, de modo que «la gran mayoría de los votantes serían [...] obreros manuales», Mill propone el voto desigual (*ibid.*, p. 191).

simo crecimiento económico; mientras el recorrido inverso, es decir, la recesión económica y la reducción de los derechos sociales y del trabajo, se ha producido en estas últimas cuatro décadas de política antiobrera subordinada a los poderes de los mercados. Fue en los años ochenta y noventa del siglo pasado cuando se puso en marcha el proceso deconstituyente del trabajo juntamente, no por casualidad, con el declive de la economía. El giro lo inauguró el gobierno Craxi en 1984, con el Decreto Ley de 14 de febrero, que recortó cuatro puntos porcentuales de la escala móvil (mecanismo de adecuación automática de los salarios al coste de vida). Prosiguió con la supresión de esta, decidida mediante el acuerdo de 31 de julio de 1992 entre el gobierno Amato y los actores sociales. Se desarrolló luego con una larga serie de medidas que han transformado radicalmente la naturaleza del trabajo, sustituyendo el viejo modelo de la relación a tiempo indeterminado por una multiplicidad de relaciones individualizadas y precarias —atípicas, flexibles, intermitentes, a término, ocasionales, eventuales, a tiempo parcial, en arrendamiento, para un proyecto— y, por eso, carentes de garantías: el «paquete Treu» de 1997, la Ley Biagi 30/2003, la Ley 183/2010, la Ley Fornero de 2012, el *Jobs Act* de 2014 y sus decretos de actuación de 2105.

Así es como se ha demolido en Italia, al igual que en otros países europeos, el viejo Derecho del Trabajo, con sus derechos y sus garantías de estabilidad conquistadas a lo largo de decenios de luchas. Los resultados de esta demolición han sido devastadores: la inversión de la jerarquía de las fuentes contractuales, es decir, la subordinación de la contratación colectiva nacional a la contratación empresarial, y de esta a la contratación individual, que deja solo al trabajador frente al empleador; la neutralización del conflicto social y la ruptura de la unidad de los trabajadores, divididos, humillados y puestos a competir entre ellos por la pluralidad de los contratos de trabajo y por la renuncia a sus derechos bajo el chantaje de los despidos; la devaluación de los trabajadores reducidos como en el siglo XIX a mercancías en competencia y la mortificación de su dignidad, consiguiente a la precariedad y a la ausencia de límites a la explotación; la reducción generalizada, en nombre de la competitividad, de todas las garantías de los derechos de los trabajadores y de los salarios reales, aunque estos incidan cada vez menos en los costes de producción[52]. Los costes de la precariedad, sobre todo,

52. Entre 1976 y 2006, ha escrito Luciano Gallino, la cuota de las rentas del trabajo disminuyó en los quince países más ricos de la OSCE en una media de 10 puntos, pasando del 68 % al 58 % del PIB, y en Italia en 15 puntos, cayendo al 53 % con centenares de mi-

son enormes: no solo la explotación salvaje del trabajo, sino también la incertidumbre sobre el futuro, la imposibilidad de proyectar la propia vida, la necesidad de hacerse constantemente disponibles a las ofertas de trabajo, la disipación de talentos y capacidades, la pérdida de la autoestima y la confianza en sí mismos, la sensación de soledad, de miedo, de abandono. No por casualidad, repito, «clase obrera» y «movimiento obrero» son hoy expresiones olvidadas: ya que han sido comprometidas —por la precariedad, la competencia entre trabajadores-mercancía y también por la difusión de formas de teletrabajo que suprimen la dimensión social y comunitaria de este— la vieja solidaridad de clase y la misma subjetividad política de los trabajadores, fundadas en la igualdad en los derechos y las condiciones de trabajo.

Precarización del empleo, crecimiento de las desigualdades, ruptura de la solidaridad y de las tutelas colectivas, aislamiento y soledad de los trabajadores son, por otra parte, fenómenos que han incidido en todo el mundo del trabajo, incluso en el empleo público en la Administración, conquistada también ella por la idea de la desregulación del mercado de trabajo como factor de eficiencia y meritocracia. Es la prueba de la actual potencia de la concepción liberista del trabajo como mercancía, precaria por naturaleza, que no se explica con la sola lógica privatista del beneficio, extraña a las funciones públicas, sino también, evidentemente, con la devaluación ideológica del trabajo como fin en sí mismo. De este modo, en estos años, con el pretexto de la valorización del mérito se ha desarrollado una estrategia dirigida a promover la desigualdad y a debilitar y disciplinar a los empleados públicos, a través de la diferenciación de los estatus y de los grados, la creación de jerarquías ficticias, la multiplicación de las valoraciones profesionales, la invención de premios e incentivos, la promoción del carrerismo y de las competiciones, incluso en sectores —como la educación, la universidad e incluso la magistratura— en los que las actividades laborales consisten en funciones que requieren, por el contrario, igualdad e independencia al ser la libertad de pensamiento y de juicio un rasgo constitutivo tanto del trabajo intelectual como del judicial, incompatible con carreras y jerarquías. Se entiende por qué en los últimos decenios cerca de medio millón de italianos, de los que la mitad son jóvenes de edad inferior a treinta y cuatro años y en gran parte licenciados, no obstante la falta de personal en la sanidad, la educación, la Administración Pública,

llardos de euros sustraídos así a los trabajadores y transferidos a los beneficios y las rentas (L. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, entrevista de P. Borgna, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 104-105).

la investigación y la conservación del patrimonio artístico, han tenido que emigrar al extranjero para huir del desempleo, de la precariedad y de la explotación[53].

Una refundación garantista del trabajo concorde con su modelo constitucional requeriría hoy una serie de cambios en su disciplina y, antes aún, en su concepción. El primer cambio consistiría en la restauración de todas las garantías de los derechos de los trabajadores conquistadas en un siglo y medio de luchas. La primera es la garantía de ese metaderecho, previo a todos los demás, que es el derecho a no ser injustamente despedidos. Más allá de la esencial tutela del puesto de trabajo, la prohibición de despido sin justa causa había cambiado en Italia la naturaleza del trabajo, no tratable ya como mercancía, sino transformado en el valor no monetizable en el que, como dice la Constitución, se funda la República. La última agresión a este principio —debida al *Jobs Act* que, en contradicción, entre otros, con el «derecho a la tutela frente a todo despido injustificado» previsto en el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, ha sustituido la garantía de la reintegración del trabajador injustamente despedido por la garantía patrimonial del abono de una suma de dinero— ha anulado la dignidad del trabajo, transformándolo en una nueva mercancía. Recuérdese la máxima de Kant según la cual lo que tiene dignidad no tiene precio y lo que tiene precio no tiene dignidad[54]: la dignidad del trabajo como fundamento de la República es lo que anuló la precariedad y lo que el modelo constitucional exige restablecer con la reintroducción de la garantía de la estabilidad en el trabajo. Hay luego otra garantía impuesta por la Constitución contra la explotación ilimitada y la sustancial pérdida de autonomía de los trabajadores: su derecho a «una retribución [...] suficiente para asegurar a sí mismo y a su familia una existencia libre y digna»[55], previsto en el artículo 36 de la Constitución italiana, que re-

53. Es lo que refiere el Informe 2019 sobre la economía de la inmigración presentado por la Fundación Leone Moressa. Sobre el asunto, véase la cuidadosa reconstrucción de E. Pugliese, *Quelli che se ne vanno. La nuova emigrazione italiana*, il Mulino, Bolonia, 2018.

54. «En el reino de los fines todo tiene o bien un *precio*, o bien una *dignidad*. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad» (I. Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, versión cast. y estudio preliminar de R. R. Aramayo, Alianza, Madrid, ²2012, p. 148).

55. La misma norma se encuentra en el artículo 23, 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 4, 1 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961; en el artículo 7, *a*) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966; en el artículo 5, e, i de la Convención Interna-

quiere la estipulación por ley de un salario mínimo, cualquiera que sea el tipo de trabajo desarrollado. No es de Marx, sino de Adam Smith la afirmación de que «es justo que aquellos que proporcionan alimento, vestimenta y alojamiento para todo el cuerpo social reciban una cuota del producto de su propio trabajo suficiente para estar ellos mismos adecuadamente bien alimentados, vestidos y alojados»[56]. En fin, frente al desempleo creciente, destinado a crecer, por la expulsión de la fuerza de trabajo a que seguramente darán lugar las innovaciones tecnológicas, la principal medida de una política dirigida, no solo a la reducción de la fatiga y de la explotación, sino al pleno empleo, es la reducción por ley del horario de trabajo hasta la mitad de la actual jornada laboral.

El segundo cambio consiste en el reconocimiento de una intrínseca dimensión pública a las relaciones de trabajo y de su pertenencia en gran parte a la esfera pública tal como ha sido definida en el § 4.7. La constitucionalización del trabajo, en virtud de la cual los trabajadores se han convertido, frente a sus contrapartes, en sujetos no solo de derechos patrimoniales, sino también de derechos fundamentales de rango constitucional, ha modificado el viejo modelo puramente privatista de la relación, imponiendo el reconocimiento de su carácter complejo: *público*, en la parte vinculada por los derechos fundamentales, indisponibles e inalienables en cuanto tales, y *privado* en la parte relativa a los derechos patrimoniales, en la sola medida en que más allá del salario equitativo que debería ser establecido por la ley, estos son disponibles y transigibles[57]. Esta dimensión pública del trabajo es la que impone, a mi juicio, la unificación del estatus jurídico de todos los tra-

cional Contra la Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, sobre salario igual al de los demás trabajadores en igualdad de trabajo. La oportunidad de un «salario mínimo legal», sostenida entre las «políticas salariales éticas», al no existir en Estados Unidos y en Gran Bretaña un vínculo legal, es objeto de la «Propuesta 4» de A. B. Atkinson, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare* [2015], trad. it. de V. B. Sala, Raffaele Cortina, Milán, 2015, cap. 5, pp. 151-152 [trad. cast. de I. Perrotino Hernández, *Desigualdad. ¿Qué podemos hacer?*, FCE, México, 2016].

56. A. Smith, *Una investigación sobre las naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, trad. cast. de C. Rodríguez Braun, estudio preliminar de M. Montalvo, Tecnos, Madrid, 2009, lib. I, cap. III, p. 170.

57. La ambivalencia del derecho del trabajo y su pertinencia en parte al derecho público y en parte al derecho privado, fue reconocida por un importante sector de la vieja doctrina laboralista. Me limito a recordar a U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro. I. Introduzione*, Giuffrè, Milán, 1955; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Nápoles, [15]1963, p. 11; U. Prosperetti, «Lavoro (fenomeno giuridico)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIII, 1973, p. 331. Véase también *PiII*, § 14.17 y 14.18, pp. 233-245.

bajadores según el modelo garantista de la vieja relación laboral a tiempo indeterminado y no ya, como ha sucedido, según el modelo de trabajo precario confiado a la contratación privada. Lo que, es obvio, no quiere decir homologación de todos los trabajos, sino solo trazar una rígida línea de separación entre legislación y contratación, sea individual o colectiva. Deben ser materia de legislación las garantías de todos los derechos fundamentales de los trabajadores, inderogables tanto por la autonomía privada como por la discrecionalidad administrativa: desde la colocación sobre la base de criterios tan objetivos como sea posible a la prohibición de despido sin justas causas taxativamente predeterminadas; desde el límite máximo de los horarios de trabajo al salario mínimo fijado por la ley y garantizado por mecanismos de adecuación automática al coste de vida como fueron los asegurados en Italia hasta los años ochenta por la llamada «escala móvil»; de las garantías en materia de higiene, de protección de la salud y de prevención de accidentes a las libertades políticas y sindicales en los puestos de trabajo y a la inmunidad de controles lesivos para la persona o de sanciones arbitrarias disciplinarias. Son, en cambio, materia de contratación, en primer lugar, colectiva, la medida de la retribución equitativa a partir del mínimo legal y los demás aspectos de la relación laboral del que el propio trabajador pueda disponer personalmente. En definitiva: la contratación en materia de trabajo es como la decisión política mayoritaria: no puede derogar los derechos fundamentales que diseñan la específica «esfera de lo no decidible» de aquella, esto es, los límites y los vínculos de contenido a los poderes patronales.

El tercer cambio corresponde a un aspecto del constitucionalismo global del que hablaré en el capítulo octavo. Consiste en otra unificación de las relaciones laborales impuesta hoy por la globalización; en la unificación que debería realizarse de la que Luciano Gallino ha llamado «una política del trabajo global»[58]. En efecto, el principal factor de devaluación del trabajo consiste en la posibilidad de las grandes empresas de deslocalizar sus actividades productivas en países —como India, Indonesia, Filipinas, Tailandia, Vietnam, México— en algunos de los cuales se puede pagar a los trabajadores, y sobre todo a las trabajadoras, cincuenta céntimos de dólar a la hora por sesenta horas semanales, en condiciones de trabajo espantosas y, obviamente, sin derechos ni garantías. Como ha escrito Gallino, «el medio millardo de trabajadores que durante algunas decenas gozó de buenos salarios y condiciones de

58. L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2009, cap. X, pp. 135-163.

trabajo ha sido puesto deliberadamente a competir, con un millardo y medio de nuevos asalariados que trabajan en condiciones horrendas con salarios de miseria»[59]. Se entiende cómo esta competencia, bajo el chantaje de la fuga de las inversiones a los países en los que el trabajo puede ser explotado en formas paraesclavistas, se ha desarrollado por completo a la baja, con el desmantelamiento de todas las garantías de los derechos de los trabajadores en los países avanzados, además no impedido, sino favorecido por la política a causa de su subalternidad a la economía. De este modo, más allá de la reducción de los derechos de los trabajadores, del crecimiento del paro, de la precarización del trabajo y la reducción de los salarios, ha reaparecido el trabajo esclavo en los países pobres y, en parte, incluso en los países ricos, acompañado de malos tratos y segregaciones de hecho: hay al menos 45 millones de personas que viven hoy en condiciones de esclavitud[60].

Es claro que el único remedio para esta competencia entre trabajadores garantizados (o, mejor ahora, exgarantizados) de Occidente y trabajadores no garantizados de los países pobres es la estipulación de un modelo unitario y global de derechos y garantías del trabajo como el que provendría del desarrollo de un constitucionalismo global, pero

59. L. Gallino, *Il lavoro non è una merce*, cit., p. 38.

60. Se ha calculado que en 2016 el número de personas en condiciones de esclavitud alcanzó la cifra de 45,8 millones: 18 354 700 en India, 3 388 400 en China, 2 134 900 en Pakistán, 1 531 300 en Bangladés; 1 236 600 en Uzbekistán, 1 100 000 en Corea del Norte, 1 048 500 en Rusia. Incluso en Europa se dan fenómenos de trabajo esclavo. En Italia, en particular, se ha calculado que hay 129 600 esclavos (T. Cardinale, *La schiavitù oggi nel mondo*, en www.documentazione.info/la-schiavitù-oggi-nel-mondo). Naturalmente, estas cifras son inciertas, a causa del carácter ampliamente invisible de esta vergüenza. El fenómeno, además, está creciendo. Sus dimensiones casi se han multiplicado por dos en los últimos veinte años, cuando K. Bales, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale* [1999], trad. it. de M. Nadotti, Feltrinelli, Milán, 2000, calculó en 27 millones el número de personas en situación de esclavitud. E. Giovannini, *L'utopia sostenibile*, Laterza, Roma-Bari, 2018, p. VI, ha calculado incluso en 60 millones el número de personas actualmente reducidas a la esclavitud. Sobre la explotación paraesclavista del trabajo de los braceros extranjeros en Italia, véase Caritas Italiana, *Vite sottocosto, 2.º Rapporto Presidio*, ed. de P. Campanella, Onorati, Canterano, 2018. Véanse también los informes anuales de la CGIL-FLAI, Ossevatorio Placido Rizzotto y, en particular, el quinto informe *Agromafie e caporalato*, ed. de F. Carchedi y de J. R. Bilongo, Adiese, Roma, 2020. En una empresa agrícola de Amantea, en la provincia de Cosenza, en junio de 2020, gracias a las pesquisas de la Fiscalía de Paola, se descubrió el trabajo esclavo de algunos braceros bengalíes, contratados a través de intermediarios (*caporalato*) que se quedan con una parte de su salario, y constreñidos a trabajar en turnos de 26 horas, en condiciones infrahumanas, por un euro y medio a la hora. Es evidente que la mejor garantía contra esa clase de intermediación ilícita debería consistir en la refundación de la intermediación pública mediante la reconstrucción de adecuados centros de empleo y colocación.

también, mientras tanto, de una política de los países más ricos, ciertamente dotados de la fuerza suficiente para imponer, mediante adecuadas convenciones internacionales, algunas garantías elementales del trabajo. Una política similar —que iría en beneficio, no solo de los trabajadores de los países pobres, sino también en el de los trabajadores de los países ricos— solo podría promoverse sobre la base de una sindicalización supranacional del trabajo, de una recuperada subjetividad política de los trabajadores, de la creación de potentes sindicatos a escala global lo más unitarios que sea posible, y del desarrollo de luchas sociales asimismo supranacionales en defensa de la igualdad en sus derechos. Todo esto —la vieja invitación marxiana a la unión de los proletarios de todo el mundo, tanto más necesaria en presencia de la globalización del capital— se presenta hoy extrañamente inverosímil. Pero sería al menos un paso adelante si tal objetivo fuera asumido por algún gobierno y, mejor aún, por algún sindicato en el diseño de una política del trabajo racional, además de igualitaria y garantista, informada por el proyecto de una globalización de los derechos de los trabajadores a la altura de la globalización capitalista de los mercados.

Hay un cuarto cambio del trabajo que debería promoverse. Consiste en la democratización de las empresas y, más en general, de los lugares de trabajo. En un llamamiento global, *Democratizing work*, firmado por más de 3000 estudiosos de más de 650 universidades de todo el mundo y publicado el 16 de mayo de 2020 en 25 lenguas por 37 diarios[61], se llama a los trabajadores «inversores de trabajo», dado que invierten su trabajo —su mente y su cuerpo— para asegurar la supervivencia de todos, y por eso se les concibe como «la clave para el éxito de los empleadores», es decir, de los «inversores de capital» y como «el núcleo constituyente de las empresas». De aquí la necesidad, para la tutela de la dignidad del trabajo y de su efectiva «desmercantilización», no solo de garantizar a los trabajadores rentas adecuadas y los demás clásicos derechos, sino también de implicarlos «en las decisiones relativas a sus vidas y a su futuro en el puesto de trabajo». En muchos países europeos, como Alemania, Holanda y los países escandinavos, después de la segunda guerra mundial, se instituyeron formas de cogestión y Consejos de trabajo, que se revelaron ineficaces por los escasos poderes atribuidos a los trabajadores. «Estos órganos», propone el llamamiento, «debe-

61. En Italia fue publicado por *il manifesto* de 16 de julio de 2020, pp. 1 y 16. Una propuesta análoga, dirigida a superar los límites de las formas de cogestión experimentadas en Alemania, ha sido avanzada por T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit., cap. 17, pp. 1098-1101.

rían tener derechos similares a los de los Consejos de administración, y los dirigentes empresariales deberían ser obligados a obtener siempre un doble consenso: tanto de parte de los órganos representativos de los trabajadores como de los que representan a los accionistas». Piénsese solo en el poder que tendrían tales órganos para impedir decisiones como las de vender o, lo que es peor, cerrar las empresas, o bien deslocalizar su producción en otros países con objeto de incrementar los beneficios mediante una mayor explotación de otros trabajadores o con la posibilidad de contaminar el medio ambiente o de no pagar impuestos.

6.9. *La agresión a los derechos de las mujeres. Los poderes domésticos como poderes virtualmente salvajes. La esclavitud doméstica provocada por la violencia de los convivientes.* Más aún que la fábrica, la casa y la familia pueden degenerar en un microcosmos salvaje. Más aún que los puestos de trabajo, donde cuando menos los trabajadores pueden ser solidarios y movilizarse en luchas comunes en defensa de sus derechos, la casa y la vida doméstica, en ausencia de garantías, pueden transformarse en lugares de opresión, donde las mujeres y los menores viven aislados y sometidos a un poder patronal virtualmente totalitario. En efecto, en la primera Edad Moderna, ya sucedió que las mujeres fueron excluidas de la esfera pública, confinadas en casa y relegadas en la esfera privada. Pero tanto la casa como la esfera privada se han confundido históricamente, hasta hace pocos decenios, con la casa y la esfera privada del hombre, de la que, en nuestra tradición civilista, han formado parte, junto con la propiedad, también la familia y la patria potestad, junto con los bienes, también la mujer y los niños[62]. En los orígenes de la modernidad, la afirmación de la autonomía y de la libertad de los hombres, a través de la garantía frente a intromisiones y la inviolabilidad de su esfera privada, se produjo en simultaneidad con la pérdida de la autonomía y de la libertad de las mujeres, confinadas en su función doméstica como «natural» y por eso bajo el dominio de los hombres con los que estaban obligadas a convivir[63].

62. Recuérdense las normas sobre la potestad paterna y marital del Code Civil de 1804, reproducidas en el Código Civil del Reino de Italia de 1806, en gran parte de los códigos civiles europeos, en los italianos preunitarios, en el italiano de 1865 e incluso en el de 1942.

63. Recuérdese este penoso pasaje de Kant sobre la igualdad de los cónyuges y, al mismo tiempo, acerca del dominio del hombre sobre la mujer: «La relación de los casados es una relación de *igualdad* en cuanto a la posesión [...] Si la cuestión consiste en saber si también se opone a la igualdad de los casados como tales que la ley diga del varón en relación con la mujer: él debe ser tu señor (él la parte que manda, ella la que obedece), no

De este modo, con paradoja solo aparente, el nacimiento del estado moderno, que inaugura la época de los derechos, se resuelve en una reducción de los derechos de la mujer, en su mayor subordinación al hombre —padre, marido o conviviente— y en su sustancial reclusión en la esfera privada de la vivienda; la cual, gracias a la inviolabilidad del domicilio, resulta bastante más garantizada como esfera masculina de lo que lo estuvo en la sociedad feudal, cuando la comunidad doméstica se basaba en el trabajo de todos sus miembros y no existía una neta distinción entre público y privado. En la Edad Moderna lo «público» pertenece enteramente al hombre, mientras que las mujeres son rígidamente excluidas de esa esfera en cuanto pertenecientes a la «privada», pero que también es la del hombre mismo al que ellas pertenecen. *Quilibet in domo sua dicitur rex* es la norma fundamental del nuevo orden familiar, análoga a la fórmula *rex in regno suo est imperator* que expresa el paso de la comunidad universal cristiana al nuevo orden de los estados nacionales soberanos[64]. Según documentan en Italia muchísimos estatutos desde la edad comunal, las mujeres perdieron entonces toda autonomía y pasaron a ser tuteladas por padres, hermanos y maridos, precisamente, en virtud de los derechos civiles reconocidos a estos en la intimidad de su vida privada. No son ciudadanas ni sujetos capaces de obrar al estarles prohibida la administración de los intereses generales y hasta de sus personales intereses por múltiples incapacidades: civil, política, penal, de testificar y hasta la matrimonial, por ser ellas objetos y no sujetos de los contratos matrimoniales concluidos por sus familias[65].

puede pensarse que esta ley está en conflicto con la igualdad natural de una pareja humana, si a la base de esta dominación se encuentra solo la superioridad natural de la capacidad del varón sobre la mujer a la hora de llevar a cabo el interés común de la casa y del derecho a mandar, fundado en ella; cosa que puede derivarse, por tanto, incluso del deber de la unidad y la igualdad con vistas al *fin*» («Principios metafísicos», cit., § 26, pp. 278-279).

64. La máxima «quilibet in domo sua dicitur rex» fue enunciada por Giovanni d'Andrea, *In quinque Decretalium libros Novella commentaria* [1338], Bottega d'Erasmo, Turín, 1963, I, n.° 43, p. 108a. Sobre ella véanse F. Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico* [1944], Giuffrè, Milán, ²1951, pp. 172-174, que puso de relieve su analogía con la fórmula «rex in regno suo est imperator»; D. Quaglioni, «'Quilibet in domo sua dicitur rex'. In margine ad alcune pagine di Francesco Calasso»: *Studi Senesi* 89 (1977), pp. 345 ss.; M. T. Guerra Medici, *L'aria di città. Donne e diritti nella città medievale*, Esi, Nápoles, 1996, p. 49.

65. Sobre esta reducción de los derechos de las mujeres en la Edad Moderna, cf. M. T. Guerra Medici, *I diritti delle donne nella società alto-medievale*, Esi, Nápoles, 1986; Íd., *L'aria di città*, cit.; Íd., *La cittadinanza difficile. Introduzione allo studio della condizione giuridica della donna in Europa*, Università di Camerino, San Severino Marche, 2000. Sobre las distintas formas de discriminación e incapacitación de las mujeres por efec-

A causa de esta paradoja de la modernidad, de nuevo, signo y producto, de la confusión habitual de derechos-poder de autonomía civil y libertades, la familia y todo el universo doméstico de las relaciones entre hombre y mujer retrocedieron al estado de naturaleza: son impenetrables, inmunes al derecho porque en ellos la potestad del padre-marido-patrono es todo uno con su «libertad» civil, absoluta y salvaje en este punto. Piénsese que en Estados Unidos, en 1875, el único modo hallado por un grupo de vecinos para conseguir sustraer a una niña a los malos tratos del padre fue el recurso a las normas para la protección de los animales[66]. Además, el absolutismo de la potestad paterna y conyugal sobrevivió largamente en el viejo estado liberal; también porque, mientras la esfera pública fue inmediatamente reconocida como artificial y convencional, la esfera privada a la que las mujeres estaban relegadas se concibió, en cambio, como «natural», lugar no del derecho, sino solo de la ética y de la religión. La familia, afirma todavía el artículo 29 de la Constitución italiana, con una evidente contradicción en los términos, es una «sociedad natural fundada en el matrimonio».

La emancipación jurídica de las mujeres se desarrolló a través de la superación de estos dos caracteres de la familia: su carácter «natural» y su fundamento en el «matrimonio. La idea del carácter meramente «natural» de la familia se superó, sobre todo, a través de una expansión de su dimensión pública ligada, según la noción de esfera pública definida aquí en el § 4.7, a la afirmación y a la garantía de los derechos fundamentales de sus miembros: de los derechos de los menores y de los niños, garantizados de forma cada vez más eficaz por el derecho, y de los derechos de las mujeres, finalmente emancipadas de sus seculares discriminaciones, en tiempos todavía relativamente recientes[67]. En segun-

to de la teorización de su inferioridad, cf. M. Graziosi, «Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico»: *Democrazia e diritto* 2 (1993), pp. 99-143; Íd., «Fragilitas sexus. Alle origini della costruzione giuridica dell'inferiorità delle donne», en N. M. Filippini, T. Plebani y A. Scattigno (eds.), *Corpi e storia. Donne e relazioni di genere dal mondo antico all'età contemporanea*, Viella, Roma, 2002, pp, 291-310; Íd.,«Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne», en S. Scarponi (ed.), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padua, 2014, pp. 7-50.

66. Es el caso —referido por E. García Méndez, «Per una storia sociale del controllo penale dell'infanzia»: *Dei delitti e delle pene* 1 (1992), p. 11— de la niña Mary Ellen, sustraída a sus padres como efecto de un juicio promovido por la Sociedad para la Protección de los Animales.

67. La discriminación jurídica de las mujeres se mantuvo en Italia, en todos los sectores del derecho, durante gran parte del siglo XX. La ley que abolió la autorización marital para la realización de actos negociales y sancionó la plenitud de los derechos civiles de las mujeres es de 1919. Solo en 1946 se extendió a ellas el derecho a votar. Fue con la

do lugar, se ha reducido el papel constitutivo del «matrimonio», que ha dejado de ser el presupuesto necesario y suficiente de la familia: en casi todos los ordenamientos avanzados, la familia de hecho y los hijos naturales, en un pasado no lejano calificados de «ilegítimos», han sido sustancialmente equiparados a la familia y a los hijos «legítimos», mientras el matrimonio se ha hecho disoluble gracias a la introducción del divorcio, y se han introducido también formas de regulación jurídica de las meras uniones de hecho, basadas en el reconocimiento de muchos derechos de sus componentes. En definitiva, en el derecho de familia, la igualdad jurídica formal, proclamada desde las primeras declaraciones de derechos, se realizó en el plano normativo, pero ha permanecido largamente inefectiva en las relaciones conyugales.

Con todo, la verdadera liberación de la mujer en la esfera civil solo se alcanzó con la introducción del divorcio y la despenalización del aborto, producidas en Italia, una, con la Ley 898/1970, de 1 de diciembre, y la otra con la Ley 194/1978, de 22 de mayo, confirmadas, respectivamente, por los referéndums de 12 de mayo de 1974 y 17 de mayo de 1981. Gracias a estas leyes la mujer ha adquirido del todo un *suyo* «privado», es decir, según la ya recordada fórmula de Locke, la propiedad de su cuerpo y de su persona. Ya no pertenece a la esfera privada del conviviente, es decir, a la autonomía masculina, y tampoco a la esfera pública, a la que estaba subordinada por la indisolubilidad del matrimonio y por la pretensión penal de la tutela del embrión portado en su seno, aun cuando ella no lo hubiera destinado a nacer. Ahora se ha convertido en titular del derecho de autonomía en las decisiones sobre

constitución republicana cuando, con los artículos 3 y 51, se estableció la igualdad jurídica de hombres y mujeres y su igual derecho de acceso a los cargos públicos. Pero la inferioridad de trato de las mujeres en lo relativo a los derechos de libertad, duró hasta la reforma del derecho de familia de 1975, que abolió la «potestad marital» prevista en el viejo artículo 144 del Código Civil («el marido es el jefe de la familia; la mujer seguirá su condición civil, asumirá su apellido y está obligada a acompañarle adonde él crea oportuno fijar su residencia»). Solo en 1963 las mujeres fueron admitidas en todos los cargos públicos, incluida la magistratura, y solo en 1981 se les permitió el ingreso en la policía. Solo con la Ley 903/1977, de 9 de diciembre se estableció la igualdad de trato entre hombres y mujeres en las relaciones laborales, no obstante, ampliamente violada en el plano salarial. En fin, fue en 1981 cuando se suprimió por ley el homicidio por causa de honor y el matrimonio como causa de extinción del delito de agresión sexual. Un completo inventario de las discriminaciones de género, antes y después de la Constitución, se encuentra en E. Pazé, *Diseguali per legge. Quando è più forte l'uomo e quando è più forte la donna*, Franco Angeli, Milán, 2013. Sobre las diferencias y discriminaciones de género (pero también de lengua, religión, etnia, opiniones políticas y condiciones sociales), cf. F. Rescigno (ed.), *Percorsi di eguaglianza*, Giappichelli, Turín, 2016.

su propio futuro y del personalísimo derecho sobre el propio cuerpo, del que es un corolario el derecho a la autodeterminación de la maternidad; que es un derecho perteneciente a las mujeres de manera exclusiva, precisamente porque, como se verá mejor en el § 7.5, las mujeres no son iguales a los hombres en materia de gestación, y es solo desvalorizándolas como personas y reduciéndolas a la condición de instrumentos de procreación y, con ello, a medios para fines ajenos, como puede negárseles este derecho o también obligárselas a compartirlo con los padres potenciales. En efecto, si la voluntad de estos condicionase la decisión de traer al mundo un hijo a través de un cuerpo femenino, equivaldría a conferirles poder sobre el cuerpo de otra persona, lo que violaría la libertad de la mujer y, al mismo tiempo, su dignidad personal.

Más allá de la emancipación femenina alcanzada con la conquista de todos los derechos fundamentales, la igualdad de hombres y mujeres sigue siendo aún un principio ampliamente inefectivo. En Italia y en gran parte del mundo occidental han desaparecido las *discriminaciones de derecho*, vigentes, como he recordado, hasta tiempos recientes. Pero permanecen las *discriminaciones de hecho*, bajo formas y modelos culturales y de prácticas sociales contrarias al principio normativo de igualdad. Piénsese en las discriminaciones que, *de facto*, con independencia de razones de mérito, sufren las mujeres, excluidas o infravaloradas por el mercado de trabajo o destinadas a trabajos precarios sin cualificación. Piénsese en las tasas de desempleo femenino, muy superiores a las del masculino, en los salarios de las mujeres a veces más bajos que los de los hombres y en el inmenso trabajo de cuidado no retribuido[68].

Pero es a escala planetaria donde la opresión y las discriminaciones de las mujeres se manifiestan de las formas y en las dimensiones más dramáticas, por la total ausencia de garantías de las diferencias personales y de los conexos derechos de libertad. Recuérdense, sobre todo, las opresiones de las diferencias de género, provocadas en gran parte del mundo por la explosión de los fundamentalismos religiosos y por la falta de secularización de las instituciones públicas; en segundo lugar, las discriminaciones y las opresiones de las mujeres en los regímenes totalitarios o, en cualquier caso, de distintas maneras despóticas e ilibera-

68. Según el informe Oxfam 2020, las mujeres en el mundo emplean cada día 12,5 millardos de horas en trabajo de cuidado no retribuido, que es la causa de que el 42% de ellas no pueda trabajar. Sobre los persistentes menoscabos de hecho de la libertad femenina no obstante la afirmación de la formal igualdad de las personas, véase T. Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. cast. de C. García Pascual, prólogo de L. Ferrajoli, epílogo de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2003.

les, como infectan el planeta; en tercer lugar, la gigantesca opresión de las mujeres, objeto en tres cuartas partes del planeta de segregaciones, servidumbres, acoso, agresiones sexuales, venta de niñas como esposas, encaminamiento a la prostitución, sufrimientos, y mortificaciones permanentes y sistemáticas de su identidad y dignidad. En India y China, son decenas de millones las niñas desaparecidas, los abortos y los infanticidios por discriminaciones de género. Se ha calculado que las mujeres constituyen el 70% de los pobres del mundo, aun cuando desarrollan los dos tercios del trabajo global.

En fin, el fenómeno más tremendo y dramático: la esclavitud doméstica determinada por la violencia masculina que en los casos extremos llega al feminicidio. Es un fenómeno de siempre presente en todo el mundo. Hay dos rasgos característicos de la violencia masculina sobre las mujeres que la distinguen de cualquier otra forma de violencia. Estos dos rasgos distintivos son también sus principales factores y hacen de la casa y de la familia, para las mujeres que la sufren, los lugares más inseguros. El primero consiste en la mayor fuerza física de los hombres, que no permite a las mujeres ninguna legítima defensa. El segundo en la convivencia doméstica con el hombre de cuya violencia es víctima, a la que la mujer se ve habitualmente constreñida, de hecho y de derecho. La conjunción de estos dos factores está en la base del dominio de los hombres violentos sobre «sus» mujeres y de la condición de sujeción permanente de estas a sus convivientes violentos en la vida doméstica.

Se trata de un dominio y una sujeción absolutos, casi siempre invisibles desde fuera de las paredes de la casa, que permiten hablar de *totalitarismo doméstico*, dado que la fuerza amenazante del conviviente violento genera un estado de miedo, angustia y terror que anula totalmente la libertad y la dignidad de la mujer. Las violencias masculinas del cónyuge o del conviviente —y, en particular, las de naturaleza sexual— son sobre todo actos de prepotencia, con los que el hombre afirma su poder total y anula la libertad y la dignidad femeninas: un poder que tiene los rasgos del derecho de propiedad sobre la mujer, reducida por él a «cosa», exactamente correspondientes a los elementos constitutivos de la noción jurídica de «esclavitud» tal como la define el artículo 600 del Código Penal italiano. En efecto, pues la mujer se encuentra literalmente presa en su casa, a merced de la violencia masculina. No puede huir, también porque la fuga no la salva del peligro de la represalia y la venganza masculinas. Todo esto, unido a la vileza del uso de la fuerza contra una persona más débil, hace de la violencia masculina sobre las mujeres una violencia incomparablemente más odiosa que la que se manifiesta en los delitos comunes contra la persona. No se tra-

ta de cualquier forma de lesión, a consecuencia de un altercado contingente y ocasional. Es una forma de anulación del otro, de mortificación y sometimiento que exigiría sanciones mucho más severas que las previstas para los golpes y las lesiones comunes. Esta esclavitud doméstica es la máxima perversión expresada a través del ejercicio salvaje de los derechos de autonomía, ocultada por la pantalla ideológica de su concepción como libertades.

6.10. *Una tercera expansión civilista del paradigma constitucional. La sustracción de los bienes fundamentales al mercado.* Hay, en fin, una tercera expansión del paradigma constitucional en materia civil, hoy más necesaria y urgente que nunca. La consistente en el desarrollo de un constitucionalismo de los *bienes fundamentales* —sean naturales o artificiales— según han sido definidos en el § 4.8, añadido al constitucionalismo de los derechos fundamentales.

El desarrollo industrial ecológicamente insostenible, promovido de formas cada vez más visibles e incontroladas por las innovaciones tecnológicas y por un capitalismo depredador, está provocando la destrucción, la dilapidación o la apropiación privada de una creciente cantidad de *bienes naturales fundamentales* en cuanto vitales para toda la humanidad: como el aire, la integridad del medio ambiente, los equilibrios climáticos, el agua potable, concebidos como *bienes comunes* desde el derecho romano que los llamó *extra commercium* y *extra patrimonium*. Como escribió Gayo, son los bienes que «naturali iure communia sunt omnium [...]: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris»[69].

En el § 8.5, hablaré de las garantías requeridas, sobre todo a escala global, para la tutela de estos bienes vitales. Pero en la historia social y económica de estos bienes, hay una paradoja que merece ser señalada desde ahora. Hasta tiempos relativamente recientes, tales bienes eran naturalmente disponibles y accesibles a todos. Esta su natural disponibilidad, como escribió Adam Smith en un pasaje luminoso, comportaba que estos, aunque dotados de «un gran valor de uso con frecuencia poseen poco o ningún valor de cambio. No hay nada más útil que el agua,

69. Este pasaje de Gayo, ya citado en la nota 33 del cap. IV, fue invocado, en apoyo de la conquista del «nuevo mundo» por F. de Vitoria, *De indis*, cit., pp. 257-258: «Hay bienes que son comunes por derecho natural, como el agua corriente, el mar, los ríos y los puertos, en los cuales, según el derecho de gentes, pueden atracar las naves, cualquiera que sea la parte de la que procedan (*Inst., De rerum divisione*). En efecto, se trata de bienes de utilidad pública. Por eso no está permitido a nadie privar a alguien de su disfrute. De lo que se sigue que los indígenas ofenderían a los Españoles si les prohibieran el acceso a sus territorios».

pero con ella casi no se puede comprar nada; casi nada se obtendrá a cambio de agua. Un diamante, por el contrario, apenas tiene valor de uso, pero a cambio de él se puede conseguir generalmente una gran cantidad de otros bienes»[70]. La paradoja consiste en el hecho de que estos bienes naturales cesaron de ser comunes precisamente en el momento en que, al convertirse en escasos y por eso dotados de valor de cambio a causa de las devastaciones producidas por el capitalismo desregulado, fueron entregados al mercado y transformados en *bienes patrimoniales*, es decir, en mercancías, en vez de ser garantizados como *bienes fundamentales* por su condición de vitales y por eso dotados de un valor de uso incalculable. De este modo, el capitalismo anárquico produjo un proceso doblemente depredador: primero, la dilapidación o la destrucción de los bienes comunes y la transformación de su originaria disponibilidad natural, como fue, típicamente, el caso del agua potable, en su escasez; sucesivamente, la transformación de estos mismos bienes, precisamente a causa de su escasez sobrevenida, en bienes patrimoniales o mercancías, susceptibles de apropiación privada. Y esto sucedió a pesar de que tales bienes sean del todo contrarios a la lógica del mercado: no solo porque, al consistir en bienes vitales objeto de derechos fundamentales, su accesibilidad debe ser garantizada gratuitamente a todos, sino también porque continúan sin tener, propiamente, un valor de cambio por una razón exactamente opuesta a la indicada por Adam Smith en la época en que no eran escasos y sí naturalmente accesibles. En efecto, al haberse convertido en raros y no naturalmente accesible a todos, y siendo, no obstante, necesarios para satisfacer necesidades vitales, no tienen precio ni por eso valor de cambio, dado que cualquiera estaría dispuesto a pagar por ellos cualquier precio. Porque no se es libre de no comprarlos, se sustraen a la ley de la relación entre oferta y demanda, que es la ley del mercado basada en la libertad de esta.

No siempre y no todas las personas tienen conciencia suficiente de estas transformaciones. Entonces hay que reconocer que el lenguaje de los derechos subjetivos, como derechos atribuidos a los individuos, si bien de forma universal en garantía de sus intereses individuales, no es un lenguaje suficiente para formular las técnicas de tutela requeridas por tales bienes, de cuya vital importancia las personas tampoco son a veces conscientes. Cuando se envenena el aire de una ciudad, se cubre una playa de cemento, se tala un bosque, los habitantes del lugar no piensan que han sido privados de un bien común, si acaso se imaginan como los posibles beneficiarios de futuros espacios y parcelaciones. La ley del mer-

70. A. Smith, *Una investigación*, cit., lib. I, cap. IV, p. 118.

cado comporta incluso que el valor de un terreno es tanto mayor cuanto más haya sido edificado. Por no hablar de la protección del clima y de los equilibrios ecológicos, que casi nunca se percibe como un interés vital de los individuos y, por eso, solo puede ser garantizada protegiendo directamente tales bienes comunes tanto de la política como del mercado.

Por otra parte, el desarrollo tecnológico ha dado vida también a *bienes fundamentales artificiales*: los datos personales, esto es, las informaciones sobre la identidad de las personas físicas, hoy dotados de un enorme valor económico, que en el § 7.2 serán concebidos como *bienes personalísimos*, objeto de derechos fundamentales de la persona; los fármacos esenciales, las vacunas y la alimentación básica que, como veremos en el § 7.8, son bienes sociales, objeto de los derechos sociales a la salud y a la supervivencia; la red de Internet que bien podría configurarse como un *bien común*, el acceso al cual debería ser a su vez objeto de un derecho fundamental. Así pues, para bien o para mal, el desarrollo tecnológico, por sus efectos destructivos de bienes naturales o por su capacidad productiva de bienes artificiales, impone hoy una dimensión nueva y ya inderogable de la democracia y el constitucionalismo, para la protección de todos estos bienes fundamentales.

Capítulo VII

LA DEMOCRACIA SUSTANCIAL. DEMOCRACIA LIBERAL Y DEMOCRACIA SOCIAL

7.1. *La dimensión sustancial de la democracia: la democracia liberal y la democracia social.* La crisis de la democracia formal, es decir, de la democracia política y de la democracia civil, retroactúa negativamente sobre la entera geografía de los poderes diseñada por el modelo multidimensional y multinivel de la democracia constitucional. Es por lo que está también en el origen de la crisis de la *democracia sustancial*, cuya *razón social*, como se dijo en el § 5.1, en virtud del *principio de estricta legalidad* o de *legalidad sustancial* que se ha afirmado con el *estado constitucional de derecho*, consiste en la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos a la que está vinculada la sustancia (el *qué*) de toda producción jurídica.

En el § 5.1 he distinguido dos dimensiones de la *democracia liberal* o *liberaldemocracia*, cuya razón social consiste en la garantía de los *derechos de libertad*, para la tutela de las diferencias personales, y la *democracia social* o *socialdemocracia*, cuya razón social consiste en la garantía de los *derechos sociales*, dirigida a la reducción de las desigualdades materiales. Según se ha añadido en el § 5.7, como las dos dimensiones de la democracia formal, también estas dos dimensiones suponen dos separaciones entre poderes. Mientras que la *democracia política* y la *democracia económica* suponen las *separaciones extrainstitucionales* entre poderes sociales y poderes políticos y entre poderes políticos y poderes económicos, en garantía de los derechos de autonomía política y civil, la *democracia liberal* y la *democracia social* suponen las *separaciones intrainstitucionales* entre funciones públicas de gobierno y funciones públicas de garantía, en garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales. Más precisamente, la democracia liberal supone la separación

intrainstitucional entre legislación y jurisdicción, o sea, entre funciones de gobierno y funciones de garantía secundaria, en garantía de los derechos de libertad. A su vez, la democracia social supone la separación intrainstitucional entre funciones de gobierno y funciones de garantía primaria, en garantía de los derechos sociales.

En estas dos subdimensiones, la dimensión sustancial o estática de la democracia constituye el rasgo distintivo de la democracia constitucional, esto es, el conjunto de los límites y de los vínculos de contenido impuestos a la democracia formal, es decir, a la voluntad política de las mayorías y a las decisiones económicas de los mercados. Y se identifica con la *igualdad*, tanto *liberal* como *social*. Precisamente, la democracia liberal consiste en el igual valor —como dice el artículo 3, 1.º de la Constitución italiana, en la «igual dignidad»— asociado a todas las diferencias personales que hacen de cada persona un individuo diferente de todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras. En cambio, la democracia social consiste en el desvalor asociado a las excesivas desigualdades materiales en las condiciones de vida de las personas, como «obstáculos» que «la República tiene el cometido de eliminar», según dice el inciso segundo del mismo artículo. La *igualdad liberal* de las diferencias, correspondiente a la habitualmente llamada *igualdad formal*, se realiza mediante el respeto de la que, en el § 3.1, he llamado la *esfera de lo no decidible que*: esta requiere un paso atrás del derecho, es decir, un *no-hacer* para la tutela de los derechos de libertad que son todos derechos a la no lesión, y por ello a la defensa y a la afirmación de las propias *diferencias de identidad*. La *igualdad social* cuando menos en las condiciones elementales de vida, correspondiente a la habitualmente llamada *igualdad sustancial*, se realiza mediante la actuación de la que he llamado *esfera de lo no decidible que no*. Esta requiere un paso adelante del derecho, es decir, un *hacer* que satisfaga los derechos sociales, que son todos derechos a prestaciones idóneas para eliminar o reducir las *desigualdades económicas* o materiales.

El paso atrás requerido por la democracia liberal y por la igualdad de las diferencias se produce con la introducción de las garantías negativas de los derechos de libertad, que consisten en las correlativas prohibiciones. En cambio, el paso adelante requerido por la democracia social y por la reducción de las desigualdades se produce con la introducción de las garantías positivas de los derechos sociales, que consisten en las obligaciones que ellos imponen. Liberalismo y socialismo han encontrado su traducción normativa en estas dos dimensiones sustanciales de la democracia constitucional: el *liberalismo*, una vez superada la mistificadora confusión de los derechos-poder de propiedad y de au-

tonomía con los derechos de libertad, puede ser identificado, en el plano jurídico, con el conjunto de las garantías de los derechos de libertad; a su vez, el *socialismo*, una vez sustituida la idea de la supresión de los derechos-poder de propiedad y de autonomía por la de su subordinación a la ley y a los derechos constitucionalmente establecidos, puede, a su vez, ser identificado con el conjunto de las garantías de los derechos sociales. En síntesis, cabe afirmar que la democracia constitucional es el fruto de la constitucionalización del que se puede llamar *socialismo liberal*, o bien *liberalismo social.*

Hoy asistimos a una crisis de la democracia sustancial en sus dos dimensiones, la liberal y la social, determinada en gran parte, ya lo he dicho, por la crisis de la democracia formal, es decir, por la creciente distancia entre fuerzas políticas y fuerzas sociales, las primeras cada vez menos representativas de las segundas y cada vez más subordinadas, en vez de supraordenadas, al poder de los mercados. De aquí la necesidad que tienen de un *proceso reconstituyente* del sistema de poderes que se ha desarrollado, irreversiblemente, fuera de los confines estatales. Así pues, en la primera parte de este capítulo hablaré de la democracia liberal según resulta de la igualad liberal de las diferencias personales, gracias a las garantías de los derechos de libertad. Después, en la segunda parte, hablaré de la democracia social como efecto de la reducción de las desigualdades económicas y materiales, gracias a las garantías de los derechos sociales y, en particular, de los derechos a la salud, la educación y la subsistencia.

7.2. C) *La democracia liberal. El igual valor de las diferencias, su respeto y su libre expresión. Grados desiguales de libertad: libertades públicas y libertades privadas. Las tecnologías informáticas y la protección de los datos personales.* Según se ha dicho, la democracia liberal es la dimensión sustancial de la democracia constitucional cuya razón de ser es la garantía de las libertades fundamentales. Su primera condición es el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad personales, que es un corolario del principio de heterogeneidad en el que se basa la democracia política.

El nexo entre igualdad formal y democracia liberal, entre igual valor de las diferencias y liberalismo, se ha hecho evidente por el nexo inverso entre autoritarismo y opresión de las diferencias. En efecto, cualquier forma de despotismo —político, religioso, ideológico, doméstico, social o institucional— consiste en una opresión y/o en una discriminación, en ocasiones de derecho y siempre de hecho, de una o más diferencias. De las diferentes opiniones políticas, es decir, del disenso, los

sistemas políticos autoritarios o, lo que es peor, totalitarios, incluso si sustentados, como en las actuales «democracias iliberales», en elecciones (no libres); de las herejías y las diferencias de religión, los sistemas políticos teocráticos; de la diferencia de género, los despotismos domésticos de maridos o convivientes; de las diferencias de tipo étnico y/o social, las políticas racistas y los despotismos patronales crecientes en la actual era de la globalización.

En todos estos casos, las diversas formas de autoritarismo o despotismo se manifiestan siempre en una antropología de la desigualdad que transforma las diferencias naturales o culturales en desigualdades sociales, como signos de inferioridad, y en la consiguiente reducción de las libertades de cuantos son diferentes o, en cualquier caso, no se homologan con las identidades dominantes. A la inversa, puede afirmarse, existe un nexo que liga el universalismo de los derechos fundamentales y el multiculturalismo. En efecto, son los derechos fundamentales de libertad los que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales, a comenzar por las culturales, que no son sino las diferentes identidades de cada uno equivalentes a otros tantos elementos de su dignidad personal. No se olvide que la primera libertad fundamental que se afirmó en Europa fue la de conciencia, que es un típico derecho cultural, más aún, el primero y fundamental derecho a la tutela de la propia identidad y diferencia cultural. Lo mismo hay que decir de la libertad religiosa, de la de manifestación del pensamiento y de las demás libertades fundamentales, que valen, todas, para tutelar la identidad diversa, disidente y no homologable de cada persona, y son todas, por consiguiente, derechos a la (propia) diferencia. Es por lo que los derechos fundamentales de libertad son las primeras garantías del multiculturalismo. Y valen, no solo para tutelar las diferencias, sino también para valorizar y transformar el multi-culturalismo en inter-culturalismo, es decir, en la convivencia entre culturas en la que cada una de ellas es influenciada, enriquecida y modificada por las otras.

En los ordenamientos avanzados las opresiones y las discriminaciones jurídicas de las diferencias casi han desaparecido, aun cuando, lamentablemente, no de hecho y en todo caso solo entre ciudadanos, pero no así entre ciudadanos y extranjeros. No, en cambio, a escala planetaria, donde se manifiestan con dimensiones dramáticas: en las represiones políticas de los opositores puestas en práctica por los regímenes iliberales y de diversos modos despóticos; en las persecuciones de minorías religiosas o culturales por parte de los distintos fundamentalismos ideológicos o religiosos en el poder; en las discriminaciones de minorías étnicas o de otro tipo, como los kurdos, los palestinos, los mongoles, los rohingya, los ka-

chin y las comunidades indígenas de las Américas puestas en práctica por mayorías racistas; en las discriminaciones de las mujeres, de las que he hablado en el § 6.9; en fin, en las opresiones de los migrantes, que arriesgan la vida en sus intentos por escapar del hambre o de las persecuciones y luego encuentran, en nuestros ordenamientos, las opresiones y las discriminaciones racistas generadas por sus identidades diferentes.

Hay que añadir que el universalismo de los derechos de libertad y de los derechos de autonomía no garantizan en absoluto la igualdad en el grado de libertad, que es impedida por sus violaciones y, más aún, por la dinámica de los derechos de autonomía. Sería interesante realizar una investigación sociológica sobre el grado (o la cantidad) de libertad de que gozan, por un lado, cada sociedad, según los derechos de libertad garantizados en ella y, por otro, los distintos individuos, según también los derechos y obligaciones de que son titulares. En principio, cabe afirmar que el grado o la cantidad de *libertad pública*, es decir, de los derechos de libertad y de autonomía y de sus garantías, es igual para todos en cada ordenamiento, por efecto de la constitución y de la legislación: máximo en las sociedades liberales; mínimo en las iliberales y autoritarias. Por el contrario, el grado o la cantidad de *libertad privada*, esto es, de las libertades de hecho consistentes en los efectivos espacios de libertad y de autonomía de que gozan las personas, es distinto para cada una en cada ocasión, como se dijo en el § 3.4, por efecto de las relaciones de trabajo, las convivencias y dependencias familiares, las actividades negociales y también las decisiones públicas tanto judiciales como administrativas que la afecten, así como de la fuerza de las libertades políticas colectivas expresadas en los conflictos sociales y en las contrataciones sindicales. La libertad pública es un reflejo y un efecto del universalismo de los derechos fundamentales y de la igualdad ante la ley. La libertad privada es un reflejo y un efecto de las opresiones y de las desigualdades en las relaciones privadas y en las de mercado que, como se ha visto en los § 6.8 y 6.9 a propósito de las relaciones laborales y familiares puede alcanzar formas de verdadera esclavización. En todos los casos, el *grado de libertad individual* de cada uno será el resultado de la suma de las iguales libertades públicas y de las desiguales libertades privadas. Por eso, los límites y los vínculos impuestos a los derechos-poder de autonomía privada, por ejemplo, en las relaciones de trabajo y en el derecho de familia, si reducen, como es obvio, el espacio de tales derechos, amplían el de las *libertades privadas*. La democracia liberal puede considerarse el sistema político que maximiza la igualdad en los grados de libertad.

Esta desigualdad en las libertades privadas o de hecho, y por eso en los grados de libertad, corre hoy el riesgo de profundizarse por efecto

de las extraordinarias innovaciones tecnológicas producidas, como se ha visto en el § 5.9, con la revolución informática, en las formas de la información y de la comunicación. Se trata —como siempre, e incluso más que nunca— de innovaciones dotadas de una intrínseca ambivalencia, como factores de progreso económico, de crecimiento democrático y de emancipación civil, pero también de posibles involuciones iliberales y autoritarias[1]. Es por lo que, al respecto, no se justifica ni una práctica desregulada y salvaje como la que provendría de una irresponsable ausencia de garantías, ni un apriorístico «ludismo de retaguardia»[2]. En cambio, lo que se requiere es el análisis y la solución racional de los enormes problemas generados por los conflictos suscitados por tales tecnologías: entre la libertad de manifestación del pensamiento y las garantías de la privacidad y de la dignidad de la persona; entre la libertad de información y la veracidad o en todo caso la seriedad de las informaciones; entre la libertad de palabra y el rechazo del racismo; entre la difusión de los datos personales y los riesgos de la vigilancia global; entre la eficiencia de las nuevas técnicas y las discriminaciones y las opresiones que estas pueden generar. ¿Cómo podría impedirse la manipulación de la opinión pública a través de la mistificación, las falsas noticias y las difamaciones que hace posible la tecnología digital? ¿Qué controles y qué garantías de los derechos fundamentales que no degeneren en censuras cabe admitir, con objeto de impedir el acoso y otras formas de violencia, las lesiones de la privacidad, la difusión del odio, las manifestaciones racistas y las consiguientes deformaciones del debate democrático? ¿Cómo se podrá contener la vigilancia panóptica política y social, la transparencia de las personas y esas nuevas formas de lesión de la *privacy* generadas por la posesión de los datos personales de cuantos frecuentan las redes y por el control social y la valoración de cualquier comportamiento, en oposición a la creciente opacidad de los grandes poderes políticos y económicos[3]? ¿Cómo impedir el crecimiento exponencial de las asimetrías de poder y de las desigualdades determinado por el uso de los algoritmos predictivos y por el tratamiento de los datos personales en la construcción de perfiles individuales utilizables por el mercado y por la política en todas las relaciones sociales?

1. S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, il Mulino, Bolonia, 1955, pp. 41-42.

2. Así G. Resta, «Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza»: *Politica del diritto* 2 (2019), p. 233.

3. Sobre el peligro de la panóptica vigilancia digital, cf. S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (2019), trad. it. de P. Bassotti, Luiss University Press, Roma, 2019.

Se trata de problemas enormes, agravados por los tiempos rapidísimos de la innovación tecnológica y por los lentísimos de la protección jurídica e institucional, y por eso de la permanente capacidad de la primera para eludir las garantías cada vez más difíciles proporcionadas por la segunda. No obstante, cabe introducir algunas garantías: como la prohibición a los *provider* de mensajes de tipo violento o racista o, de cualquier forma, lesivos de los derechos fundamentales de las personas, para que la impongan a cuantos transitan por las redes. En Alemania, por ejemplo, en diciembre de 2015, las autoridades impusieron a Facebook, Google o Twitter la obligación de eliminar en veinticuatro horas, asegurada mediante sanciones incluso penales, mensajes lesivos de los derechos humanos —identificables con la ayuda de algoritmos y de glosarios/argumentarios— y el bloqueo temporal o la suspensión permanente de todos los mensajes que contengan amenazas, insultos, acoso, informaciones privadas, incitaciones al odio, agresiones verbales de tipo racista, instigaciones criminales y similares. Estas medidas, se ha precisado, son para la tutela no solo de la seguridad y de la inmunidad frente a difamaciones, sino también de la libertad de manifestación del pensamiento al ser de interés de todos que las personas no huyan de la red porque esta haya sido dejada en manos de los violentos.

Más precisas y rigurosas son las garantías en materia de protección de los datos personales. Al respecto, hay una profunda diferencia entre Estados Unidos, que sustancialmente carece de un sistema eficaz de tutelas en obsequio del libre mercado, y la Unión Europea[4] que, en cambio, en actuación del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, sobre el derecho de cada uno a la protección de sus datos personales, se ha dotado de un complejo aparato normativo: el Reglamento UE n.º 679/2016, al que Italia ha adecuado el viejo Código sobre la Protección de los Datos Personales de 2003, y después la Directiva n.º 770/2019, de 20 de mayo del Parlamento y del Consejo europeos. Se trata de un articulado sistema de garantías en orden a la recogida y tratamiento de tales datos; entendiendo como «dato personal» y como «tratamiento», dice el artículo 4 del Reglamento, «cualquier información relativa a una persona física» apta para identificar, «con o sin la ayuda de procesos automatizados», es decir, de algoritmos, «su situación económica, su salud, sus preferencias personales, sus intereses, su fiabilidad, su comportamiento, su ubicación o sus desplazamientos» como bases de perfiles personalizados utilizables para la contratación de trabajadores, la gestión del personal, de las prestaciones

4. G. Resta, «Governare», cit., pp. 204-205.

sociales, los mensajes publicitarios, las campañas políticas y similares. Recordaré solo algunas de estas garantías: el consenso del interesado en el tratamiento de los propios datos, a excepción de algunas circunstancias expresamente previstas (art. 6); la prohibición, derogable, no obstante, con el consentimiento del interesado, de «tratar los datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical», así como los «datos relativos a la salud, la vida sexual o la orientación sexual» (art. 9); la conservación de los datos «por un periodo de tiempo no superior a la consecución de los fines para los que han sido tratados» (art. 5, 1, e); el derecho del interesado al acceso, el control, la ratificación, la integración o incluso la cancelación de los propios datos personales (arts. 14-17); su derecho a oponerse en cualquier momento a su tratamiento (art. 21); el derecho, en fin, «a no ser sometido a una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado», es decir, en algoritmos, cuando esta «produzca efectos jurídicos que le afecten o que incidan [...] en su persona» (art. 22)[5].

Así resulta confirmada, en el plano del derecho positivo, la concepción teórica de los datos personales, llevada a cabo en el § 4.8, como *bienes personalísimos*, es decir, como bienes no patrimoniales, sino fundamentales, en cuanto elementos constitutivos de la dignidad personal y objeto de derechos de la persona. Aún más explícita, en confirmación de esta tesis, es la afirmación, contenida en el inciso preliminar número 24 de la ya citada Directiva 770/2019, de que tales bienes «no pueden ser considerados una mercancía» y que su «protección [...] es un derecho fundamental». Además, como ha hecho ver Giorgio Resta, numerosas reglas dictadas por el Reglamento UE 679/2016 excluyen una connotación propietaria del derecho a la protección de los datos que comportaría su disponibilidad, prohibida, en cambio, expresamente por el Reglamento, que diseña «un modelo de sustancial inalienabilidad de los datos personales»[6].

5. Sobre el Reglamento UE del 2016 y sobre la disciplina italiana en materia de protección de datos, véase G. Resta, «Governare», cit., pp. 199-236; Íd., «I dati e le informazioni», en G. Alpa y G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, Milán, ²2019, pp. 453-542, e Íd., «Diritti della persona e autonomia contrattuale», *ibid.*, § 3-7. Véase también A. Soro, *Persone in rete. I dati tra persone e diritti*, con la colaboración de Federica Resta, Fazi, Roma, 2018; Íd., *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Baldini e Castoldi, Milán, 2019.

6. G. Resta, «I dati e le informazioni», cit., pp. 458-459. En efecto, sobre la base de tal modelo, observa Resta, el consentimiento del interesado en el tratamiento de los datos no siempre es necesario y tampoco suficiente cuando la disparidad de poder indique que

Sobre esta base, para la tutela de la privacidad, de la autonomía de las personas frente a manipulaciones publicitarias y propagandísticas y, sobre todo, para su sustracción a decisiones automatizadas de tipo discriminatorio, se justifican otras dos ulteriores, elementales garantías en materia de datos personales, como son los relativos a las opiniones políticas, la identidad étnica, la salud y los demás elementos relacionados en el citado artículo 9 del Reglamento UE de 2016. La primera garantía es la prohibición de captación y acumulación de tales datos y, con ello, de formación de bancos de datos personales cuando estos no sean directamente funcionales a las prestaciones para las que los hubieran facilitado los interesados. La segunda es la prohibición de comercio con los archivos o bancos de los mismos datos, tanto más si se hace con desconocimiento de las personas a las que pertenecen.

Naturalmente, estas garantías no bastan para reducir las desigualdades en las *libertades privadas*, y por eso en los grados de libertad resultantes de las disparidades en los poderes de autonomía privada que las actuales tecnologías han hecho crecer en todo caso. Es en la minimización de estas desigualdades y, por tanto, en la maximización de la igualdad en las libertades, donde se puede identificar la democracia liberal según resulta de las garantías de las cuatro *libertades jurídicas* distinguidas en el § 3.4, que serán ilustradas en los parágrafos siguientes. Hablaré, sobre todo, en el § 7.3, de las *libertades de hecho*, garantizadas frente a indebidas limitaciones o restricciones del principio de legalidad penal; en segundo lugar, en el § 7.4, de los *derechos activos de libertad* o *libertades 'de'*, a su vez garantizados por los límites impuestos por ellos al ejercicio de cualquier poder, sea público o privado; en tercer lugar, en el § 7.5, de los *derechos pasivos de libertad*, *inmunidades* o *libertades 'frente a'*, garantizados por los límites impuestos por ellos

su libertad no es plena; además, puede siempre revocarlo, por la absoluta titularidad del derecho, que no dejará de corresponderle, en todo caso. Más aún, en «Diritti della persona e autonomia contrattuale», cit., p. 566, Resta pone de relieve que «la despatrimonialización» de los datos personales «no es una estrategia que, siendo realista, pueda perseguir el derecho, confiando en invertir procesos sociales, económicos y tecnológicos ya fuertemente arraigados a escala global», como lo están muchos servicios digitales, desde el correo electrónico a los *social network*, ofrecidos gratuitamente, no obstante su coste, pero «adecuadamente remunerados —si bien de manera opaca— a través del flujo de los datos personales conectados a cada transacción o con la serie de transacciones que hace posible la activación del servicio» (*ibid.*, p. 550). No obstante, lo que cuenta en el plano teórico es la inalienabilidad de los datos personales, que siguen siendo siempre de titularidad del interesado —por consiguiente, no «mercancías», sino objeto de «derechos fundamentales», como dice la Directiva 2019/770 antes citada— suficiente para cualificarlos como bienes personalísimos y por eso fundamentales.

al ejercicio de los derechos fundamentales activos, sean de libertad o de autonomía; en cuarto lugar, en el § 7.6, de los límites impuestos por las garantías penales y procesales a las restricciones de la *libertad personal* consistentes en la pena privativa de libertad.

7.3. *El garantismo penal. Dos principios de legalidad: legalidad formal y legalidad sustancial. El derecho penal mínimo. La laicidad del derecho y la laicidad de la moral.* La limitación de las *libertades de hecho*, en garantía de los derechos de las personas y de los intereses generales, constituye el papel y el objeto típico del derecho penal, que, por eso, es el lugar del máximo conflicto entre autoridad y libertad, en el que, no por casualidad, maduraron históricamente todos los principios del estado liberal de derecho: el nexo entre libertad y legalidad, la separación entre legislación y jurisdicción, las consiguientes separaciones de derecho y moral, las libertades fundamentales y los límites a los poderes públicos.

La solución de este conflicto está confiada al *principio de legalidad*, es decir, a la garantía de la libertad en orden a todos los comportamientos no prohibidos por la ley, a la que, además, no está permitida la prohibición de los comportamientos inofensivos y no culpables, así como el castigo de las conductas prohibidas de no ser sobre la base de su correcta comprobación procesal. Así pues, existen dos nexos entre legalidad y libertad, correspondientes a los dos principios en los que he descompuesto el principio de legalidad penal desde los § 2.3 y 3.1. El primero es entre libertad y *principio de legalidad en sentido formal* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que es la primera garantía formal en la que se funda la libertad, formulada por el artículo 5 de la *Déclaration* de 1789: «Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que la ley no prescribe»[7]. El segun-

7. Es la clásica máxima de Cicerón, «Omnes legum servi sumus uti liberi esse possumus» (*Pro Cluentio*, cap. LIII). «Mi derecho» escribió Hobbes, «es una libertad que la ley me deja de hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordene» (*Diálogo*, cit., p. 35). Esta concepción de la libertad civil como libertad negativa garantizada por las leyes es el rasgo distintivo de toda la tradición liberal ilustrada: recuérdense J. Locke, *Segundo tratado*, cit., cap. VI, § 57, p. 79: «Si la ley no existe, tampoco hay libertad. Pues la libertad consiste en estar libre de la violencia de los otros, lo cual no puede lograrse donde no hay ley»; Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. IV, p. 150: «la libertad política» existe cuando «nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas»; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § VIII, p. 139: «La opinión que debe formarse cada ciudadano de poder hacer todo lo que no sea contrario a las leyes, sin temer otro inconveniente que el que pueda nacer de la acción misma, es el dogma político que debería ser creído por los pueblos y preconizado por los supremos magistrados con la incorrupta cus-

do nexo es entre liberad y *principio de legalidad en sentido sustancial*, y entre libertad y *principio de lesividad*, que a su vez es la primera garantía sustancial de la libertad que la misma *Déclaration* formula en su artículo 4: «la libertad consiste en la facultad de hacer todo lo que no produce daño a otros». El primer principio, propio del *estado legislativo* de derecho, está dirigido a los jueces, a los que vincula a la aplicación de la ley cualquiera que sea, y por eso garantiza a todos una esfera intangible de libertad respecto de todo aquello que la ley no prohíbe. El segundo principio, propio del *estado constitucional* de derecho, está dirigido al legislador, al que vincula a la prohibición únicamente de los comportamientos que ofendan derechos o bienes ajenos y por eso garantiza a todos una esfera de libertad en relación con los comportamientos no lesivos para terceros, aun cuando sean inmorales. La legalidad, que sobre la base del primer principio es condicionante de la punibilidad, es ella misma la condicionada sobre la base del segundo.

De este modo, la acción conjunta de los dos principios, es decir, la predeterminación legal como delitos únicamente de los comportamientos lesivos para terceros, vale para asegurar no solo la libertad, sino también la igualdad. En efecto, el derecho penal resulta así configurado como derecho penal, no del autor, sino del hecho, en virtud del cual *solo se puede ser castigado por lo que se hace, y no por lo que se es*. Solo las acciones dañosas, cometidas por cualquiera, y no las identidades personales, pueden ser previstas por las leyes y comprobadas por los jueces como presupuestos de efectos jurídicos[8]. Las identidades, sean cuales fueren sus diferencias, son protegidas por el principio de igualdad liberal y por las libertades fundamentales[9]. De aquí se sigue la ex-

todia de las leyes»; Voltaire, *Del governo inglese*, trad. it. de *Questions sur l'Encyclopédie* [1771], en Íd., *Scritti filosofici*, Laterza, Bari, 1972, vol. II, p. 597: «Ser libre significa depender solo de las leyes»; D. Diderot, voz *Liberté civile*, en *Encyclopédie des sciences*, ed. de Livorno, 1773, t. IX, p. 427: «La libertad consiste en no poder ser forzado a hacer algo que la ley no ordena [...] La libertad es el derecho a hacer todo lo que las leyes permiten»; F. M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1799, I, p. 15: «La libertad civil como facultad consiste en poder valerse de los propios derechos sin impedimento alguno. Como dice Cicerón, es la facultad de hacer todo lo que nos plazca siempre que no esté prohibido por la ley». Sobre el nexo entre libertad y legalidad recuérdese, en fin P. Calamandrei, *Sin legalidad no hay libertad* [1944], trad. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2016.

8. «Los mismos delitos serán castigados con las mismas penas, sin distinción alguna de personas» (art. 3 del título I de la Constitución francesa de 1791).

9. «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades», afirma el artículo 29 de la Declaración Universal de 1948, retomando el principio kantiano de la convivencia pacífica de las libertades de todos, «toda persona estará solamente sujeta a las

clusión de toda forma de «derecho penal del enemigo» en oposición al «derecho penal del ciudadano»: fórmula que, al asimilar el derecho penal a la guerra y no a su negación, es la traducción penalista del esquema schmittiano de la oposición amigo/enemigo y reproduce el viejo modelo penal nazi del «tipo normativo de autor» (*Tätertyp*) y el estalinista del «enemigo del pueblo» con sus resultados inevitablemente totalitarios y terroristas[10].

De este modo, el principio penal de legalidad formal y el de legalidad sustancial valen para fundar lo que he llamado el «derecho penal mínimo» como idóneo para minimizar la violencia en la sociedad: no solo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las penas, es decir, de las reacciones, de otro modo informales, a los delitos[11]. Esta minimización discurre por el cauce de las garantías penales y procesales, idóneas para disciplinar ese «terrible poder», como lo llamó Montesquieu, que es el poder punitivo, vinculando su ejercicio —tanto en la previsión legal de los delitos como en su averiguación judicial— a la rígida sujeción a la ley y a los límites impuestos a esta para la tutela de las libertades de las personas. Por lo que al delito se refiere, estos límites son las *garantías penales* o *sustanciales*: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles a los de su lesividad, materialidad de la acción y culpabilidad de sus autores. Por lo que hace al

limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás».

10. La idea de «un derecho penal del enemigo» que debería ser situado junto al «derecho penal del ciudadano» es de Günther Jakobs, «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56; G. Jakobs, «Terroristen als Personen im Recht?»: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4 (2005), pp. 839-851; Íd., «Derecho penal de enemigo», en M. Donini y M. Papa (eds.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè. Milán, 2007, pp. 5-27. Como justamente ha señalado M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, cit., pp. 59-102, la expresión «derecho penal del enemigo» es una contradicción en los términos y una variante actualizada de las doctrinas penales del «tipo de autor» y del «enemigo del pueblo». De la abundante literatura crítica en la materia, véanse M. Donini, «Il diritto penale di fronte al 'nemico'»: *Cassazione penale* 2 (2006), pp. 735-777; R. Zaffaroni, «Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool», en E. Dolcini y C. E. Paliero (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milán, 2006, vol. I, pp. 757-780; F. Resta, «Nemici e criminali. Le logiche del controllo»: *L'Indice penale* I (2006), pp. 181-227; *PiII*, § 16.12, pp. 523-526.

11. Introduje la expresión «derecho penal mínimo» —en polémica con las doctrinas abolicionistas del derecho penal— en «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), pp. 493-524 [trad. cast. de R. Bergalli, H. C. Silveira y J. L. Domínguez, «El derecho penal mínimo»: *Poder y control* 0 (1986), pp. 25 ss., ahora en *El paradigma garantista*, cit., pp. 40 ss.].

proceso, los límites son las *garantías procesales* o *instrumentales*: el juicio contradictorio, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, la oralidad y la publicidad del juicio y, además, la predeterminación del juez natural y la independencia interna y externa de la magistratura[12].

Estas garantías hacen de la jurisdicción, según su modelo teórico diseñado en el § 3.6, una actividad tendencialmente cognoscitiva. Valen para garantizar la inmunidad de las personas frente a penas arbitrarias, en cuanto vinculan el juicio a la comprobación y a la argumentación plausible de la *verdad procesal*, que es la principal fuente de legitimación de la jurisdicción. Precisamente, mientras que las garantías penales —es decir, la taxatividad de las acciones punibles y de sus resultados ofensivos— garantizan la *verificabilidad y* la *falsabilidad* en abstracto de las hipótesis normativas de delito, las garantías procesales —esto es, la carga de la prueba, el derecho de defensa y el juicio público contradictorio, que son la traducción jurídica de elementales principios de la lógica inductiva— garantizan su *verificación y su refutación* en concreto. Obviamente, la verdad procesal es siempre una verdad aproximativa, probabilista en materia de hechos y opinable en lo relativo al derecho, en el sentido ilustrado en el § 3.6. De aquí la ética de la duda y el rechazo de toda arrogancia cognoscitiva: según la epistemología acusatoria, tal verdad es siempre una verdad relativa, refutable en abstracto, gracias a las garantías penales, y, en concreto, gracias a las garantías procesales.

Este principio general de la lógica inductiva, en virtud del cual no es posible alcanzar verdades empíricas absolutas, sino solo verdades relativas, no demostrables, sino solo sustentables mediante pruebas y no desmentidas por pruebas en contrario, vale para la cognición judicial más que para ningún otro tipo de cognición empírica. En efecto, pues el riesgo en la investigación procesal es que se inicie yendo en busca de la verdad, es decir, de las confirmaciones de las propias hipótesis investigativas, y se concluya defendiendo en todo caso la verdad de estas. Es el peligro sobre el que hizo luz Beccaria, que defendió el llamado por él «proceso informativo», basado en la disposición a escuchar las razones

12. Sobre la teoría del garantismo penal remito a *Derecho y razón*, cit., a *PiII*, § 15.10-15.16, pp. 346-379, a *El paradigma garantista*, cit., y a L. Ferrajoli, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, coord. de N. Guzmán, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, 3 vols. Véase también P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.

opuestas y, por eso, a renunciar a las propias hipótesis frente a sus desmentidos, en contra del proceso que él llamó «ofensivo», en el que, escribió, «el juez se convierte en enemigo del reo» y «no indaga la verdad del hecho, sino que busca el delito en el preso, insidiándolo, y cree perder si no lo encuentra, y frustrada la infalibilidad que el hombre se arroga en todas las cosas»[13].

No solo. La ausencia de las garantías, y por eso de límites al arbitrio de los jueces y a la violencia de las penas, determina el desvanecimiento de esa asimetría entre la civilidad del derecho y la incivilidad de los delitos que es el principal factor de legitimación de la jurisdicción, de deslegitimación moral y social de la desviación y, con ello, de la efectividad primaria del derecho penal. Es a causa de esta ausencia como los sistemas punitivos degeneran en sistemas de derecho penal máximo, al mismo tiempo máximamente aflictivos y máximamente ineficientes. Prueba de ello es la explosión de la población carcelaria en Estados Unidos, desde finales de los ochenta en adelante, como consecuencia de la casi generalización del recurso incontrolado —en el 97% de los casos juzgados por la justicia federal y en el 94% de los de las jurisdicciones estatales— a esa verdadera y propia alternativa al justo proceso que es el *plea bargaining*, esto es, la extorsión inquisitiva de la confesión bajo la forma del cambio propuesto al imputado por el *prosecutor* entre la admisión de la culpabilidad, aun siendo inocente, y la reducción de la pena que podría sufrir, cuando, como es habitual, no podría pagar el coste de una defensa, en el supuesto de que quisiera ser llevado a juicio[14].

Del *principio de legalidad formal* introducido por la positivización del derecho y por la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de la jurisdicción se siguen dos corolarios, ambos ilustrados en el § 5.7. El primero es el principio de la separación intrainstitucional entre legislación y jurisdicción, entre producción y aplicación del derecho, así como de

13. C. Beccaria, *De los delitos*, cit., § XVII, pp. 175 y 177; «como si las leyes y el juez», añade Beccaria en el § XXXI, p. 225, «tuvieran interés no en buscar la verdad, sino en probar el delito».

14. La tasa de encarcelamiento en Estados Unidos, análoga a la de los estados europeos en los primeros años ochenta del siglo pasado (96 sobre 100 000 en 1973 y porcentajes poco superiores hasta 1985), subió a 666 cada 100 000 habitantes en 2016, cuando el número de presos en las 4575 cárceles estadounidenses (locales, estatales, federales y privadas de distintos niveles) alcanzó la cifra de 2 145 100 (más del 20% de los presos de todo el mundo, con una población que es un 5% menor de la mundial), sin que mientras tanto se hubieran producido cambios significativos en el número de delitos cometidos. Me parece difícil llamar «acusatorio» a un sistema penal en el que la contradicción efectiva está asegurada solamente en un porcentaje mínimo, entre el 3 y el 5% de los procesos.

la independencia del poder judicial de cualquier otro poder, a comenzar por el legislativo. Precisamente la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción comporta, como entonces se dijo, su independencia de cualquier poder, ya que ningún condicionamiento o dependencia puede hacer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero. El segundo corolario, conectado al primero, es la separación entre derecho y moral. Precisamente porque es derecho todo y solo lo positivamente establecido, es válida, aunque fuera inmoral e injusta, cualquier ley válidamente producida, en cuya aplicación consiste la jurisdicción. «Lo cierto proviene de la autoridad del mismo modo que lo verdadero proviene de la razón», escribió Giambattista Vico[15]. La posible injusticia de la ley es el precio que se paga al principio de legalidad como garantía de certeza, de libertad y de igualdad frente al arbitrio. Esta es la *separación entre derecho y moral en sentido asertivo*, que es un corolario del *principio de legalidad formal* en que se basa el *positivismo jurídico*.

Del *principio de legalidad sustancial* se deriva, en cambio, la misma *separación en sentido prescriptivo*, que es la base del *liberalismo político*: solo las acciones dañosas y no las identidades perversas, enemigas o, en cualquier caso, diversas o antagonistas pueden ser objeto de castigo por parte de la ley. En este segundo principio se funda también el *principio de laicidad*, que equivale a la afirmación de dos recíprocas autonomías, la del derecho de la moral y la de esta respecto de aquel, como esferas, pública una y la otra privada, distintas entre sí y separadas. La primera autonomía —del derecho respecto de la moral— vale para fundar la *laicidad del derecho*, es decir, su independencia de las pretensiones de cualquier cultura, ideología o religión de modelarlo sobre la base de sus principios solo porque postulados por ella como morales. La segunda autonomía —de la moral frente al derecho— vale para fundar la *laicidad de la moral*, esto es, su independencia de cuanto establece el derecho y, más en general, de cualquier sistema de normas heterónomas. En ambos casos, como se dijo en el § 3.1, el principio de laicidad implica el rechazo del objetivismo y del cognoscitivismo moral[16].

15. *De universi iuris uno principio et fine uno* [1720], trad. it. de C. Sarchi [1866], ahora en *Opere giuridiche. Il diritto universale*, ed. de P. Cristofolini, Sansoni, Florencia, 1974, lib. I, cap. LXXXIII, p. 100.

16. Sobre esta cuestión remito a mis *PilI*, § 13.11 y 15.2, pp. 57-61 y 303-308; «Universalismo e multiculturalismo», cit., pp. 37-45; «El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-jusnaturalismo», trad. cast. de N. Guzmán: *Doxa* 34 (2011), § 5, pp. 339-344; «La scelta come fondamento ultimo della morale»: *Teoria politica* (2012), pp. 177-185; *La democracia a través de los derechos*, cit., pp. 90-95; «Laicità e libertà»: *Quaderni laici* 13 (2014), pp. 11 ss.

El derecho y el estado, en virtud de su laicidad, no encarnan valores morales y tampoco tienen el cometido de afirmar, sostener o reforzar la (o una determinada) moral o una cierta cultura, religión o ideología, ni siquiera de tipo laico o civil, estando, por el contrario, obligados a la *neutralidad moral, ideológica y cultural*, en garantía de las libertades de todos. No deben inmiscuirse en la vida moral y privada de los ciudadanos, defendiéndolos o imponiéndoles estilos de vida, creencias ideológicas o religiosas, opciones políticas o culturales. Haciendo uso del lenguaje evangélico, no deben apoderarse «de lo que es de Dios», o bien, para quien no sea creyente, de la conciencia moral, y que, precisamente, la Iglesia católica, de forma paradójica, querría «dar al césar» con su pretensión de que el derecho invada las conciencias y regule las opciones morales de los ciudadanos. Su tarea es solo tutelar a las personas garantizándoles la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la convivencia pacífica, *ne cives ad arma veniant*. Y lo cumplen mediante la estipulación y la garantía, en el pacto constitucional, de las *libertades jurídicas* positivizadas como derechos de libertad, que equivalen todas a otros tantos derechos a la propia identidad diferente, así como del principio de ofensividad, en virtud del cual las libertades de hecho solo pueden ser limitadas por prohibiciones de comportamientos que ocasionen daños a terceros.

A la inversa, la moral laica no es derivable de lo que dice el derecho con sus normas heterónomas, fundándose, por el contrario, si vivida con autenticidad, en la autonomía de las conciencias individuales. Antes bien, es en el rechazo de todo gobierno heterónomo de las conciencias donde residen, no solo la laicidad, sino también la autenticidad de la moral. Al contrario de lo que sucede con la ética dictada por las religiones, que es una ética heterónoma no diferente del derecho, hasta el punto de ser concebida y fundada por la propia Iglesia católica como «derecho natural», la ética laica se funda en la *libertad moral* tal como ha sido aquí definida en el § 3.4, es decir, como capacidad de autodeterminarse con independencia de lo que diga el derecho o cualquier otra autoridad. En esta perspectiva, la acción moral no es un medio para evitar el infierno o para alcanzar el paraíso, y menos aún para evitar sanciones terrenas o de otra naturaleza. Por el contrario, su autenticidad moral consiste en su valor como fin en sí misma porque tiene en sí misma su recompensa —como la acción inmoral tiene en sí misma su propia sanción—, de modo que no solo no pretende, sino que excluye el auxilio del brazo armado del estado.

Se entiende, pues, que las dos separaciones de derecho y moral —en sentido asertivo, que será mejor llamar *distinción*, y en sentido prescrip-

tivo, para la que se puede reservar el nombre de *separación*— estén conectadas lógicamente, como lo están las tesis opuestas de la confusión. En efecto, pues precisamente el reconocimiento de la pluralidad de las morales y de las culturas impone, para la convivencia pacífica de las diferencias culturales, morales, políticas y religiosas, el papel garantista asegurado por el *principio de legalidad formal*, en virtud del cual somos libres de hacer todo lo que la ley no impone o no prohíbe, en garantía de la igualdad y de las libertades de los ciudadanos frente al arbitrio judicial o policial. Al mismo tiempo, precisamente la diversidad de los diferentes puntos de vista morales, religiosos, ideológicos y culturales excluye como inadmisible la pretensión de que alguno de ellos pueda modelar el derecho a su imagen e impone, como pacto social de convivencia, el papel garantista asegurado, en materia penal, por el *principio de legalidad sustancial*, es decir, por los requisitos de la *materialidad* y de la *ofensividad* de los hechos previstos como delitos, en virtud de los cuales no son punibles las opiniones, los actos internos, o las identidades religiosas, culturales o políticas de las personas, sino solo las acciones que ocasionen daños a terceros, en garantía de la máxima libertad de cada uno compatible, según la fórmula kantiana, con las libertades de los demás.

7.4. *El garantismo liberal. Los derechos activos de libertad como derechos cuya garantía es una condición de la democracia política. Las garantías de la libertad de prensa.* Se ha dicho que el principio de legalidad, tanto en sentido formal como sustancial, es la principal garantía de las libertades. Tal garantía y, en particular, la garantía de los *derechos activos de libertad* es, por un lado, una condición necesaria y, por otro, un límite sustancial de la democracia política. En efecto, todas las libertades activas —la libertad de reunión, la de asociación, la de palabra y la de prensa— son derechos cuya garantía es un corolario del *principio de heterogeneidad* en el que se basa la democracia política. En el estado constitucional de derecho, estas son un *límite* a la democracia política al ser su respeto por parte de los actos legislativos de gobierno una condición necesaria de su validez sustancial y su violación una causa de invalidez sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad. Pero, sobre todo, son el *presupuesto* necesario del ejercicio informado y consciente de los derechos políticos, cuya efectividad requiere la libertad del disenso y de la crítica, el pluralismo y el conflicto consiguientes a la libre afirmación y expresión de todas las diferencias, a comenzar por las de opiniones políticas. Por eso, las llamadas «democracias iliberales» o «democraturas» —como Turquía, Rusia o la actual

Hungría—, aunque en ellas se celebren periódicamente elecciones, no son tampoco «democracias». Es, en efecto, en la libertad política, según se manifiesta en el conflicto social y político, comenzando por la lucha de clases, donde reside la democracia política activa, según ha sido aquí definida en el § 6.6[17].

Directa o indirectamente, todos los derechos de libertad, consistentes en libertades-facultad, son reconducibles a la libertad de manifestación del pensamiento. Indirectamente lo son también la libertad de reunión y la de asociación, que son libertades colectivas en gran parte equivalentes a la de palabra. En efecto, reuniones y asociaciones son los únicos *media* en los que quienes no escriben en los periódicos o no hablan en televisión tienen la posibilidad de discutir y confrontarse con las personas con las que se reúnen o asocian. «La reunión es el medio, el vehículo de la transmisión de las ideas» entre los pobres, declaró Filippo Turati en marzo de 1900, con ocasión del debate parlamentario sobre los decretos del gobierno Pelloux contra los derechos de reunión y de asociación, en respuesta a Sidney Sonnino, que frente a ellos había considerado suficiente la «moderna» libertad de prensa[18]. No solo. Los derechos de reunión y asociación, comenzando por el derecho de asociarse en partidos y sindicatos, son además los presupuestos esenciales del ejercicio de los derechos políticos. No por casualidad, tales derechos no estaban previstos ni garantizados por las primeras constituciones liberales, que desconfiaban de toda forma de organización social intermedia,

17. Merecen ser recordadas las palabras de Piero Gobetti, *La rivoluzione liberale*, cit., III, p. 146: «La lucha de clases ha sido el *experimentum crucis* de la práctica liberal; solo a través de la lucha de clases el liberalismo puede demostrar su riqueza. Esta representa en política la parte que correspondió en economía al fenómeno del cambio y del comercio [...] Solo la lucha, al tiempo que condiciona el surgimiento de las iniciativas, garantiza la libertad de los individuos». «La verdadera contradicción», escribió además Gobetti, «no se da entre dictadura y libertad, sino entre libertad y unanimidad» (*ibid.*, I, p. 9).

18. «Nosotros nos reunimos para entendernos, para confraternizar en los mismos entusiasmos, para pensar juntos en los remedios para los males comunes. Así ocurre que, por ejemplo, un artículo de periódico al suscitar una determinada cuestión, estimula en los lectores la necesidad de reunirse para debatirla; y la reunión y la discusión estimulan la necesidad de que la prensa dé cuenta de ella, amplíe su alcance, ilustre o refute los distintos puntos de vista. En definitiva, estas varias libertades se mantienen, se suponen, se enlazan de tal modo que no es posible herir a una de ellas sin lesionar a la otra» (*Il diritto di riunione. Discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 13 marzo 1900*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1900, pp. 94-95). El pasaje está citado por V. Pazé, «Libertà di riunione e di associazione», en M. Bovero (ed.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 165.

autónoma e informal, advertida como amenaza subversiva o sediciosa para la estabilidad política[19].

Naturalmente, la principal libertad de expresión del pensamiento es la libertad de prensa. En relación con esta fundamental libertad se plantean problemas graves y difíciles, generados por la multiplicidad de los derechos y de los intereses implicados en ella y en potencial conflicto. No solo la libertad de manifestación del pensamiento por medio de la prensa, que es un derecho fundamental de libertad, sino también la propiedad de los medios de información y difusión del pensamiento, que es un derecho patrimonial real, y la libertad de empresa periodística o editorial, que es un derecho civil de autonomía privada; y no solo el derecho de información de los periodistas y su derecho e interés a la libre manifestación de su pensamiento, sino también el derecho de los ciudadanos y, por otra parte, el interés público en una información independiente, lo menos condicionada posible por intereses políticos o económicos extraños a ella. En efecto, la propiedad privada de los *media* —de los periódicos y las televisiones— y el derecho de autonomía civil que preside su utilización, son derechos-poder que, en ausencia de garantías idóneas, generan siempre el riesgo de limitar o condicionar el ejercicio de la libertad de prensa y de producir una anómala apropiación privada de la libertad de información, tanto más grave cuando, como ha ocurrido en Italia, se produce en manos de una fuerza política en el gobierno. A causa de la confusión entre los tres derechos que acaban de mencionarse —la libertad de prensa y de información, la libertad de empresa periodística y la propiedad de los *media*— el primero de estos derechos, es decir, la libertad de prensa, resulta de hecho subordinado a los otros dos, es decir, a la libertad empresarial y a la propiedad de

19. Las libertades de reunión y de asociación no se mencionan en la Declaración de 1789. Es más, fueron excluidas por la Ley Le Chapelier del 14 de junio de 1791 y después por los artículos 18 y 360-363 de la Constitución francesa de 22 de agosto de 1795, a causa de la conocida aversión de la ideología revolucionaria, de ascendencia rousseauniana, a los cuerpos intermedios y las asociaciones. La primera afirmación de los dos derechos se produjo con el artículo 8 de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848: «Los ciudadanos tienen derecho a asociarse y a reunirse pacíficamente y sin armas». Pero una ley de 25 de marzo de 1852 restableció la autorización previa del gobierno prevista en el Código Penal de 1810. Fue con una ley de 1 de agosto de 1901 cuando se afirmó en Francia la plena libertad de asociación. En Italia, el artículo 32 del Estatuto Albertino de 1848, después de haber reconocido «el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, conforme a la ley», establecía que «esta disposición no es aplicable a las reuniones en lugares públicos, o abiertos al público, que permanecen enteramente sujetos a las leyes de policía». En Italia existe todavía el delito de «reunión sediciosa» previsto en el artículo 655 del Código Penal.

los medios de información, que son derechos que no tienen nada que ver con la libertad de prensa y de información, de la que solo son titulares las personas físicas que escriben o informan. Esto tiene una confirmación en la letra de gran parte de las constituciones. Por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución italiana tutela la libre manifestación del «propio» pensamiento que, obviamente, no es el del empresario o del propietario si no en los casos en que estos escriban o hablen personalmente en sus periódicos y en sus televisiones: es, simplemente, el pensamiento de quien lo manifiesta y que tiene el derecho de manifestarlo «con la palabra, por escrito y por cualquier otro medio de difusión»[20].

La confusión entre los tres derechos antes distinguidos y la consiguiente subordinación de la libertad de prensa a la propiedad de los *media* y al derecho civil de autonomía empresarial se dan hasta tal punto por descontadas que las mismas críticas a tal subordinación y los intentos de ponerle remedio han apuntado siempre, incluso en los pronunciamientos más avanzados de la Corte Constitucional italiana, de manera exclusiva a la concentración de los medios de información, por la que resultan violadas la libre concurrencia entre cabeceras y, consecuentemente, el pluralismo de la información[21]; como si la libertad de prensa y de información fuera una variable dependiente del mercado en vez de un principio y un derecho constitucionalmente establecido, y su defensa debiera estar únicamente confiada al pluralismo de los propietarios de los medios de información y no garantizada como un valor fin en sí mismo; en síntesis, como si la garantía de la prensa libre, decisiva en la formación de la opinión pública y en el funcionamiento de la democracia política, fuese un problema de *antitrust* y no un problema autónomo de libertad y democracia. De este modo, las opiniones y las informaciones se gestionan como mercancías por la propiedad de los medios de información, sin siquiera la garantía, existente para cualquier otro producto, de que al consumidor-lector no se le venda mercancía averiada. Falta, en suma, el desarrollo de técnicas de garantía del derecho de información y del derecho a la información a la altura de las crecientes agresiones y limitaciones que para ellos se derivan de la propiedad de los medios de comunicación.

De nuevo, sale aquí a la luz, de la manera más clamorosa y ejemplar, el equívoco teórico ya señalado de la confusión liberista entre propie-

20. Es lo que exige también el artículo 5 de la Ley Fundamental alemana: «todos tienen derecho a expresar y difundir libremente *sus* opiniones con palabras, escritos e imágenes».

21. Así las sentencias de la Corte Constitucional italiana nn.º 148/1981, 826/1988 y 466/2002, sobre el valor del pluralismo.

dad y libertad: entre la libertad de información, que es un derecho fundamental de todos, la propiedad privada de los medios de información, que es un derecho patrimonial y a la vez un poder, y los derechos fundamentales de autonomía empresarial que son asimismo poderes. Por eso la distinción conceptual y la separación normativa entre estas tres situaciones que deben distinguirse y asegurarse, no solo en garantía de la libertad de prensa, sino también del funcionamiento de la democracia política. Hay al menos dos reglas, recibidas de la tradición teórica del estado de derecho, a las que, como todo poder, debería estar sujeta la propiedad de los *media* para impedir su acumulación en formas absolutas. La primera regla es su sujeción a la ley, es decir, a límites y vínculos idóneos para garantizar la libertad de información y, al mismo tiempo, el derecho o en todo caso el interés público a la información. La segunda es la separación de poderes, en garantía no solo de la democracia liberal, es esto es, de la libertad de prensa de cualquier poder, tanto político como económico, sino también de la democracia económica o civil, que, como se dijo en el capítulo precedente, comporta también la sujeción de los poderes económicos a los derechos fundamentales.

En suma, si es cierto que la libertad de prensa es no menos esencial a la democracia que el derecho de sufragio, y que siempre corre el riesgo de ser devorada por su confusión con la propiedad, entonces resulta necesario someter el poder de las empresas periodísticas, televisivas y telemáticas, públicas o privadas, a límites y a vínculos idóneos para garantizar la independencia y con ello la libertad de prensa e información, así como el derecho a una información no manipulada. Es obvio que no se trata de una operación simple. Y, sin embargo, un estatuto de los derechos de los periodistas podría muy bien reducir el poder de la propiedad con múltiples garantías: la elección o al menos la intervención decisiva de las redacciones en la designación de los directores de las cabeceras; la atribución a autoridades de garantía independientes del específico papel de tutela de la libertad de los periodistas y de la autonomía de las redacciones; la prohibición de despidos o discriminaciones de los periodistas por el carácter de las noticias o por razón de las opiniones expresadas; la prohibición de injerencia de la propiedad en las decisiones de las redacciones y en sus orientaciones; la previsión, en fin, de financiamientos públicos expresamente condicionados a la ausencia de controles patronales e inversamente proporcionales al monto de los ingresos publicitarios[22].

22. Para una argumentación más amplia de este conjunto de garantías de la libertad de información, remito a *PiII*, § 15.7 y 15.22, pp. 329-335 y 403-411, y a *Poderes sal-*

7.5. *Las libertades-inmunidad fundamentales. Cuestiones de bioderecho. El embrión y el feto son personas si y solo si concebidas como tales por la madre.* En el vértice de las cuatro libertades distinguidas en el § 3.4 he colocado, como límites no limitables por otros derechos o poderes, las *libertades-inmunidad*: el derecho a la vida, la libertad de conciencia, y la inmunidad a torturas y violencias, garantizadas por el derecho penal a través de la configuración de sus lesiones como delitos. Ya he hablado, en el § 5.10, de la limitación de la libertad personal y de las libertades de circulación y de reunión que las medidas de emergencia adoptadas para la tutela del derecho a la vida frente a la pandemia del coronavirus han hecho necesarias. Hablaré ahora de una clase específica de inmunidades a constricciones, que está en el centro del debate de la bioética y del bioderecho, y que consiste en la autodeterminación de la persona en materia de inicio y fin de la vida: en primer lugar, la autodeterminación en materia de maternidad; en segundo lugar, la autodeterminación tal como se manifiesta en el derecho de la persona a morir de muerte natural. En ambos casos se trata de dos corolarios del derecho sobre sí mismos expresado en la clásica máxima de John Stuart Mill: «Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano»[23].

La cuestión jurídica del aborto es seguramente la más dramática y debatida, a causa del conflicto a que da lugar, entre autodeterminación de la maternidad y tutela de la potencial persona representada por el feto. Previa, al respecto, es la cuestión de la naturaleza del feto —si es o no persona—, que además no es una cuestión empírica, sino una cuestión moral al ser «persona» un término del lenguaje moral. Se puede saber (y sabemos) exactamente todo sobre las características empíricas del embrión en las distintas fases de la gestación; y, no obstante, el hecho de que la vida comience antes del nacimiento, siendo algo cierto, no permite deducir que el embrión o el feto son personas al ser su calificación como «personas» un juicio moral que, por la ley de Hume, no puede ser deducido de un juicio de hecho. De aquí se sigue, debido a la pluralidad de las ideas morales sobre la cuestión, que el cometido del derecho es solo establecer un principio que haga compatible la tutela del feto en cuanto persona potencial y la tutela de la mujer que, precisamente

vajes. La crisis de la democracia constitucional, trad. cast. y prólogo de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, [2]2011, § 2.4, 3.4 y 4.4, pp. 61-64, 79-82 y 100-105.

23. J. S. Mill, *Sobre la libertad*, trad. cast. de N. Rodríguez Salmones, prólogo de I. Berlin, Alianza, Madrid, 1970, Introducción, p. 66.

como persona, con base en la segunda máxima de la moral kantiana, no puede ser tratada como un medio para fines ajenos[24].

A mi juicio, este principio es aquel según el cual el embrión es merecedor de tutela si y solo si es pensado y querido por la madre como persona. El fundamento moral de la tesis metajurídica y metamoral de la no punibilidad del aborto durante un cierto periodo de tiempo desde la concepción —tres meses según la ley italiana n.º 194/1978, de 22 de mayo— consiste no tanto en la idea de que el embrión no sea una potencialidad de persona, sino en la tesis moral de que la decisión sobre la naturaleza de «persona» del embrión debe encomendarse, con el tiempo necesario para madurarla, a la autonomía moral de la mujer que es la posible madre. En efecto, confiar a la libertad de conciencia de la mujer la decisión moral de que el feto que lleva en su seno es una futura «persona», equivale a la tesis moral de que «persona», en cuanto tal merecedora de tutela, es el ser nacido o en todo caso destinado por la madre a nacer, y que por eso la procreación, al igual que la persona, no es solo un hecho biológico, sino también un acto moral de voluntad. Es ese acto de voluntad, en virtud del cual la madre lo *concibe* como persona, lo que confiere al feto el valor de futura persona y por eso crea la persona. En suma, se puede anticipar el nacimiento de la futura persona a antes del parto, siempre que sea claro que esta está ligada al acto con el que la mujer se piensa y se quiere como «madre» y piensa y quiere al feto como «hijo». Según este punto de vista moral, la madre da vida no solo a un cuerpo, sino también a una persona, cuando piense al *nasciturus* como a un hijo. Si es verdad que el embrión tiene necesidad de la madre para ser puesto en el mundo, entonces la voluntad y la decisión de ponerlo en el mundo determinan, performativamente, su naturaleza de futura persona.

Pero hay otras razones, de carácter fáctico, que excluyen como irracional la punibilidad del aborto, cualquiera que sea el juicio moral sobre él. Como lo ha probado la experiencia italiana, los únicos efectos de la

24. «El hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real» (I. Kant, «Principios metafísicos», cap. tercero, § 49, E, en *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166); «el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad)» (Íd., «Principios metafísicos de la doctrina de la virtud», § 38, en *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 335). La misma contraposición axiológica entre persona y cosas fue expresada por Beccaria: «No hay libertad cuando las leyes permitan que en algunas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*» (*De los delitos*, cit., § XX, p. 185).

prohibición penal han sido la conversión en clandestinas y la dramatización de las prácticas abortivas que, tras la despenalización, han caído, reduciéndose casi a la mitad. Por eso resulta indiscutible, con esa base empírica, que la penalización del aborto no puede ser racionalmente invocada tampoco para defender la vida de los fetos, ya que no equivale, por arte de magia, a prevenir los abortos, sino a la difusión del aborto ilegal y clandestino masivo, en magnitudes mayores y, en cualquier caso, no menores que las del aborto legalizado, con el coste añadido de enormes sufrimientos, cambios de vida y lesiones graves a la salud y la dignidad de las mujeres, constreñidas a elegir entre aborto clandestino y maternidad coactiva. La defensa de la punibilidad del aborto como defensa solo de la afirmación jurídica, fin en sí misma, de un principio moral[25], incluso a costa de los enormes daños ocasionados por esta a millones de seres humanos, es la posición que, en metaética tiene un nombre específico: «fanatismo»[26]. Esta contradice además el primero, elemental fundamento del derecho penal moderno: la justificación de las intervenciones punitivas solo si idóneas para prevenir daños a las personas sin ocasionar efectos aún más dañosos —en este caso al feto y a las mujeres— de los que podría impedir.

Otra cuestión es la que se plantea en la materia del final de la vida. Los encarnizamientos terapéuticos contra quien simplemente desea morir de muerte natural no solo lesionan la libre autodeterminación subyacente a la prohibición de tratamientos sanitarios obligatorios formulada, en Italia, por el artículo 32 de la Constitución. Además, violan la dignidad de la persona y su inmunidad frente a torturas. Y es que, en efecto, la condición en la que se encuentra una persona constreñida a vivir capturada por una máquina y sometida, sin su consentimiento, a alimentación e hidratación forzadas, es una auténtica tortura. Si ocurre que la persona se encuentra en una situación de coma irreversible, como sucedió con Eluana Englaro, los casos son dos: o está privada de cualquier forma de conciencia y de sensibilidad, y entonces el cese del encarnizamiento terapéutico viene impuesto por el deber de respetar la identidad y la dignidad de la persona; o bien, como sostienen generalmente los sedicentes defensores de la vida, tiene algún tipo de sensibi-

25. «Cualquier normativa sobre el aborto requiere ante todo que la ley lo reconozca como delito. Y esto comporta, también por razones educativas, la previsión de penas» («Aborto e legge di aborto. Documento del Consiglio permanente della Conferenza Episcopale Italiana» de 8 de febrero de 1975, cit., en C. Papa, *Dibattito sull'aborto*, Guaraldi, Rímini-Florencia, 1975, p. 61).

26. Así R. M. Hare, *Libertà e ragione* [1963], trad. it. de M. Borioni, Il Saggiatore, Milán, 1971, cap. IX, pp. 213-247.

lidad consciente, y entonces su mantenimiento artificial con vida, además de lesivo para su dignidad de persona, sería atroz. Piénsese en el horror y el terror de quien, con el mínimo de consciencia, sin posibilidad de comunicarse de algún modo, comprendiera haber sido condenado a una inmovilidad y una situación de prisión infinita, a una soledad espantosa en cuanto sin salvación y sin fin, como cautivo de su propio cuerpo y de las máquinas que lo nutren, sin posibilidad de moverse, de cambiar de posición, de hablar, de sentir, de ver. Es semejante pesadilla —más monstruosa que cualquier tortura— la que hay que imaginar cuando se defiende la obligación de hidratar y alimentar a la fuerza al que está en coma.

En todos estos casos lo requerido es un paso atrás del derecho, en garantía de la libre autodeterminación de la persona. En contra de las tesis de las jerarquías católicas, hay que reconocer los límites que encuentra el derecho en estas delicadas cuestiones. Un primer límite es el de su tendencial falta de efectividad. La experiencia del aborto debería servir de enseñanza. En materias como estas, cualesquiera que fueren nuestras opiniones filosófico-jurídicas y filosófico-morales, el derecho, sobre todo penal, está destinado a no ser efectivo y a producir simplemente el refugio en la clandestinidad de los fenómenos que quiere prohibir o limitar. El segundo límite es el del carácter general y abstracto de las normas jurídicas, bastante a menudo en contraste con la singularidad irrepetible de las situaciones más dramáticas y controvertidas que requieren opciones trágicas no predeterminables sin resultar dañosas. Por consiguiente, si la intervención del derecho resulta inevitable, como en el caso de conflictos entre los derechos fundamentales de varias personas, será generalmente más apropiado que se produzca bajo la forma de la decisión *equitativa* del juez, y no en la abstracta de la ley[27].

7.6. *La pena carcelaria como contradicción institucional. Seguridad efectiva e inseguridad imaginaria. Por la reducción de la cárcel y por un sistema de penas alternativas.* Hay una inmunidad específica que, en contraste con lo hasta aquí puesto de relieve en orden a las libertades-inmunidad

27. En este sentido, S. Rodotà, «Modelli culturali e orizzonti della bioetica», en Íd. (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 421 ss., que se pronuncia por «una legislación *abierta, elástica* y *ligera*» (*ibid.*, p. 430); Íd., *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bolonia, 1995, cap. V, pp. 146-149 y, con mayor amplitud, Íd., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. cast. de A. Greppi, prólogo de J. L. Piñar Mañas, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, en el amplio y estimulante capítulo I, titulado «El derecho y su límite», pp. 29-91.

como límites no limitables por otras libertades, constituye el objeto de la principal limitación producida por el ejercicio de la jurisdicción penal: la libertad personal, cuya supresión temporal o permanente mediante la pena de prisión está predispuesta, por la ley penal, como sanción de las violaciones de las demás libertades-inmunidad o de otros derechos, bienes o intereses fundamentales.

Esta es una paradoja habitualmente eliminada de la cultura penalista, que siempre ha descuidado el tema de la pena. De los dos términos de la hendíadis *De los delitos y de las penas* que da título a la obra de Beccaria, la doctrina se ha ocupado prevalentemente del primero, y bastante menos del segundo. La dogmática del derecho penal se ha desarrollado sobre todo en torno a la teoría del delito pero no en torno a la teoría de la pena. Solo en años recientes la cárcel ha sido objeto de estudio, además, sobre todo, por obra, no de penalistas, sino de filósofos, sociólogos del derecho, criminólogos y constitucionalistas[28]. La cárcel sigue siendo aún hoy un mundo ampliamente ignorado por la cultura jurídica: separado no solo en cuanto lugar de segregación de seres humanos, sino también como tema en gran parte extraño, como obje-

28. De los estudios sobre la cárcel, me limito a recordar: M. Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* [1975], trad. cast. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976; D. Melossi y M. Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, ed. de J. Tula, Siglo XXI, México, 1977; M. Pavarini, *L'esecuzione penitenziaria*, Utet, Turín, 1995; Íd., *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Martina, Bolonia 1996; Íd., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bononia University Press, Bolonia, 2013; M. Graziosi, «Le rivolte dei detenuti nel biennio '68-'69»: *Parolechiave* 18 (1998), pp. 159-188; L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, trad. cast. de H. Pons, Alianza, Madrid, 2000; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Turín, 2002; Íd., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011; Íd. y S. Talini (eds.), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017; L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006; M. Palma, «Ristretti e detenuti: la situazione europea»: *Questione Giustizia* 2-3 (2004), pp. 436-452; I. Rivera Beiras, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006; A. Margara, «Sorvegliare e punire: storia di 50 anni in carcere»: *Questione giustizia* 5 (2009), pp. 89-110; G. Salvi, «Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico», *ibid.*, pp. 122-150; S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziaria. Carcere, pena e mutamento sociale*, Ediesse, Roma, 2013; L. Manconi y G. Torrente, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci, Roma, 2015; P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri, diritti*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2016; P. Gonnella y D. Ippolito (eds.), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Edizioni dell'Asino, Roma, 2019; M. Bortolato y E. Vigna, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2020.

to de reflexión teórica y de investigación empírica, a los mismos estudios de derecho penal.

Además de la cuestión de la legitimidad de la privación de la libertad personal en que consiste la pena de prisión, vuelve a replantearse, también a causa de los fracasos de los excesos punitivos con los fines de la seguridad, la cuestión de su racionalidad. Se trata de una cuestión distinta por completo de la de la legitimidad de la pena. La pena, rodeada del conjunto de garantías que son propias del derecho penal y procesal, es esencialmente en sí misma una garantía. Es la alternativa a la ley del más fuerte —a la venganza privada, al Far West del hacerse justicia por sí mismo, a los castigos informales por parte de la policía, al terrorismo punitivo de los sistemas penales iliberales— que regirían en su ausencia. En contra de las ilusiones de las doctrinas abolicionistas desarrolladas en los años setenta y ochenta del pasado siglo, la verdadera utopía no es la abolición del derecho penal, sino la actuación de su modelo garantista, más precisamente, el *derecho penal mínimo*, cuya abolición equivaldría a la abdicación de su papel de minimización de la violencia en la sociedad —no solo de la violencia de los delitos, sino también de las reacciones informales a los delitos— y se resolvería en la regresión al estado de naturaleza. Por eso, la defensa de la pena y del derecho penal es todo uno con la defensa de la ley del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso el imputado y en el momento de la pena el condenado. En síntesis, equivale a la garantía de que mientras en relación con los delitos se den reacciones consistentes en infligir sufrimientos a sus autores, estas reacciones punitivas deberán producirse en las formas jurídicas del proceso y de la pena.

Otra cosa es la cárcel. Como se sabe, esta pena se afirmó como principal en la Edad Moderna, como alternativa a las penas corporales, a la pena de muerte y a los suplicios, y como factor de racionalización y de humanización del derecho penal. Según su modelo teórico y normativo, debería consistir en una pena igual, entera y taxativamente determinada por la ley: en la privación únicamente de la libertad personal, es decir, de un tiempo de esta abstracto y predeterminado, cualitativamente igual, aunque cuantitativamente diferenciado y graduable por el legislador, y luego por el juez, en proporción a la gravedad del delito cometido. Todos los demás derechos fundamentales —el derecho a la integridad física, a la inmunidad a torturas o malos tratos, las clásicas libertades fundamentales, de la de manifestación del pensamiento a las de reunión y asociación, hasta el derecho a la salud y a la educación— resultan en principio reconocidos al preso como derechos universales e

inviolables, que corresponden a todos y también a este, cuya persona, confiada a las instituciones públicas, debería ser más que nunca considerada inviolable[29].

Después de más de dos siglos de centralidad de la pena de cárcel —hoy difundida en todo el mundo, con más de diez millones de personas en prisión[30]— hay que preguntarse si esta «pureza» de la pena de cárcel diseñada por su modelo teórico y normativo, como exclusiva privación de la libertad personal y garantía de todos los demás derechos de la persona, cualitativamente igual y enteramente sujeta al derecho, resulta posible, antes de ser aplicada en concreto; en síntesis, si la pena de cárcel es una pena que satisface realmente sus principios teóricos de justificación y, previamente, si está en condiciones de satisfacerlos.

La experiencia histórica de casi todas las cárceles del mundo vale para desmentir dramáticamente este modelo ideal. Nos hace ver que la reclusión carcelaria contradice inevitablemente todos los principios —de legalidad, de igualdad y de dignidad de la persona— en los que se funda el estado de derecho. A causa de su carácter de institución total, la cárcel no es —porque no puede ser— simple limitación de la libertad personal, como lo querrían el principio de legalidad y el de taxatividad, sino mil otros sufrimientos, inevitablemente desiguales de una cárcel a otra y de uno a otro preso: por las diferencias en materia de espacios comunes, de habitabilidad de las celdas, de duchas, de horas al aire libre, de condiciones higiénicas y sanitarias; por las innumerables prescripciones y sobre todo prohibiciones a las que está sujeta la vida cotidiana de los presos, muchas de las cuales son distintas en cada centro; por las grandes y pequeñas vejaciones a las que están sometidos, con violación de sus derechos fundamentales. De hecho, tras los muros de gran parte de las cárceles, rige la ley del más fuerte, y resulta posible todo arbitrio, toda violencia, toda violación de derechos, toda lesión de la dignidad de las personas, en las relaciones de los presos entre sí y con los funcionarios encargados de su custodia. En muchas cárceles se organizan bandas, se forman y consolidan mafias, se consuman chantajes, aco-

29. Es lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia n.º 26/1999.

30. Precisamente, según los datos recogidos en el sitio International Centre for Prison Studies de Londres, en octubre de 2015 el número de presos en el mundo era de 10 350 000, sin contar los migrantes recluidos en centros administrativos. La tasa de prisión más alta del mundo (666 por cada 100 000 habitantes), como se ha visto *supra* en la nota 14, es la de Estados Unidos. Siguen China, con más de 1 600 000 presos, sin contar con los sujetos a prisión preventiva y en privación administrativa de libertad; Rusia, con 630 155 presos (436 por cada 100 000 habitantes) y Brasil, con más de 600 000 presos (300 por cada 100 000 habitantes).

sos, sevicias, ajustes de cuentas y cotidianas violencias, de las que solo ocasionalmente el mundo externo tiene noticia. En las cárceles italianas, que no están entre las peores, en los últimos veinte años, de 2000 a 2019, a causa de estas condiciones, se han producido 1088 suicidios, muchos de ellos de personas que se proclamaban inocentes.

En suma, la cárcel es, bajo muchos aspectos, una contradicción institucional. Es una institución creada por la ley en la que rige, más que el gobierno de las leyes, el gobierno de los hombres. Es una institución pública destinada a la custodia de los ciudadanos, cuyos derechos fundamentales más elementales, sin embargo, generalmente no consigue garantizar. Constituye una sociedad completamente artificial, producida por el derecho, que, no obstante, reproduce de hecho en su interior el estado de naturaleza, donde a la máxima seguridad externa se acompaña la mayor inseguridad interna. Es un lugar de expiación en el que, en principio, debería realizarse la máxima igualdad frente a la ley y que, en cambio, manifiesta de hecho la máxima discriminación clasista al estar poblado casi enteramente por sujetos débiles, económica y socialmente marginados: inmigrantes, tóxicodependientes, desempleados y subempleados. Debería ser una pena taxativamente determinada por la ley, como privación de un tiempo de libertad, y es un conjunto indeterminado, desigual y extralegal de privaciones, vejaciones y aflicciones de carácter tanto corporal como psicológico. Debería, en fin, consistir, como dice el artículo 27 de la Constitución italiana, en tratamientos no contrarios al sentido de humanidad y tender a la reeducación del condenado, pero, aunque solo sea por el hacinamiento de las cárceles, contradice habitualmente ambos requisitos, dando lugar a tratamientos inhumanos y a la ulterior deseducación del condenado.

Por tanto, una política liberal debería tener el coraje de ser hoy —a dos siglos y medio de distancia de la invención ilustrada de la pena de prisión como alternativa a los suplicios y a los demás horrores del derecho penal premoderno— un nuevo salto de civilidad: asumir como perspectiva a largo plazo la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar a la reclusión de su actual carácter de pena principal, limitando drásticamente su duración, y reservándola solo para las ofensas más graves a bienes y derechos vitales, los únicos que justifican la privación de ese derecho fundamental que es la libertad personal. El grado de civilidad de una sociedad, escribió Montesquieu, se mide por la moderación de las penas[31]. Y Beccaria: «uno de los mayores frenos de

31. Ch. Montesquieu, *Cartas persas* [1721], trad. cast. de J. Marchena, estudio preliminar de J. M. Colomer, Tecnos, ³2009, carta LXXX, p. 119.

los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad, y en consecuencia la vigilancia de los magistrados [..] acompañada de una legislación benigna»[32].

El principal obstáculo a este salto de civilidad es hoy el populismo, cuyo campo privilegiado de propaganda es precisamente el de la seguridad. Al respecto, se revela una increíble aporía que aflige desde hace algunos años a nuestras democracias: la caída de la delincuencia, comenzando por los homicidios, en simultaneidad con el crecimiento de la inseguridad en la opinión pública. Es una inseguridad totalmente imaginaria, alimentada por los *media* y por políticas demagógicas dirigidas a difundir el miedo sirviéndose de medidas iliberales tan indiferentes a las causas estructurales de los fenómenos criminales como promotoras de un sistema de derecho penal máximo y antigarantista. En Italia, las estadísticas dicen que el número de los homicidios ha caído esencialmente, pasando de los 4100 de los últimos veinte años del siglo XIX, cuando la población del país era la mitad de la actual, a los 3819 de los años veinte del pasado siglo, a los 1938 de 1991, a los 621 de 2006 y después, en el último decenio, a 550 en 2011, 528 en 2012, 502 en 2013, 475 en 2014, 469 en 2015, 400 en 2016, 367 en 2017, 345 en 2018[33], hasta descender, en el año comprendido entre el 1 de agosto de 2019 y el 31 de julio de 2020, a 278, de los cuales, más de la mitad, 149, se produjeron en el ámbito familiar, con prevalencia de feminicidios[34]. También los demás delitos, incluidos los hurtos y los robos con violencia, han disminuido[35]. Italia es hoy el país más seguro de la Unión Europea, que

32. C. Beccaria, *De los delitos*, cit., § XXVIII, p. 201.

33. *Sommario di statistiche storiche dell'Italia. 1861-1975*, Istituto Centrale di Statistica, Roma, 1976, p. 68; *Quanti sono gli omicidi in Italia ogni anno? Un confronto con Europa e mondo*, en www.agi.it/fact-checking/omicidi_Italia_dati-5984429/news/2019-08-08. Una disminución análoga han experimentado los feminicidos: 181 en 2013, 147 en 2014, 143 en 2015, 137 en 2016, 115 en 2017 (*Quanti femminicidi ci sono stati in Italia e in Europa*, en www.agi.it/fact-checking/femminicidi_dati_Italia-6157007/news/2019-09-10/). En 2018, sin embargo, se produjeron 142 víctimas de feminicidio (*In Italia aumentano i casi di femminicidio: lo scorso anno 142*, en www.notizie.it/cronaca/2019/11/19/femminicidio-Italia-vittime/).

34. Son los datos proporcionados por el *Dossier Viminale. Un anno di attività del Ministero dell'Interno*, 1.8.2019-31.7.2020, Delittuosità, § 16.

35. *Ibid.*: entre el 1 de agosto de 2019 y el 31 de julio de 2020 el número de robos violentos descendió de 25488 a 20193, el de hurtos de 1117855 a 820274; el de estafas de 134535 a 119355; el de los delitos financieros, societarios y quiebras fraudulentas de 6920 a 5328. Solo los delitos informáticos y, en particular, los fraudes informáticos aumentaron de 120355 a 144474.

a su vez tiene las tasas de homicidios más bajas del mundo[36]. No obstante, en Italia ha crecido la percepción de la inseguridad, estimulada y enfatizada por esa fábrica del miedo en que se ha transformado la televisión. Desde hace años los telediarios se abren con la noticia del homicidio del día que luego se convierte, sobre todo si es cruel y terrible, en uno de los argumentos preferidos de los debates televisivos[37]. Es un veneno cotidiano, que provoca no solo miedo, sino depresión, sospecha, desconfianza, ruptura de los vínculos sociales, rechazo racista de los diferentes, percibidos como posibles criminales por inmigrantes o marginales, y la convicción difusa de una criminalidad en constante crecimiento: una investigación reciente ha revelado que según el 78 % de los entrevistados, los crímenes habrían aumentado enormemente en los últimos cinco años[38]. Es inútil decir que la campaña del miedo y la misma noción de «seguridad» no guardan relación con los accidentes laborales, enormemente más frecuentes —17 000 muertos en el puesto de

36. La tasa de homicidios en Italia, que en 1991 era de 3,4 por cada 100 000 habitantes, ha descendido a menos de 0,6 por cada 100 000 habitantes. En Europa es la tasa más baja. La siguen Austria, Grecia, Portugal y España, con una tasa del 0,7, Holanda y Polonia con el 0,8, Alemania con el 1, Reino Unido con el 1,2, Francia con el 1,3, Estonia con el 2,2, Hungría con el 2,5, Letonia con el 4,2, Lituania con el 4,5, Rusia con el 9,2. En el mundo Italia es la segunda, por el grado de seguridad, precedida por Japón, que tiene una tasa del 0,3. Mucho más altas, a causa de la difusión de las armas, son las tasas de homicidios en Estados Unidos, donde llegan al 5,3 por cada 100 000 habitantes y en Brasil, donde son de 30,5. La más alta está en El Salvador, donde en 2016 llegó a 83,1 por cada 100 000 habitantes.

37. Los medios de comunicación italianos dedican a la criminalidad seis veces el espacio dedicado en Alemania (*I reati calano, ma la paura resta*, en www.ilpost.it/2017/08/16/numero-percezione-reati, p. 4). Menor es la diferencia —el 54 % más de la media europea— con los demás países de la Unión, donde igualmente la criminalidad, aunque en menor medida, es el tema privilegiado del populismo penal.

38. Sobre el populismo penal véanse D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, París, 2005; C. R. Sunstein, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione* [2005], trad. it. de U. Izzo, il Mulino, Bolonia, 2010; L. González Placencia, J. L. Arce Aguilar y M. Álvarez (eds.), *Aproximaciones empíricas al estudio de la inseguridad*, Porrúa, México, 2007; E. J. Prats, *Los peligros del populismo penal*, Finjus, Santo Domingo, 2008; G. Fiandaca, «Populismo politico e populismo giudiziario»: *Criminalia* 2013, pp. 95 ss.; D. Pulitanò, «Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale», *ibid.*, pp. 123 ss.; L. Violante, «Populismo e plebeismo nelle politiche criminali», *ibid.*, 2014, pp. 197 ss.; S. Anastasia, M. Anselmi y D. Falcinelli (eds.), *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Cedam, Padua, 2015; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, Módena, 2019; E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, Roma, 2019. Véanse, además, mis «Democracia y miedo», en M. Bovero y V. Pazé (eds.), *La democracia en nueve lecciones*, trad. de J. M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2014, pp. 99-113, e «Il populismo penale nell'età dei populismi»: *Questione giustizia* 1 (2019), pp. 79-85.

trabajo entre 2009 y 2018, 1700 al año[39]— que no merecen los honores de la crónica, ni tampoco adecuados decretos de prevención de esas emergencias.

Se entiende por qué estas mistificaciones de la seguridad hacen difícil, en Italia, una reforma racional de las penas. Tanto más cuando la demagogia populista ha descubierto en el sadismo penal, informado por una concepción vindicativa de la pena y por el abandono de todo proyecto reeducativo[40], un recurso precioso para la obtención del consenso. Pero todo esto es una razón de más para contraponer, a la irracionalidad populista, una seria política de decarcelación del sistema punitivo. Esta política debería conllevar, sobre todo, la abolición de esa vergüenza todavía italiana que es la pena de cadena perpetua (*ergastolo*): una pena que es, además, claramente inconstitucional porque contradice los dos requisitos constitucionales de la pena antes recordados[41]. Requeriría, en segundo lugar, la reducción de la pena de prisión, es decir, la de los máximos de pena establecidos en gran parte de los códigos penales europeos: veinte años según los códigos penales francés (arts. 18 y 19), belga (art. 16), suizo (art. 35), austriaco (art. 18), noruego (art. 17), griego (arts. 52 y 54) e, incluso, doce y diez años según los de Finlandia (cap. 2, § 1) y de Suecia (cap. 26, § 1)[42]. En tercer lugar, una política de decarcelación debería hoy apuntar a la limitación de la pena carcelaria exclusivamente a los delitos más graves y a la previsión de un amplio abanico de penas para otros delitos, empezando por los delitos contra el patrimonio: limitativas de libertad o de otros derechos, pero que no consistan en la segregación, es decir, en la privación integral de la liber-

39. E. Pazé, *Anche i ricchi rubano*, Gruppo Abele, Turín, 2020, p. 98.

40. Massimo Pavarini habló, a propósito de esta mutación de las políticas penales, de un paso de las «prácticas del *welfare* a las, de forma cruel pero realista, definidas como del *prison-fare*» y de un «declive miserable de la ideología reeducativa», sustituida por prácticas de incapacitación y de neutralización social (*Governare la penalità*, cit., p. 9).

41. Italia ha sido condenada el 13 de junio de 2019 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la llamada cadena perpetua «obstativa», que no permite a los condenados por delitos de mafia o terrorismo acceder a los beneficios penitenciarios, pena declarada «inhumana y degradante» que viola el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cuatro meses después, el 22 de octubre, la Corte Constitucional italiana declaró la inconstitucionalidad de la norma que no permite conceder permisos penitenciarios a los condenados a cadena perpetua obstativa. Ambas sentencias, que solo han censurado algunos aspectos de esta pena (la prohibición de beneficios y permisos), provocaron la protesta de casi toda la clase política.

42. Según Vittorio Foa «ninguna pena privativa de libertad debería superar los tres, al máximo los cinco años de duración» (V. Foa, «Psicologia carceraria», en *Bisogna aver visto*, cit., p. 30).

tad personal que entrega cuerpo y alma a una institución total y es, por tanto, una mixtura de pena corporal y de pena disciplinaria. En síntesis, se trata de transformar en penas principales impuestas directamente por el juez en el momento de la condena, todo el aparato punitivo de las que en Italia son hoy llamadas «medidas alternativas» que se imponen en sede de ejecución de la pena, muchas de las actuales «medidas de prevención» y también algunas «penas accesorias»: la *vigilancia especial*, la *semilibertad*, la *libertad condicional*, que privan solo parcialmente de la libertad personal; los *arrestos domiciliarios*, la *obligación de residencia* y la *prohibición de residencia*, que solo privan de la libertad de circulación; medidas patrimoniales como el *embargo del cuerpo del delito*, por ejemplo, del vehículo en los delitos de tráfico; las *penas interdictivas*, que privan o restringen determinadas formas de capacidad de las que hubiera abusado el reo y que deberían ser transformadas de penas accesorias en penas principales, como la retirada del permiso de conducir, la revocación de licencias comerciales o de habilitaciones profesionales, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos y similares.

En fin, una política de decarcelación debería producirse por efecto de una seria despenalización que confiera credibilidad al derecho penal, restituyéndole su carácter de *extrema ratio*, exclusivamente reservado para las lesiones de derechos y bienes fundamentales. En esta perspectiva, la reforma más importante es la refundación de la legalidad penal, desestabilizada en Italia por una legislación aluvial. En el derecho italiano se cuentan hoy 35 000 figuras de delito, que obviamente nadie es capaz de conocer del todo y que pesan como una oscura hipoteca sobre la libertad de las personas. La única medida racional para frenar esta deriva es la introducción en la Constitución de la *reserva de código* hipotetizada en el § 5.5: una metagarantía dirigida, por así decir, a poner freno a la inflación de las leyes que han hecho retroceder el sistema penal hasta convertirlo en un derecho parecido al jurisprudencial premoderno, cuando la confusión de las fuentes y el predominio de la práctica generaron en la cultura ilustrada la exigencia del código como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos para la tutela de la libertad de los ciudadanos frente al arbitrio de los jueces.

Esta *reserva de código* debería llevar consigo que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos han de ser contenidas en el Código Penal o en el Procesal y ninguna pueda ser introducida sino con una modificación de estos, por procedimientos legislativos agravados. Por más compleja y voluminosa que pudiera ser una codificación informada en el principio «todo lo penal en los códigos», lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales, aunque solo

fuera porque constreñiría al legislador a hacerse cargo en cada caso de la unidad y la coherencia del conjunto. De ello se seguiría una masiva reducción de los delitos, los procesos y el trabajo judicial, y así un incremento de la tasa de garantismo y al mismo tiempo de la eficiencia del aparato judicial y una reducción de la, hoy vergonzosa, duración de los procesos. Por lo demás, si es cierto que el derecho penal incide en los derechos de libertad constitucionalmente establecidos, tiene una relevancia casi-constitucional, y no es tolerable que quede expuesto a los humores de las mayorías gobernantes, a sus cálculos electorales, al populismo demagógico y a la producción de siempre posibles nuevas emergencias. La caída del número de presos que seguiría a una reforma semejante haría posible también una mejora de sus condiciones de vida, y una reducción de la distancia hoy abismal entre modelo teórico y realidad efectiva de la pena. Lamentablemente —como confirmación de la débil eficacia de la reserva de código introducida en Italia, como he recordado en el § 5.5, por ley ordinaria y no constitucional— las actuales políticas penales van en dirección contraria a la aquí expuesta. Por eso, no hay nada que permita ser optimistas. Pero que, al menos, se tenga conciencia de la irracionalidad y la iniquidad del sistema punitivo existente.

7.7. D) *La democracia social. Los fundamentos ético-políticos y económicos de los derechos sociales. Del estado social burocrático al estado social de derecho.* La democracia social es la dimensión sustancial de la democracia constitucional cuya razón social es la garantía de los derechos sociales, es decir, la reducción de las desigualdades económicas y materiales, mediante prestaciones idóneas para garantizar a todos condiciones de vida dignas. En el estado constitucional de derecho, tal garantía consiste en la obligación generada por los derechos sociales constitucionalmente establecidos, de vincular a la esfera pública a su satisfacción mediante leyes de actuación adecuadas, cuya ausencia da lugar a indebidas lagunas estructurales. Además, mientras la democracia liberal pudo realizarse en el estado legislativo de derecho sobre la única base de la separación intrainstitucional entre legislación y jurisdicción, es decir, entre funciones de gobierno y funciones de garantía secundaria, en el estado constitucional de derecho, la democracia social impone a la legislación la construcción de instituciones y funciones de garantía primaria de los derechos sociales constitucionalmente estipulados, que también deberían estar separadas y ser independientes, del mismo modo que lo están las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria, de las funciones políticas de gobierno.

Antes de hablar de los distintos derechos sociales en cuya garantía consiste la democracia social, hay que hacer dos consideraciones, una sobre el fundamento ético-político de tales derechos y sobre su nexo con los valores de la vida y de la dignidad de las personas, la otra sobre el fundamento económico de los mismos derechos y sobre su nexo con el desarrollo de la productividad y de la economía.

En los orígenes de la Edad Moderna, el fundamento axiológico y la justificación racional del artificio estatal, según fueron límpidamente formulados por Thomas Hobbes, residían solo en su papel de garantía negativa de la vida y de la paz frente a las agresiones provenientes de la libertad salvaje propia del estado de naturaleza. La razón social del estado, generado con el contrato social con el que, según la hipótesis hobbesiana, los contratantes se privan de sus libertades desreguladas y precarias, era la garantía de la vida como expectativa solo negativa, esto es, como inmunidad a violencias ajenas. Hoy este modelo de justificación, que identificaba el derecho a la vida únicamente como una libertad negativa, se ha hecho cada vez más insuficiente porque, como se dijo en el § 5.9, han cambiado radicalmente las relaciones de los seres humanos con la naturaleza y con la sociedad, y con ello sus condiciones de vida y de supervivencia. En las sociedades actuales, caracterizadas por un alto grado de interdependencia y de desarrollo tecnológico, también la supervivencia, al igual que la defensa de la vida frente a agresiones indebidas, es un fenómeno artificial y social y no solo natural. Consecuentemente, el derecho a la vida, además de una expectativa negativa, es decir, una inmunidad a agresiones, se ha convertido también en una expectativa positiva de prestaciones vitales, que a su vez requiere garantías primarias positivas. Por dos razones: la primera, positiva, está representada por los enormes progresos tecnológicos que han hecho posible la derrota de la indigencia, el tratamiento de las enfermedades y la alimentación básica; la segunda, negativa, es el alejamiento de las personas de las condiciones naturales de vida y su creciente interdependencia social. Cuando John Locke escribía, a finales del siglo XVII, su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, eran quizá todavía plausibles las hipótesis de una relación directa del hombre con la naturaleza y la idea de que la supervivencia pudiera ser confiada a la autonomía del individuo: a su trabajo, sobre todo, a sus capacidades de adaptación, a su libre y responsable iniciativa y, en todo caso, a la posibilidad de emigrar a nuevas tierras de cultivo.

Hoy no solo se ha hecho socialmente imposible lo que en el pasado era socialmente posible, es decir, la supervivencia confiada a la voluntad del hombre de trabajar, emigrando para ello a «nuevas» tierras si fuera

necesario. También ha pasado a ser socialmente posible lo que en el pasado era naturalmente imposible, esto es, la supervivencia mediante la curación de las enfermedades y la producción industrial de la alimentación básica. Es en esta doble artificialidad social de la supervivencia humana donde reside el nuevo fundamento axiológico de los derechos sociales, cuya garantía positiva no es solo una conquista de civilidad, un producto del progreso político y moral, y menos aún un lujo añadido a los derechos de libertad, sino cada vez más una necesidad no menos vital que la garantía negativa del derecho a la vida. Si es cierto que la tutela de la vida es el fin primario del derecho y la razón social de las instituciones políticas, entonces es la satisfacción de los mínimos vitales, y no solo la garantía de la prohibición de matar, lo que debe pasar a formar parte de las cláusulas del pacto de convivencia. Por eso cabe afirmar que la ampliación de la razón social de las instituciones públicas, tanto estatales como internacionales, a los derechos sociales a la supervivencia —la integración liberal-socialista de la liberal-democracia con la social-democracia— se ha convertido hoy en una condición de su legitimación exactamente idéntica a como, en los orígenes de la civilidad jurídica moderna, lo fue la tutela del derecho a la vida frente a posibles homicidios. En definitiva, hacer vivir y no dejar morir es no menos esencial, a los fines de la convivencia pacífica, de cuanto lo sea dejar vivir y no hacer morir[43]. Y cuando, como ocurre en el actual mundo globalizado, se tolera que millones de seres humanos mueran de hambre o de enfermedades curables y no curadas, todo el edificio del derecho y el conjunto de nuestros valores reniegan de sí mismos y vacilan, convirtiéndose en una ficción ideológica, no menos que cuando se priva impunemente de la vida a una persona.

Pero los derechos sociales no solo tienen un fundamento político y moral. Tienen también un sólido fundamento económico. Al respecto, existen una serie de equívocos de carácter ideológico que hay que disi-

43. Retomo de este modo los términos en los que Michel Foucault expresa el cambio de paradigma de la soberanía desarrollado a partir del siglo XIX con el nacimiento del estado social burocrático y paternalista: «Si el viejo derecho de soberanía consistía en el derecho de hacer morir o de dejar vivir, el nuevo derecho que va instaurándose será el de hacer vivir y de dejar morir» (M. Foucault, *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France [1975-1976]* [1997], Feltrinelli, Milán, 1998, p. 207; trad., cast. de H. Pons, *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France [1975-1976]*, Akal, Madrid, 2003); y más adelante: «La soberanía hacía morir y dejaba vivir. Ahora aparece el que definiría como un poder de regulación, que consiste, por el contrario, precisamente en hacer vivir y en dejar morir» (*ibid.*, p. 213). Pero es justamente el «dejar morir» lo que resulta impedido por la garantía de los derechos sociales.

par. El principal problema que generalmente plantean tales derechos es que cuestan, de modo que, al menos en los países más pobres, su plena actuación sería imposible, algo así como una utopía. Su garantía sería un lujo exclusivo de los países ricos, subordinado, sobre todo, a las exigencias del desarrollo de la economía, mientras que resultaría inverosímil a escala planetaria[44]. Por otra parte, añaden a veces los fautores del libre mercado, los derechos fundamentales, con sus límites y sus vínculos, representarían un freno al desarrollo económico; donde la ausencia de obstáculos jurídicos a las dinámicas de la libre empresa representaría el principal factor de producción de riqueza e iría por completo en beneficio de todos, incluso de los más pobres y los más débiles.

Todos estos son lugares comunes que hay que desmontar. Los derechos fundamentales ciertamente cuestan. Y cuesta, por consiguiente, la democracia constitucional. Cuestan, sobre todo, los derechos sociales, que requieren prestaciones positivas a cargo de la esfera pública: enseñanza obligatoria, asistencia sanitaria universal, subsistencia y previsión social para los necesitados. Pero también cuestan los derechos de libertad y los derechos patrimoniales, que requieren las garantías de la seguridad confiadas a los aparatos policiales y judiciales. Incluso los derechos políticos comportan, para la esfera pública, la obligación de prestaciones positivas, como la financiación de los partidos políticos, la organización de las campañas electorales y las operaciones de voto, el propio mantenimiento de las instituciones representativas y de gobierno. Pero las instituciones políticas, comenzando por el estado, no son sociedades comerciales con fines de lucro. Y, sobre todo, más que las garantías de los derechos sociales, cuestan sus violaciones y su falta de satisfacción. Este es un hecho generalmente ignorado por la ideología liberista, que asocia el desarrollo económico exclusivamente al ejercicio de los derechos civiles de autonomía empresarial. Según esta visión estrecha del desarrollo, solo el mercado sería un factor de producción de riqueza, promovida por él con la perspectiva de los beneficios. En cambio, como ha demostrado Amartya Sen, todas las libertades fundamen-

44. Según Giovanni Sartori, por ejemplo, a diferencia de los «derechos sin coste», como serían los tradicionales derechos de libertad «que no se trasfieren a los presupuestos del estado como voces de gasto» (como si los aparatos policiales y judiciales dispuestos para su garantía no costasen nada), los derechos sociales serían «derechos *sui generis*, relativos y no absolutos, condicionados y no incondicionados», en el sentido de que «son debidos en la medida de lo posible y a condición de que pueda pagarse su coste material. Si se quiere, las prestaciones son 'debidas' a caja llena pero no a caja vacía» (G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milán, 1993, Appendice, IX, pp. 323-324 [trad. cast. de M. A. González y M. C. Pestellini, *Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2003]).

tales son factores de desarrollo y de crecimiento del bienestar y de la producción, dado que sirven para promover las que él ha llamado capacidades fundamentales de la persona[45]. Sin libertad de prensa y sin democracia política no es posible el control sobre el correcto ejercicio de los poderes públicos. Sin libertad de pensamiento y de investigación, no se tiene desarrollo intelectual, ni tecnológico ni industrial. Sin garantía de las libertades personales, no se dan tampoco iniciativa económica ni seguridad de los mercados y de las inversiones.

Es claro que esta tesis de Sen debe ampliarse a los derechos sociales —a la salud, la educación, la subsistencia— cuya satisfacción es aún más esencial que la garantía de los derechos de libertad para el desarrollo de la economía, la seguridad y, en general, los intereses públicos[46]. El mismo Sen ha hecho ver los extraordinarios efectos positivos que sobre el crecimiento de la riqueza tuvo, primero en Japón y después en China, el aumento de los niveles de educación y, consecuentemente, de los trabajos cualificados, la investigación y el desarrollo tecnológico[47]. Pero lo mismo puede decirse, con mayor razón, de los derechos a la alimentación básica y a la salud, cuya garantía —el acceso al agua potable, a los fármacos esenciales, a los alimentos y también a una renta de subsistencia— constituye el presupuesto no solo de la supervivencia individual, sino también de la productividad y del desarrollo económico en su conjunto, mientras que su falta de garantía perjudica las capacidades cognitivas y productivas de las personas y sofoca, con su productividad, la producción en general de la riqueza.

Por consiguiente, la garantía de todos los derechos fundamentales —no solo de los derechos de libertad, sino, además, de los derechos sociales— no es solo un fin en sí, sino también un medio del desarrollo económico, además de civil y político. La prueba histórica de este nexo está a la vista de todos. Seguramente, el mayor desarrollo económico y el mayor bienestar de los países ricos respecto del resto del mundo,

45. A. Sen, *Risorse, valori, sviluppo* [1984], trad. it. de G. Maneri, Bollati Boringhieri, Turín, 1992, cap. V, pp. 122-141.

46. «Lo que caracteriza a un derecho social, a diferencia de un derecho de libertad», escribe Bobbio, «es el hecho de que su reconocimiento y protección se realicen no solo en el interés primario del individuo, sino también en el interés general de la sociedad de la cual el individuo forma parte. En efecto, interesa a la sociedad considerada como un todo tener ciudadanos instruidos antes que ignorantes, empleados antes que desocupados, con buena salud antes que enfermos». («Sobre los derechos sociales» [1996], ahora en Íd., *Teoría general de la política*, cit., IX, III, p. 544).

47. A. Sen, *Povertà e carestie* [1981], Comunità, Milán, 1997; Íd., *Globalizzazione e libertà*, trad. it. de G. Bono, Mondadori, Milán, 2002, pp. 142-143.

como respecto de su pasado, se han debido en gran parte a la mejora de las condiciones generales de vida generada por la garantía de los derechos sociales: a la mayor educación, al mejor estado de salud, a las mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. Es ejemplar el caso de Italia, que en los primeros treinta años de la República tuvo un crecimiento económico mayor que el de todos los demás países europeos, simultáneo a la construcción del estado social, al que, con los recortes de los gastos sociales y la demolición del derecho del trabajo, ha seguido el mayor estancamiento conocido en Europa.

Hay que desterrar el prejuicio de la contraposición entre garantías de los derechos y desarrollo de la economía: la mejor política económica, la más eficaz para promover el desarrollo, así como la mejor política en materia de seguridad, es una política social dirigida a garantizar los derechos vitales de todos. El gasto público necesario a tal fin no debe concebirse como un coste pasivo en los presupuestos del estado, sino como la inversión pública más productiva. Frente a la tendencia de las políticas liberistas al desmantelamiento de la esfera pública y del estado social, es más necesario que nunca reconocer que donde no hay esfera pública no hay desarrollo; que toda reducción del gasto social incrementa las desigualdades, reduce la confianza en las instituciones y es un factor de disgregación social, mientras que las garantías de los derechos sociales financiadas con idóneas políticas fiscales valen para reforzar el sentido cívico y el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad; que, en suma, la historia del estado de derecho y de la democracia y la historia de la civilidad y del crecimiento económico son historias conexas, que se han desarrollado en paralelo gracias a una larga lucha contra los poderes salvajes, tanto públicos como privados, en apoyo de un cada vez mayor número de derechos de todos.

Hay, en fin, que señalar un límite grave, en materia de dimensión social de la democracia constitucional, que afecta también a los ordenamientos más avanzados: la ausencia de separación intrainstitucional de las instituciones y de las funciones administrativas de garantía primaria de las funciones políticas de gobierno, de la que he hablado en el § 5.7. Donde se han introducido estas funciones y estas instituciones, ha sido, como en gran parte de los países europeos, dentro de ese gran contenedor que es la Administración Pública, quedando así expuestas a condicionamientos, manipulaciones y restricciones por parte de los poderes públicos, tanto mayores en tiempos como los actuales de recesión económica y de subalternidad de la política a los mercados. En otros países, como en Estados Unidos, no se han introducido en absoluto o lo han sido en mínima medida, y las correspondientes prestaciones sociales es-

tán encomendadas a instituciones privadas con la mediación, a veces, de empresas aseguradoras. Por consiguiente, en rigor, en las actuales democracias, no puede hablarse en ningún caso de democracia social en el sentido constitucional aquí ilustrado, es decir, como estado social y constitucional de derecho. Ciertamente, no se puede hablar en los países en los que las instituciones escolares y sanitarias son prevalentemente privadas, ya que en tales casos los derechos a la educación y a la salud son en realidad derechos patrimoniales. Pero tampoco se puede hablar, sino impropiamente, ni siquiera en los países dotados de *welfare* públicos, debido a la ausencia de la separación intrainstitucional entre funciones e instituciones de garantía y funciones e instituciones de gobierno, que es un rasgo distintivo del paradigma constitucional de la democracia. Al estar las primeras incardinadas en la Administración Pública bajo la dependencia de las segundas, habrá que hablar en tal caso de *estado social burocrático* o *asistencial* cuyas prestaciones, según se verá más adelante, no solo no reflejan los rasgos universalistas del paradigma constitucional, sino que resultan generalmente más costosas y menos eficientes que las ofrecidas por el *estado social de derecho*.

Como se advertirá mejor en las páginas que siguen, una reforma del *welfare* modelada sobre el paradigma constitucional exigiría su refundación informada por los tres principios siguientes, todos igualmente esenciales para la desburocratización del actual estado social. En primer lugar, en el principio de la separación y de la independencia de las funciones de gobierno de todas las instituciones y las funciones de garantía primaria, no menos que las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria. En segundo lugar, en el principio de la autonomía financiera de tales instituciones, asegurada por la previsión constitucional de una asignación a estas de cuotas mínimas del presupuesto, según el modelo de los vínculos presupuestarios introducidos, como se verá en el § 7.10, en la Constitución brasileña de 1988. En tercer lugar, en el principio de la tendencial transformación de las actuales prestaciones sociales en prestaciones *ex lege*, del que se hablará en el § 7.9, con objeto de reducir lo más posible la mediación y la discrecionalidad burocrática, de acuerdo con el universalismo de los derechos sociales.

7.8. *El garantismo social. Los derechos a la educación y a la salud. La gratuidad de sus garantías como corolario de su carácter universal. Una lección que extraer de la epidemia del coronavirus.* Así pues, el paradigma de la democracia constitucional requiere la construcción de funciones e instituciones públicas de garantía primaria separadas e independientes de las funciones y de las instituciones políticas de gobierno. En efecto,

pues solo la independencia de tales funciones y su pertenencia a la esfera pública pueden asegurar la igualdad y la efectividad de las prestaciones sociales, gracias a sus dos requisitos esenciales: el carácter *absoluto* de las garantías públicas, como obligaciones *erga omnes*, y el carácter *gratuito* de las prestaciones correspondientes, uno y otro consiguientes a la forma universal de los derechos fundamentales como derechos *omnium*.

Enseñanza pública y sanidad pública son las dos más importantes instituciones sociales de garantía primaria que se afirmaron en Europa a partir del siglo XIX. Su finalidad no es solo la reducción de las desigualdades económicas, sino también la afirmación de la dignidad de las personas y el crecimiento civil y económico de la sociedad. La enseñanza pública, como escuela obligatoria, fue instituida en Italia por la ley sarda Casati n.º 3725/1859, de 13 de noviembre, luego extendida al Estado unitario. En Francia, donde el principio de obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza elemental fue introducido por una ley Bouquier de 19 de diciembre de 1793, la enseñanza obligatoria se instituyó, luego de diversas vicisitudes, por una ley de 23 de marzo de 1882. En Inglaterra la obligación fue sancionada por una ley de 26 de agosto de 1880. Desde 1774 la enseñanza obligatoria fue introducida por María Teresa de Austria en el Imperio austro-húngaro y luego extendido, a Lombardía y el Véneto el 12 de septiembre de 1918.

La institución en Europa de un servicio sanitario público, universal y gratuito se remonta a la segunda posguerra. El modelo, concebido sobre la base del informe Beveridge de 1942, fue el del servicio de salud inglés: universal, gratuito y enteramente financiado por la fiscalidad general, introducido en todo el Reino Unido mediante la institución del National Healht Service, el 5 de julio de 1948, seguido de la National Health Service Act de 1946. Lo asumió Italia con la aprobación de la Ley n.º 833/1978, de 23 de diciembre, que instituyó el Servicio Sanitario Nacional, también universal y, al comienzo, totalmente gratuito, y también España, que por una ley sanitaria general de 1986 creó el Instituto Nacional de la Salud, y Francia, que en 1999 introdujo igualmente una cobertura universal de garantía de la salud. Otros países europeos, como Alemania, Austria, Bélgica y Suiza siguieron, aunque perfeccionándolo, el modelo Bismarck, fundado en los seguros sociales obligatorios introducidos por primera vez en Alemania en 1883.

«La escuela es un órgano constitucional», afirmó Piero Calamandrei en un célebre discurso de 1950 en defensa de la enseñanza pública[48]. Du-

48. P. Calamandrei, *Difendiamo la scuola democratica*, discurso en el III Congreso de la Asociación para la defensa de la enseñanza nacional celebrado en Roma, en Íd.,

rante más de un siglo, desde la formación del Estado unitario a los años ochenta del siglo pasado, la enseñanza pública fue en Italia el principal factor de unificación nacional, de crecimiento civil, cultural e incluso económico del país, gracias a su concepción como espacio de formación de la personalidad del ciudadano, de su emancipación social y política, y de su capacidad de comprensión de la realidad y de reflexión crítica sobre la sociedad. En efecto, pues la enseñanza pública no es solo una función pública de garantía primaria. Tiene también una función pública: la educación cívica en la igualdad y en la libertad. En primer lugar, en la igualdad: mientras que los centros de enseñanza privada se dividen en católicos o ideológicamente orientados y laicos, y en centros de mayor o menor prestigio según el importe de las mensualidades, la enseñanza pública es igual para todos, lugar de encuentro de ricos y pobres y de jóvenes de distintas religiones y culturas. En segundo lugar, la enseñanza pública tiene una función de educación en la libertad: mientras la *libertad de la enseñanza* privada no es más que el poder empresarial, del que dispone quien la instituye y la gestiona, de modelar la que imparte según las propias opciones ideológicas y culturales y, por eso, de limitar con estas la libertad de docencia y de aprendizaje, en cambio, la *libertad en la enseñanza* pública quiere decir espacio público institucionalmente laico, garante de la libertad de enseñanza como medio y de la educación en la libertad como fin.

Lamentablemente, en estos últimos treinta años hemos asistido, no solo en Italia, a un debilitamiento de la enseñanza pública producido por reformas que han deformado su papel garantista y reducido la financiación pública. Esto se ha dado en beneficio de la enseñanza privada, cuyas prestaciones mediante precio equivalen a una mercantilización del derecho a la educación. Pero en Italia, en estos últimos años, la ideología del mercado ha deformado también la naturaleza y el papel de la misma enseñanza pública, a través de la acción conjunta de cuatro reformas: la Ley Berlinguer, n.º 30/2000, de 10 de febrero, la Ley

Scritti e discorsi politici, ed. de N. Bobbio, vol. I, *Storia di dodici anni*, t. I, La Nuova Italia, Florencia, 1966, pp. 388-403. La enseñanza, escribe Calamandrei, es «la expresión —del artículo 34 [de la Constitución italiana], según el cual «está abierta a todos» y «por al menos ocho años es obligatoria y gratuita» y además— del artículo 3 sobre la igualdad de los ciudadanos «sin distinción» alguna, y del artículo 51 sobre el derecho de «acceder a los cargos públicos y a los de carácter electivo en condiciones de igualdad. De estos dos artículos debe ser instrumento la enseñanza estatal, instrumento de esta igualdad cívica, de este respeto por las libertades de todas las fes y de todas las opiniones [...] Cuando la enseñanza pública es así de fuerte y segura, entonces, pero solo entonces, la enseñanza privada no es peligrosa» (*ibid.*, p. 394).

Moratti, n.º 226/2005, las leyes Gelmini, n.º 133/2008, n.º 169/2008 y n.º 240/2010, de 30 de diciembre, y la Ley Renzi, llamada «por la buena escuela», n.º 107/2015, de 13 de julio. Estas reformas, lejos de reparar ninguno de los males endémicos de la escuela italiana —la escasez de inversiones en relación con la media de los países europeos[49], los bajos salarios y la excesiva movilidad de los enseñantes—, han reducido el papel garantista de la igualdad desarrollado por la enseñanza pública y han promovido de hecho el desarrollo de la privada. El instrumento de esta regresión fue su principio informador, afirmado desde la reforma Berlinguer con expresión en la seductora fórmula «autonomía docente», en virtud de la cual los centros públicos, al igual que los privados, deberían diferenciarse y competir en el mercado sobre la base de la calidad de los servicios ofrecidos para atraer estudiantes y financiamientos.

Todos los efectos de estas reformas han sido regresivos: la tendencial conversión del centro educativo en empresa al quedar confiado, según el modelo liberista, a la iniciativa y al papel gerencial conferido a los directores, a la organización jerárquica del personal docente y a la competencia insensata entre enseñantes y entre establecimientos educativos[50]; la reducción de la libertad de enseñanza y de la dignidad de los profesores, sometidos a continuas, mortificantes, inútiles y por lo general arbitrarias evaluaciones y clasificaciones de su calidad; la reducción del papel de la enseñanza pública, concebida como motor del crecimiento económico más que del desarrollo civil y social; el debilitamiento de sus rasgos de institución de garantía de la igualdad de los estudiantes y de la independencia de los enseñantes en beneficio de la enseñanza privada; en fin, la transformación de la enseñanza, determinada por el abandono de la tradicional concepción humanista de la cultura como fin en sí misma y por la afirmación de una concepción mer-

49. Las inversiones de Italia en la enseñanza pública están por debajo de la media de las de los países de la Unión Europea, tanto en relación con el porcentaje del PIB (el 3,9 % en 2016 respecto de la media UE del 4,7 %) como en relación con el porcentaje del total del gasto público (el 7,9 % respecto de la media UE del 10,2 %). En el caso de la enseñanza media y de las superiores y las universitarias, la divergencia es aún mayor: el 0,3 % del PIB respecto de la media del 0,7 %. Una importante divergencia existe asimismo en cuanto al abandono escolar (el 14 % respecto de la media europea del 10,6 %) y en lo relativo al número de estudiantes que alcanzan la licenciatura (el 26,9 % respecto de la media europea del 39,9 %) (*Istruzione, l'Italia spende poco e male*, https://www.linchiesta.it/it/article/2019/04/18/miur.investimenti-scuola-istruzione-italia).

50. Sobre estas reformas véase la reciente investigación de S. D'Errico, *La scuola distrutta. Trent'anni di svalutazione sistematica dell'educazione pubblica e del paese*, Mimesis, Sesto San Giovanni, 2019.

cantilista e instrumental de la educación, como actividad funcional a las razones del mercado y por eso dirigida a crear solamente competencias técnicas, a formar trabajadores flexibles y disciplinados, emprendedores de sí mismos, aislados en sus egoísmos y en su miedo, estimulados a la competición y no a la solidaridad[51].

Aún más profunda ha sido la involución sufrida por la universidad y la investigación científica. La ilusión meritocrática y la obsesión productivista que han informado las reformas de los últimos veinticinco años, han transformado los planes de estudio de los estudiantes en una carrera para la adquisición de «créditos» y puntuaciones. Han implicado a los enseñantes en una actividad permanente de concursos y valoraciones por parte de sus colegas. Han dividido el cuerpo docente en una mayoría de precarios constreñidos a una sobreproducción de títulos seriados en la perspectiva de los concursos y a una minoría de superenseñantes, supraordenados a los primeros y, a su vez, obligados a someter sus investigaciones a agencias de control. Han agravado y ampliado las carreras y la jerarquía, en términos incompatibles con la libertad intelectual requerida para la investigación y la enseñanza. Han maltratado la independencia, la dignidad, la identidad cultural y la responsabilidad de las redacciones de las revistas científicas, imponiendo indebidas clasificaciones de méritos y anónimas valoraciones de sus contenidos. En síntesis, han limitado la libertad de pensamiento y de enseñanza, y consolidado insensatas relaciones de poder y sujeción en el mundo de la cultura.

En cuanto a la sanidad, ha sido marcada en 2020 por la dramática vicisitud de la pandemia del coronavirus que, como se ha dicho en el § 5.10, ha puesto de manifiesto la insensatez y la gravedad de los recortes en el gasto sanitario y estimulado, finalmente, la toma de conciencia del carácter vital del modelo universalista y gratuito de la sanidad

51. Ponen de relieve esta regresión P. Bevilacqua (ed.), *Aprire le porte. Per una scuola democratica e cooperativa*, Castelvecchi, Roma, 2018, y E. Galli Della Loggia, *L'Aula vuota. Come l'Italia ha distrutto la sua scuola*, Marsilio, Venecia, 2019. «Las naciones están cada vez más obsesionadas con la idea del beneficio», ha escrito Martha C. Nussbaum. «Ellas y sus sistemas educativos están dejando de lado con absoluta falta de criterio esos saberes que son indispensables para mantener viva la democracia. De mantenerse esta tendencia, los países de todo el mundo producirán generaciones de dóciles máquinas y no de ciudadanos a pleno título capaces de pensar por sí mismos, de criticar la tradición y comprender el significado de los sufrimientos y de las exigencias de los demás. El futuro de la democracia pende de un hilo» (*Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno di culture umanistiche* [2010], trad. it. de R. Falcioni, il Mulino, Bolonia 2011, pp. 21-22 [trad. cast. de M. V. Rodil, *Sin fines de lucro: por qué la democracia necesita de las humanidades*, Kazt, Madrid, 2010]).

pública impuesto por el paradigma constitucional. En Italia, este modelo entró en crisis en los años pasados por las políticas de reducción del Servicio Sanitario Nacional, en las que se hizo manifiesto un sustancial acuerdo entre liberistas y populistas, con el mismo desinterés por la garantía de la salud: los primeros, porque esta garantía no ha interesado nunca, en lo inmediato, a la gran mayoría de los electores, sino solo a los enfermos, sobre todo a los ancianos; los segundos, por su apoyo a los intereses de la sanidad privada. Tras años de devaluación liberista, el drama del coronavirus ha iluminado de forma imprevista la absoluta superioridad de los sistemas políticos que disponen de una sanidad pública sobre aquellos en los que la salud está encomendada a las aseguradoras y a la sanidad privada. Es una superioridad no solo en el plano constitucional, por la garantía universal y gratuita del derecho de todos a la salud, que solo la esfera pública puede garantizar, sino también en el plano económico y en el asistencial. Prueba de ello es la penosa situación de la sanidad en Estados Unidos, la más costosa e ineficiente del mundo, que requiere un gasto de en torno al 18 % del PIB, 8949 dólares por ciudadano, el doble de Francia y tres veces el gasto de Italia, y ofrece servicios incomparablemente peores. La razón es simple: la sanidad privada debe generar beneficios a las empresas sanitarias y a las aseguradoras, que deben además soportar el coste de las investigaciones, del todo improductivas, sobre los riesgos de enfermedad en el momento de los contratos de seguro y después, de tanto en tanto, sobre la naturaleza y la medida de las terapias.

El triunfo de la ideología liberista, también en materia sanitaria, se ha manifestado en la agresión al carácter universal y gratuito de la sanidad pública[52] y en el consiguiente apoyo a la sanidad privada. A causa de la introducción de la obligación del pago de los tiques (copago) por fármacos y consultas a especialistas —inaugurado en 1989 y desarrollado en años sucesivos— el derecho constitucional a la salud ha sido violado y sustancialmente degradado. En lo relativo a los fármacos y las consultas a especialistas sujetas a los tiques, ya no es un derecho fundamental atribuido a todos y por eso constitutivo, gracias a su gratuidad, de la igualdad sanitaria, sino un derecho para-patrimonial, al menos en

52. Sobre el carácter universal del modelo constitucional del Servicio Sanitario Nacional italiano y del derecho al acceso a los fármacos y sobre sus lesiones, véanse las contribuciones de A. Cauduro, *L'accesso al farmaco*, Ledizioni, Milán, 2017; Íd., «Il paradigma del farmaco orfano»: *Costituzionalismo.it* 1 (2018), pp. 55-70; A. Cauduro y P. Liberati, «Brevi note sul servizio universale»: *ibid.*, 1 (2019), pp. 128-161; G. Tognoni y A. Cauduro, «Farmaci (e tecnologie) come indicatore, didattico e complessivo, della storia del Sistema sanitario nazionale»: *Rivista delle politiche sociali* 2 (2018), pp. 157-172.

parte. En efecto, pues la gratuidad es un corolario de la universalidad de los derechos fundamentales y también de su efectividad. En Italia, a causa de estos pagos, aunque sean modestos, más de once millones de personas pobres renuncian a los tratamientos. Añádase la creciente falta de médicos y la reducción de las estructuras sanitarias, cuyo resultado es, en situaciones de normalidad, el crecimiento de las listas y los tiempos de espera en lo que se refiere a las consultas de especialistas, obviamente, en beneficio de la sanidad privada y, en tiempos de pandemia, el casi colapso de las instituciones sanitarias públicas, por el exceso de enfermos.

El aspecto más absurdo de esta tasa sobre la salud es lo irrisorio del monto de los ingresos en la caja del Estado procurado por los tiques: tres millardos de euros en 2018, menos del 3 % del gasto sanitario que alcanzó ese mismo año la suma de 115 400 millones[53]. Incluso sumando el ahorro obtenido por el mejor uso de los recursos, lo ingresado por ese concepto —en gran parte invertido en la costosa mediación burocrática, y fuente de grandes pérdidas de tiempo y de energías por parte de médicos, farmacéuticos y pacientes— ha sido la pérdida de calidad de uno de los sistemas sanitarios más avanzados del mundo. A mi juicio, se trata de impuestos inconstitucionales, que no solo violan el derecho a la salud, sino también los principios de solidaridad y de igualdad recogidos en la Constitución italiana. En ellos se ha manifestado una política sanitaria que, en vez de «eliminar los obstáculos de orden económico y social que» como dice su artículo 3, 2.°, limitan «de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos», ha introducido un absurdo obstáculo a una y otra[54] y favorecido la inevitable fuga de las personas a la sanidad privada.

Añádase que, en Italia, la pérdida de calidad de las prestaciones consecuente a los recortes en el gasto sanitario que ha he recordado en el

53. Así, el informe de 2 de diciembre 2019 sobre *Lo stato della sanità in Italia*, dell'Ufficio Parlamentare Bilancio, p. 32. El mismo dato está recogido en el informe del Osservatorio GIMBE (www.gimbe.org/ticket2018), según el cual esa suma ha sido de 2968 millones de euros (49,1 euros *pro capite*), de los que 1608 (26,6 euros *pro capite*) corresponden a fármacos y 1359 (22,5 euros *pro capite*) a consultas ambulatorias y prestaciones especializadas.

54. También por la jungla de los diversos importes de los tiques y de sus exenciones en las distintas regiones italianas. En esta jungla, según el ya citado informe *Lo stato della sanità in Italia*, se va de una incidencia máxima del tique en Valle de Aosta (88 euros *pro capite*) a una incidencia mínima en Cerdeña (33,7 euros *pro capite*). Precisamente, la incidencia de los tiques sobre los fármacos es máxima en Campania (36 euros *pro capite*) y mínima en Piamonte (16 euros *pro capite*); la del tique sobre las consultas a especialistas es máxima en Valle de Aosta (64,2 euros *pro capite*) y mínima en Sicilia (8,5 euros *pro capite*).

§ 5.10[55]: la reducción del número de camas en los hospitales públicos, de 3,9 por cada 1000 habitantes en 2007 a 3,2 en 2017[56]; la disminución de 42 825 miembros del personal sanitario, que en los mismos años ha sufrido un aumento de la duración de la jornada laboral, una reducción de los salarios y un crecimiento de la media de edad, de 43,5 años en 2001 a 50,7 años en 2017[57]; una consiguiente carencia crónica de médicos en los hospitales, mientras el acceso a los estudios de medicina se ha limitado de forma insensata por el *numerus clausus* de las matrículas universitarias y, además, hay millares de jóvenes médicos sin trabajo, bloqueados por la carencia de puestos en las escuelas de especialización y constreñidos a realizar otros trabajos o a emigrar al extranjero; la falta o la obsolescencia de los equipos sanitarios; la reducción y la devaluación del papel de los médicos de familia, que son los que mejor conocen a los pacientes y representan el primer frente de la sanidad pública; la fuga a la sanidad privada de enfermos que pueden permitírselo, determinada por las largas listas de espera para las consultas de especialistas[58]. En definitiva, se ha provocado el debilitamiento de nuestro sistema sanitario hasta el colapso, con ocasión de la pandemia del coronavirus, que ha constreñido a suspender durante tres meses las normales actividades de tratamiento con consecuencias gravísimas para la salud de los enfermos no tratados[59]. En fin, ha salido a la luz la inadecuación de media Italia —de todas las regiones del Sur, el Lazio, la provincia de Bolzano, del Valle de Aosta y el Friuli Venecia Julia— a las funciones de garantía de los llamados «niveles esenciales de asistencia»[60], lo que ha venido a confirmar, con las excesivas diferencias territoriales en

55. El gasto sanitario en Italia ha sido, en 2018, del 6,6 % del PIB, igual a la media europea, pero inferior a la de los países de la Europa septentrional. Nuestro Servicio Sanitario gasta de media 2545 dólares por ciudadano frente a los 5289 de Noruega y los 5056 de Alemania. Los 8949 dólares gastados en Estados Unidos y ya recordados incluyen los gastos de los seguros (el dato de 2013, que no los incluía era de 4210) (*Lo stato della sanità in Italia*, cit., p. 4).

56. *Ibid.*, p. 23. *Ibid*: la media europea ha descendido en los mismos años de 5,7 a 5.

57. *Ibid.*, pp. 19, 26 y 28.

58. *Ibid.*, pp. 31-32. En 2018 el 62 % de los italianos que se beneficiaron de una prestación de la sanidad pública requirió al menos otra de la sanidad privada (Censis, *53.º Rapporto sulla situazione sociale del paese*, cit., pp. 216 ss.).

59. Provocando, no obstante el trabajo de día y de noche de médicos y enfermeros, la suspensión de 500 000 intervenciones quirúrgicas, de ellas 50 000 de carácter oncológico, y de 12 millones de exámenes radiológicos y de análisis de sangre, con el consiguiente crecimiento de las listas de espera («La sanità bloccata per colpa del virus farà più morti dell'epidemia»: *La Repubblica*, 5 de junio de 2020, p. 2).

60. *Lo stato della sanità in Italia*, cit., p. 34.

la calidad de las prestaciones, la insensatez, la iniquidad, la inconstitucionalidad, y los inevitables efectos de división y discriminación de los proyectos de autonomía regional diferenciada en la gestión de la sanidad pública hoy reivindicada por las derechas.

Frente a esta deriva, lo que evidentemente se requiere es un crecimiento masivo del gasto público sanitario: para la asunción de nuevo personal médico, para la drástica reducción de los tiempos de espera de las consultas, para la renovación de los equipos obsoletos, para la innovación tecnológica y la asistencia domiciliaria por parte de los médicos de asistencia primaria. Servirían, exactamente, los 37 millardos sustraídos en los últimos diez años al gasto sanitario y correspondientes a la suma puesta a disposición para tal fin por la Unión Europea con el llamado «MES» (Mecanismo Europeo de Estabilidad), ásperamente contestado por los populistas a causa de su prejuicio ideológico de tipo antieuropeista. En cuanto a la distribución del gasto público y de las competencias, el carácter universal del derecho a la salud impone que estas sean coordinaras por el Estado, para garantizar, primero, los niveles esenciales de asistencia en todas las Regiones y, en segundo término, un federalismo sanitario solidario basado en el principio de subsidiariedad.

7.9. Por una renta universal de ciudadanía. Renta básica y derechos de los trabajadores. Como se ha visto en los § 5.9 y 7.7, el nexo entre supervivencia y trabajo, teorizado por Locke en los orígenes de la Edad Moderna, ha desaparecido: sobrevivir es cada vez menos un hecho natural dependiente de la voluntad de trabajar y cada vez más un hecho artificial dependiente de la integración social. Al estar el derecho a la vida amenazado por la división del trabajo, el creciente desempleo y, con ello, por la falta de medios de subsistencia[61], ya no basta la sola garantía frente a lesiones violentas, sino que se necesita también una garantía positiva: la introducción, junto a la prohibición de matar, de la obligación de proporcionar una renta mínima básica, como condición elemental de su subsistencia, a quien lo necesite por hallarse en situación de desempleo[62].

61. Sobre el creciente desempleo, destinado cada vez más a aumentar a causa de la progresiva sustitución del trabajo por máquinas inteligentes, véanse los escenarios ilustrados por J. Kaplan, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale* [2015], trad. it. de I. V. Tomasello, Luiss University Press, Roma, 2016.

62. De la vastísima literatura sobre la renta básica, véanse, al menos, Ph. van Parijs, «A Basic Income for All», en Íd. (ed.), *What's Wrong with a Free Lunch?*, Beacon, Boston, 2001, pp. 3-28; Íd. e Y. Vanderborght, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Il

Existen dos modelos de esta garantía vital: la renta mínima garantizada solo a los necesitados, previa comprobación del estado de necesidad, y la garantizada a todos como objeto de un derecho fundamental de carácter universal, después recuperada de quienes no la necesitan, a través de la fiscalidad. El primer modelo es el adoptado en casi todos los países europeos, previsto en el artículo 38, 2.° de la Constitución italiana sobre los «medios adecuados a las necesidades vitales», que deben ser asegurados en el caso de «desempleo involuntario» y en casos de «accidente, enfermedad, invalidez y vejez», introducido en Italia, si bien con muchas limitaciones, por el Decreto Ley n.° 4/2019, de 28 de enero, convertido en la Ley n.° 26/2019, de 28 de marzo. El segundo modelo es el, bastante más radical, de una renta básica incondicionada y universal, atribuida a todos sin condiciones ni contraprestaciones, como garantía de la dignidad personal y no solo de los mínimos vitales, financiada mediante la adecuada fiscalidad progresiva y recuperada por esta misma vía de quien no la necesitase[63]. Este segundo modelo equivaldría a una innovación rupturista, tanto de la naturaleza de la democracia social como de la del trabajo. Generalmente, ha sido considerado utópica y falta de realismo. En cambio, no obstante sus costes, cabe señalar muchas razones en su defensa.

En primer lugar, este tipo de renta básica es el que mejor se acomoda al universalismo de los derechos fundamentales: en cuanto derecho

Mulino, Bolonia, 2017; Basic Incom Network Italia, *Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, Manifestolibri, Roma, 2009; G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Gruppo Abele, Turín, 2011; Th. Casadei, *Oltre i diritti sociali? Il basic income (e i suoi problemi)*, Firenze University Press, Florencia, 2012, con amplia bibliografía; Basic Incom Network Italia, *Reddito minimo garantito. Un progetto necessario e possibile*, Gruppo Abele, Turín, 2012; E. Granaglia y M. Bolzoni, *Il reddito di base*, Ediesse, Roma, 2016, con amplia bibliografía; S. Feltri, *Reddito di cittadinanza. Come, quando, perché*, introd. de D. De Masi, PaperFirst, Roma, 2018.

63. El principal defensor de este tipo de renta es Ph. van Parijs, que lo define como «una renta pagada por una comunidad política a todos sus miembros con carácter individual sin control de sus recursos ni exigencia de contrapartidas» (Ph. van Parijs e Y. Vanderborght, *Il reddito di base*, cit.). Una renta básica universal —aunque sea condicionada por una genérica «participación», o sea, por alguna «contribución social»— ha sido propuesta también por A. B. Atkinson, *Disuguaglianza*, cit., pp. 221-233, que, en su Propuesta 13, la ha llamado «renta de participación, complementaria de la protección social existente» (*ibid.*, p. 227). Thomas Piketty, a su vez, ha propuesto la introducción de una «dotación de capital universal», financiada con impuestos sobre el patrimonio, «equivalente al 5 % de los ingresos nacionales» y asignada a cada joven adulto, a la edad, por ejemplo, de 25 años, para permitirle «iniciar su vida personal y profesional con un patrimonio equivalente al 60 % del patrimonio medio» (*Capitale e ideologia*, cit., cap 17, pp. 1108-1112).

atribuido universalmente a todos, no estaría sujeta a condiciones y, menos aún, a contraprestaciones que la convertirían en un derecho parapatrimonial. En segundo lugar, quedaría excluida de ella cualquier connotación caritativa y, por consiguiente, el estigma social que se sigue, en cambio, de una indemnización ligada a la falta de trabajo y a la pobreza. En tercer lugar, supondría una ventaja, sobre todo, para los sujetos más débiles y víctimas en la mayor medida del desempleo y la precarización, como las mujeres y los jóvenes, favoreciendo su liberación de vínculos domésticos. En cuarto lugar, su carácter universal serviría para reducir la mediación burocrática y discrecional requerida, como en el primer modelo, por la comprobación de las rentas o de los diversos tipos de estado de necesidad, que es una fuente inevitable de costes, ineficiencias, posibles violaciones, privilegios y discriminaciones y, al mismo tiempo, de las limitaciones de la libertad derivadas de la inclusión en registros y controles sobre los necesitados. En quinto lugar, se trata de la medida que, al asegurar a todos los mínimos vitales, se concilia mejor con las actuales formas (en algunos casos irreversiblemente) flexibles de las relaciones de trabajo, sustrayendo a los trabajadores al chantaje de la máxima explotación y reforzando su poder de negociación en la relación con los empleadores.

Hay que desterrar literalmente esa suerte de ideología laborista, difundida en los sindicatos y en los partidos de izquierda, que ve en esta garantía una posible amenaza al valor y las garantías del trabajo. Hay que ser conscientes del hecho de que, en el futuro, habrá cada vez menos trabajo y que, por tanto, una renta vital universal, posible por el enorme crecimiento de la riqueza, será necesaria para la supervivencia de las personas y para su cohesión social. Pero la renta mínima básica, sobre todo en su forma universalista, no solo no se da contra el trabajo, sino que es un decisivo factor de reforzamiento de la autonomía contractual de los trabajadores, no constreñidos así por la necesidad de aceptar cualesquiera condiciones de trabajo. Es además una garantía básica de la dignidad del trabajo como fundamento de la República, ciertamente no asegurada por un trabajo obligado y explotado, sino por el trabajo como autodeterminación de la persona y por eso como expresión de sus opciones y capacidades, y factor de realización personal y social[64]. En fin, la pandemia del coronavirus, que ha dejado sin traba-

64. Como una «*manifestación* vital y un modo de apropiación de la vida *humana*», según las palabras del joven Marx (*Manuscritos: economía y filosofía*, Tercer manuscrito, «Propiedad privada y comunismo», ed. de F. Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1968, p. 149).

jo y sin ingresos a millones de trabajadores autónomos o precarios y ha constreñido al estado a socorrerlos con tardías indemnizaciones o rentas de emergencia, ha ofrecido una última confirmación de la absoluta necesidad de una similar garantía vital *erga omnes*[65].

En esta valorización del trabajo como libre opción es donde reside, además, el carácter intrínsecamente liberal del *basic income*, que, obviamente, es un derecho social a prestaciones positivas, pero que también está dotado de un valor intrínsecamente libertario. En efecto, pues, al garantizar la subsistencia, este derecho, sobre todo en su forma universalista, es también un metaderecho, que opera como condición de la efectividad de todos los demás derechos de los trabajadores: como garantía no solo de la subsistencia del que no tiene trabajo, sino también de la dignidad del que trabaja y al que confiere la fuerza necesaria para defender sus propios derechos. Su función liberatoria es doble: la liberación *del* trabajo, ya no simple mercancía desvalorizada a placer por el capital, sino fruto de la libre elección, y la liberación *frente al* trabajo al resultar eliminada o al menos reducida la necesidad de aceptar cualquier trabajo, incluso servil, como condición de supervivencia. Si fuera introducida en su forma universalista, cambiaría la naturaleza del trabajo, no expuesto ya a la máxima explotación, sino ligado a la autonomía de las personas, como factor de afirmación social. De este modo resultaría atenuada la mercantilización de la persona, hoy sometida, para obtener y mantener el trabajo, a toda forma de chantaje, y de ahí la progresiva devaluación del trabajo. En suma, la renta mínima universal no es solo una medida social que libera de la necesidad, sino también una medida liberal que refuerza la libertad y la dignidad de todos los trabajadores. Equivaldría a una reapropiación, cuando menos, de una parte de nuestro tiempo de vida, hoy enteramente sustraído a nuestra autodeterminación por la «falta de tiempo» de la que todos somos víctimas al ser nuestro tiempo expropiado en gran parte por su destinación capitalista a tiempo de trabajo o a tiempo de consumo de una cantidad ilimitada y en gran parte inútil de mercancías[66].

65. Es lo declarado por el papa Francisco el 12 de abril de 2020, día de Pascua. Frente al drama de los trabajadores precarios o sin empleo, más todos los golpeados por el coronavirus, dijo: «Ha llegado el momento de pensar en una forma de retribución universal básica».

66. Esta expropiación del tiempo —«no tenemos tiempo, no perdamos tiempo» como rasgo distintivo y creciente del capitalismo— ha sido bien ilustrada por P. Bevilacqua, *Ecologia del tempo. Uomini e natura sotto la sferza di Crono*, Castelvecchi, Roma, 2018, pp. 9-10: «Un bien común invisible, uno de los más preciosos y universales, escapa a nuestra percepción y a nuestro control precisamente en la fase histórica en la que

Son dos las principales objeciones a la introducción de semejante innovación. La primera, avanzada por quien considera parásitos y holgazanes solamente a los pobres que pueden beneficiarse de ella y no a quienes acumulan riquezas desmesuradas jugando a la bolsa y evadiendo impuestos, es el miedo de que pudiera servir para reducir la disposición a trabajar de los que ganan salarios miserables con su trabajo. En cualquier caso, para incentivar el empleo, bastaría con que el salario mínimo del que se ha hablado en el § 6.8 fuera establecido por la ley en una medida de al menos el doble de la renta básica. La segunda objeción es, obviamente, el coste económico y el mayor ingreso fiscal necesario para sostenerlo. Es la objeción ya respondida en el § 7.7: esta medida cuesta, como todos los derechos sociales, pero cuesta más el estado de indigencia provocado por su ausencia. Añádase que la renta básica universal valdría para compensar en pequeña parte, precisamente por darse en favor de todos, la inicua distribución de la riqueza en favor de poquísimos por obra del mercado capitalista: equivaldría, ha escrito Elena Granaglia, a la «restitución de recursos comunes», justificada por el hecho de que «el mercado no distribuye de forma equitativa el valor añadido que en él se produce, haciendo posible que algunos se apropien de recursos que son de todos y que, en consecuencia, deberían ser repartidos entre todos»[67]. Es, pues, evidente que la batalla por la renta mínima garantizada debería ampliarse, al menos, a escala europea y tendría que convertirse en un motor para todas las luchas sociales. Un *basic income* universal irrogado por Europa, donde los precarios y los desempleados son decenas de millones y representan la nueva clase de los explotados, serviría no solo para evitar la exclusión de estos de la sociedad civil y su inclusión en las sociedades inciviles de las asociaciones criminales, sino también para relegitimar a la Unión hoy en crisis de legitimidad a los ojos de masas crecientes de europeos[68].

es objeto del más sistemático saqueo. Es el tiempo, el tiempo de nuestra vida, el fluir de los días y su ordenada distribución interna [...] Es con la llegada del capitalismo como los tiempos de la naturaleza, la evolución de la Tierra y los ritmos del ser vivo quedan sujetos a los ritmos de dominio y explotación de los hombres».

67. E. Granaglia, «Luci e ombre del reddito di cittadinanza»: *Micromega* 4 (2017), p. 35. Recuérdense también las palabras de Federico Caffè sobre el «fracaso del mercado, por efecto de su incapacidad para poner remedio a la 'distribución arbitraria e inicua de las riquezas y las rentas', para decirlo con Keynes» («Tra populismo e politica sociale» [1977], en *Federico Caffè*, cit., p. 189).

68. Se trataría de la actuación dirigida, por parte de las instituciones comunitarias, del *Pilar europeo de los derechos sociales* estipulado en ocasión de la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017 y aprobado por el Parlamento Europeo, por el Consejo y por la Comisión, cuyo artículo 14

Hay, en fin, una importante consideración de carácter general sugerida por la hipótesis de una renta base de carácter universal: su erogación *ope legis* haría de ella un modelo para una desburocratización del *welfare* en su totalidad. La hipótesis de una renta universal *ope legis* conllevaría, además de costes relevantes, relevantes ahorros. Reduciría gran parte de los gastos invertidos en la necesaria mediación burocrática de al menos una parte de las prestaciones sociales, con todos los daños —ineficiencias, derroches, privilegios, discriminaciones, favoritismos y corrupción— ligados a la comprobación de sus presupuestos y a los consecuentes espacios inevitables de discrecionalidad y de arbitrio, lesivos sobre todo de la libertad y la dignidad de las personas. Reduciría los costes de las políticas dirigidas a realizar el pleno empleo cualquiera que fuese, como el salvamento de industrias en crisis con el solo fin de conservar los puestos de trabajo y la creación, a veces sobre bases clientelares, de trabajos socialmente inútiles. Incrementaría, con la mayor seguridad de futuro, la calidad y la productividad del trabajo. Favorecería el aumento del consumo y de la demanda. Haría más tolerable la actual flexibilidad del trabajo, haciendo innecesarios, al menos en parte, los actuales amortiguadores sociales. Reduciría, en fin, la tensión y los conflictos entre capital y trabajo, atenuando la tragedia de la pérdida del trabajo.

Sobre todo, la garantía *ope legis* de una renta básica universal proporcionaría un modelo para una refundación de todas las demás prestaciones sociales. En efecto, las garantías *ex lege* aseguran al máximo la gratuidad, el automatismo y con ello la efectividad de sus actuaciones; se adecúan de la mejor manera al universalismo de los derechos fundamentales; reducen las costosas y con frecuencia ineficientes e inicuas mediaciones burocráticas, y así realizan los mayores niveles de igualdad sustancial. De ellas resultaría una transformación del actual estado social —burocrático, opaco, clientelar, asistencial, paternalista y fuente de abusos, de derroches, discriminaciones y corrupción— en un *welfare* de derecho basado, de acuerdo con la forma universal de los derechos sociales, en el carácter gratuito, igualitario, simplificado, transparente y directo de las correspondientes garantías, y en la máxima reducción de los costes y los abusos producidos por la mediación de las verificaciones, autorizaciones, de los *nihil obstat* y los controles.

establece: «El que no disponga de recursos suficientes tiene derecho a una renta mínima adecuada, que le garantice una existencia digna en todas las fases de su vida y un acceso efectivo a bienes y servicios básicos. Paras quienes estén en condiciones de trabajar, la renta mínima debería ir acompañada de medidas para la inserción en el mundo del trabajo».

7.10. *La construcción de la democracia social: vínculos presupuestarios para sustento de las garantías primarias, fiscalidad progresiva y expansión de las garantías secundarias. La sinergia entre las cuatro democracias.* La construcción de la democracia social, al conllevar una redistribución de la riqueza y una reducción de las excesivas desigualdades, comporta también un decisivo reforzamiento de todas las demás dimensiones de la democracia. En efecto, a la democracia no la favorecen ni la excesiva pobreza ni la riqueza excesiva. No la excesiva pobreza que, aparte de no permitir los mínimos vitales, rompe la cohesión social y es fuente de desviaciones y marginaciones; pero tampoco la excesiva riqueza, fruto en gran parte de actividades ilegales[69] y en todo caso destinada, de no ser invertida en actividades productivas, a financiar actividades dirigidas a condicionar la esfera pública y a deformar el funcionamiento de la democracia política y del mercado mismo, como la adquisición de diarios y televisiones, las presiones lobbistas, el financiamiento ilícito de los partidos y la corrupción. «El amor a la República en la democracia», escribió Montesquieu, «es amor a la democracia, y este es amor a la igualdad. Es además amor a la frugalidad. Cada cual debe gozar de la misma felicidad y de las mismas ventajas, disfrutar de los mismos placeres y tener las mismas esperanzas, lo cual solo puede conseguirse mediante la frugalidad general. [...] Así pues, las buenas democracias al establecer la frugalidad doméstica, abrían las puertas a los gastos públicos, como se hizo en Atenas y Roma»[70]. Y Adam Smith: «Ninguna sociedad puede ser floreciente y feliz si la mayor parte de sus miembros es pobre y miserable»[71].

Como se dijo en el § 4.3, el más grave problema generado por el garantismo social consiste en la falta de remedios eficaces para las lagunas estructurales, es decir, la ausencia casi total de normas de actuación que introduzcan las funciones y las instituciones de garantía para los derechos sociales establecidos en las cartas internacionales. En efecto, pues tales lagunas, a diferencia de las antinomias no son reparables por adecuadas funciones de garantía secundaria. Como se dijo entonces, esto no evita su ilegitimidad y la existencia en cualquier caso de la obligación de colmarlas y de destinar a tal fin los recursos necesarios,

69. Sobre la delincuencia de los ricos y su impunidad, véase V. Ruggiero, *I crimini dell'economia. Una lettura criminologica del pensiero economico*, Feltrinelli, Milán, 2013; Íd., *Perché i potenti delinquono*, Feltrinelli, Milán, 2015; E. Pazé, *Giustizia, roba da ricchi*, Laterza, Roma-Bari, 2017; Íd., *Anche i ricchi rubano*, cit.

70. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. V, cap. III, pp. 77-78.

71. A. Smith, *La riqueza de las naciones*, cit., lib. I, cap. VIII, p. 170.

con prioridad sobre cualquier aplicación[72]. Pero es claro que la separación de poderes no le permite hacerlo a la jurisdicción constitucional[73]. Es por lo que merece señalarse una innovación bastante original introducida en la Constitución brasileña de 1988: la previsión de precisos vínculos presupuestarios, es decir, de la obligación para las funciones de gobierno de destinar no menos de un cierto porcentaje del gasto público a la satisfacción del derecho a la salud y del derecho a la educación[74]. Se trata de un indudable progreso del garantismo consti-

72. A propósito de las garantías de los derechos sociales, Lorenza Carlassare habla de una «necesaria asignación de los recursos destinados a su satisfacción». Y —a propósito de los criterios seguidos por el «legislador en la opción de destinar los fondos disponibles a uno u otro capítulo del presupuesto»— se pregunta «¿qué sentido tendría la Constitución con sus principios si [estos] fueran dejados al pleno arbitrio del legislador, libre de seguir los dictados de la Constitución o de separarse de ellos? El sistema se vería trastornado en su totalidad: la circularidad de los derechos es innegable, su conexión estrechísima, la recíproca dependencia, siempre subrayada por la doctrina y la jurisprudencia» («Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse»: *Costituzionalismo.it* 1 [2013], p. 10). Del mismo modo, contra la idea de que la garantía de los derechos sociales requerida por el principio de solidaridad sea condicionada y no condicionante de los presupuestos del estado, Stefano Rodotà: «La crisis económica y la escasez de los recursos disponibles determinada por ella vuelven a suscitar la total dependencia de la solidaridad de un factor externo, de los recursos económicos disponibles [...] Pero, al convertir este en el criterio para el reconocimiento de los derechos sociales, se pone en discusión el propio carácter del estado constitucional de derecho como lugar de pleno reconocimiento de los derechos fundamentales indivisibles entre sí. Y de este modo [...] se hace una operación cultural y políticamente regresiva, porque la innovación institucional representada por el principio de solidaridad y por los derechos sociales no ignora ciertamente el problema de los recursos disponibles, sino que incide en la modalidad de su distribución, que debe ser coherente con los criterios que esa innovación lleva consigo» (*Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 27). De «opción constitucional vinculada a la asignación de los recursos según las prioridades constitucionales reconducibles a los derechos fundamentales (arts. 2, 3 y 32 de la Constitución italiana)» hablan también A. Cauduro y P. Liberati, «Brevi note», cit., p. 160.

73. A lo sumo, como se ha hipotetizado, podría atribuirse a la jurisdicción constitucional el poder de condenar al estado incumplidor al pago periódico de una suma de dinero a un fondo creado al efecto, hasta el cumplimiento, con el que cuentan los Tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo: así, S. Senese, «Consideraciones extravagantes de un 'jurista empirico'», en «Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris*», cit., p. 378.

74. El artículo 212 de la Constitución brasileña establece, en materia de educación, que «la Unión aplicará anualmente nunca menos del 18 % y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios nunca menos del 25 % de lo recaudado mediante los impuestos [...] al mantenimiento y al desarrollo de la enseñanza». El artículo 198, § 2 y 3 establece a su vez, en materia de salud que «la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios utilizarán anualmente, para las acciones y los servicios sanitarios públicos, recursos mínimos derivados de la aplicación de porcentajes» que una ley complementaria n.° 141/2012,

tucional. Gracias a estos vínculos explícitos, la posible laguna de leyes de actuación de los derechos sociales resulta transformada en una antinomia, es decir, en la invalidez de las leyes presupuestarias que no destinen a la educación y a la sanidad pública las cuotas mínimas de gasto establecidas por la Constitución, que la jurisdicción constitucional podrá poner de manifiesto.

Es, pues, evidente que el financiamiento de las garantías de los derechos sociales, y por eso de la dimensión social de la democracia constitucional, requiere un adecuado sistema fiscal de carácter realmente progresivo[75]. El principio de la progresividad de los impuestos está establecido en muchas constituciones, incluida la italiana que lo prevé en su artículo 53. Por consiguiente, en vista del actual crecimiento exponencial de las riquezas y de las pobrezas, hay que preguntarse si las actuales cuotas máximas de los impuestos sobre la renta —en Italia, por ejemplo, la cuota del 43 % común a las rentas superiores a 75 000 euros al año y a rentas cien veces superiores a estas— valen para respetar esa progresividad y para financiar adecuadamente las garantías sociales. A mi juicio, un gravamen fiscal con cuotas máximas mucho mayores, dirigidas a asegurar techos máximos de renta, está justificado por la necesidad, no solo de financiar las instituciones sociales de garantía, sino también de poner un límite a la acumulación a menudo parasitaria o, peor aún, ilegal de riquezas tan desmesuradas como inutilizables o dañosas. Además, precisamente, en Estados Unidos, donde los milmillonarios, como ha declarado uno de ellos, Warren Buffett, pagan menos impuestos que sus secretarias[76], en el pasado estuvieron vigentes cuotas fiscales altísimas para las grandes riquezas. En los años cuarenta del pasado siglo, durante la guerra, el Congreso americano estableció para las rentas superiores a 200 000 dólares anuales de entonces un gravamen fiscal del 94 %. Sucesivamente, la cuota máxima para las rentas más altas se mantuvo, en Estados Unidos, en el 91 % entre 1951 y 1963, cuando fue reducida al 70 %, para después descender: al 51 % en 1981, al 28 %

de 13 de enero, ha establecido en el 12 % para los Estados y en el 15 % para los Municipios y la Unión, añadiendo que estos deberán aumentar con el crecimiento del PIB.

75. Joseph Stiglitz ha escrito que «la primacía de los países escandinavos en la clasificación del desarrollo humano» se debe «al régimen fiscal más oneroso de Europa» y ha recordado que sus economías se han desarrollado con un éxito extraordinario «no a pesar de los altos impuestos, sino gracias a estos» (*Aiuto! Giustizia e sussidi internazionali* [2018], trad. it. de R. Arrigoni, Castelvecchi, Roma, 2018, p. 40).

76. Warren Buffett, ha escrito Piketty, en 2015 pagó, por un patrimonio de 65 millardos de dólares, un impuesto federal sobre la renta de 1,8 millones de dólares, equivalente a una tasa del 0,003 (*Capitale e ideologia*, cit., cap. 17, p. 1103, nota 16).

en 1988 y al 21 % en 2018[77]. A esta progresiva reducción de los impuestos a los ricos se debe el enorme crecimiento de las retribuciones de los altos ejecutivos, de las acumulaciones de riqueza especulativas y parasitarias y por eso de la desigualdad.

Por último, algunas palabras sobre las instituciones jurisdiccionales de garantía secundaria, requeridas por la construcción de la democracia constitucional como condiciones de efectividad de las garantías primarias. En esta perspectiva, me limitaré a indicar dos refuerzos, en apoyo no solo de los derechos fundamentales, sino de la legitimidad del ordenamiento en su conjunto. En primer lugar, la institución de un fiscal ante los Tribunales Constitucionales titular de la acción de anulación de las normas inválidas[78], no siempre activable por los titulares de los derechos lesionados; en segundo lugar, la legitimación de cualquier funcionario público, y no solo de los jueces, para recurrir contra las leyes inválidas que tenga ocasión de aplicar. Es, en efecto, inadmisible

77. A. B. Atkinson, *Disuguaglianza*, cit., cap. 7, pp. 185 y 188; E. Saez y G. Zucman, *The Triumph of Injustice*, W. W. Norton, Nueva York, 2019. Como ha puesto de relieve Anthony B. Atkinson, esta reducción de los impuestos a los ricos ha sido la principal razón de los aumentos exponenciales de los sueldos de los altos ejecutivos, que obviamente habrían sido desincentivados por las adecuadas cuotas fiscales (*Disuguaglianza*, cit., cap. 3, p. 113). Atkinson propone, por tanto, además del «salario mínimo legal» del que ya he hablado en la nota 55 del cap. VI, techos máximos para las retribuciones (*ibid.*, cap. 5, pp. 155-158), alcanzables, como sugiere con la Propuesta n.° 8, mediante una seria progresividad fiscal (*ibid.*, cap. 7, pp. 183-205). A su vez Thomas Piketty, luego de haber recordado que el más imponente crecimiento económico de Occidente se produjo en los primeros treinta años de la segunda posguerra, en contra de un prejuicio muy difundido, en presencia de la máxima progresividad de la presión fiscal y de la reducción de las desigualdades, ha propuesto tres grandes impuestos progresivos: sobre la propiedad, las sucesiones y la renta (*Capitale e ideologia*, cit., cap. 17, pp. 1101-1117). Sobre el sistema fiscal estadounidense, convertido de hecho en regresivo por efecto de las desgravaciones fiscales concedidas por los presidentes republicanos y transformado en la principal causa de la creciente desigualdad, véase J. E. Stiglitz, *La gran brecha*, cit., cuarta parte. Emmanuel Saez y Gabriel Zucman han puesto de manifiesto que 400 americanos más ricos pagan una cuota fiscal de su renta inferior a la de un trabajador medio y han propuesto una cuota máxima de 73 % (*The Triumph of Injustice*, cit.). Es todavía más grave la concentración de la riqueza en la Rusia poscomunista, donde, en los años noventa, bajo la presión de los economistas del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional se promovió una rápida privatización de la economía acompañada de un increíble *flat tax* del 13 % sobre las rentas y del 0 % sobre las sucesiones (Th. Piketty, *Capitale e ideología*, cit., cap. 12, pp. 689-690). Sobre la actual desigualdad global, véase nota 5 del próximo capítulo.

78. Es el «defensor de la Constitución» propuesto por H. Kelsen, en «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 147.

que leyes inválidas puedan permanecer en vigor y ser aplicadas por los jueces y administradores solo porque no resulta técnicamente imposible su impugnación.

En fin, una consideración conclusiva acerca del paradigma constitucional. La historia de la democracia constitucional es la de una progresiva ampliación de la esfera pública y de su creciente desarrollo sobre la base de las cuatro clases de derechos que constituyen sus normas de reconocimiento y su razón social: los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. A la inversa, las agresiones a la democracia se han producido siempre a través de reducciones o supresiones de los derechos fundamentales: de los derechos políticos, por obra de las distintas formas de absolutismo y de autocracia; de los derechos civiles de las personas oprimidas o explotadas, debido a despotismos domésticos o patronales; de los derechos de libertad, a causa de sus lesiones no solo en los sistemas políticos abiertamente autoritarios, sino también en las actuales democracias iliberales; de los derechos sociales, por los incumplimientos o, peor aún, las ausencias de adecuadas funciones públicas de garantía primaria en las actuales democracias antisociales.

Naturalmente, el modelo de la democracia constitucional es un modelo ideal, nunca plenamente realizado. Siempre habrá antinomias y lagunas, violaciones no reparadas y, por eso, un grado más o menos alto de inefectividad de los principios constitucionales. Sin embargo, puede afirmarse que en la construcción de la democracia constitucional sus cuatro dimensiones —política, civil, liberal y social— se refuerzan recíprocamente al existir entre ellas la misma sinergia, ya señalada en el § 4.10, entre las garantías de las cuatro clases de derechos fundamentales en que se basan. En efecto, pues la democracia política supone la democracia liberal y la democracia civil, es decir, la garantía del pluralismo político y de las libertades fundamentales, que a su vez suponen el desarrollo de la autonomía cognoscitiva de las personas, que solo puede madurar gracias a la salud y a la educación garantizadas por la democracia social. Pero es también cierto lo contrario: el desarrollo de la democracia política y la efectiva participación de los ciudadanos en las decisiones públicas son un factor indispensable de la garantía y del desarrollo de la democracia económica o civil, así como de la democracia liberal y de la democracia social[79]. En fin, y sobre todo, hay un factor

79. «Ninguna reforma», ha escrito Federico Caffè, «puede producir efectos realmente incisivos cuando las masas mayormente interesadas en su actuación sean pasivas, apáticas, desorganizadas [...] Por otra parte, la actitud inerte y pasiva de las clases pobres está

decisivo y cada vez más urgente para la salvaguardia de las democracias nacionales, que es la construcción —impuesta por las distintas cartas internacionales de derechos humanos y hecha cada vez más necesaria por la actual globalización de las comunicaciones y de la economía— de una esfera pública supranacional y de una expansión del paradigma constitucional a escala global. A esta perspectiva está dedicado el capítulo siguiente.

conectada con insuficiencias educativas, que constituyen una triste herencia del periodo colonial» («Le dimensioni mondiali della povertà» [1971], en *Federico Caffè*, cit., p. 627). Sobre la sinergia entre las cuatro democracias, véase *PiII*, § 15.23, pp. 411-416.

Capítulo VIII

LA DEMOCRACIA COSMOPOLITA. LOS CRÍMENES DE SISTEMA. POR UNA CONSTITUCIÓN DE LA TIERRA

8.1. *El paradigma constitucional prefigurado por la Carta de la* ONU *y su paradójico declive en la era de la globalización.* En el actual mundo globalizado, el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, tanto de carácter político como de carácter económico. Por eso, las cuatro dimensiones de la democracia constitucional ilustradas en los capítulos precedentes están en crisis y corren el riesgo de ser enteramente arrolladas por la deslocalización de los poderes, tanto políticos como económicos, que cuentan fuera de las fronteras nacionales y por su desarrollo como poderes salvajes capaces de atentar contra todos los derechos y todos los bienes fundamentales.

Es, por otra parte, inverosímil que 8 millardos de personas, 196 estados soberanos, de los cuales diez disponen de armamento nuclear, un capitalismo voraz y depredatorio, y un sistema industrial ecológicamente insostenible puedan sobrevivir largamente sin enfrentarse a catástrofes humanitarias, nucleares, económicas y ecológicas. De aquí la necesidad de un desarrollo multinivel, además de multidimensional, de la democracia constitucional capaz de limitar los poderes globales hoy desregulados. La necesidad de construir un constitucionalismo supranacional idóneo para colmar el *vacío de derecho público* producido por la asimetría entre el carácter global de los actuales poderes extraestatales y el carácter todavía prevalentemente local del constitucionalismo, la política, el derecho, y las conexas funciones de gobierno y de garantía.

No se trata de una hipótesis utópica o futurista. Se trata del deber ser jurídico de la política y del derecho mismo, ya formulado en ese embrión de constitución del mundo formado por la Carta de la ONU y

las demás cartas, declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos. A causa de la miopía y de la irresponsabilidad de la política, esta embrionaria constitución del mundo permanece hasta ahora inactuada. Pero, como se dijo en el § 4.6, su actuación se ha hecho *posible* por el carácter formal del paradigma constitucional, *necesaria* y *urgente* por la gravedad de los desafíos globales y *jurídicamente obligatoria* por la normatividad de los principios de paz y de justicia positivamente establecidos, y por los nexos de implicación entre esas expectativas en las que consisten los derechos fundamentales proclamados en las diversas cartas internacionales y la obligación de introducir sus garantías. En efecto, pues tras de la segunda guerra mundial, en los países liberados de los fascismos, no solo se refundaron los sistemas políticos nacionales bajo las formas de la democracia constitucional. Se refundó también el derecho internacional, hasta entonces un sistema pacticio de relaciones entre estados soberanos, basado en tratados bi- o multilaterales, transformado por la Carta de la ONU y las demás sobre los derechos humanos en un ordenamiento jurídico, gracias al hecho de que todos los estados miembros están sujetos en él a un mismo derecho, esto es, a la prohibición de la guerra —verdadera norma constitutiva del derecho internacional como ordenamiento— y, además, al respeto de los derechos humanos[1].

Hoy se está produciendo un proceso deconstituyente de este ordenamiento, tan evidente como paradójico en cuanto simultáneo a la globalización, que haría más necesaria que nunca su constitucionalización. Aquellas cartas habrían requerido —y siguen imponiendo— normas de actuación, dirigidas a introducir las funciones y las instituciones de garantía de los principios y de los derechos establecidos en ellas. Garantía de la paz, a través de la actuación del capítulo VII de la Carta de la ONU y con ello la institución del monopolio supranacional de la fuerza, la disolución de los ejércitos nacionales y la prohibición de las armas; garantías de los derechos sociales, mediante el adecuado financiamiento de instituciones globales de garantía, como la Organización Mundial de la Salud y la FAO; garantía de los bienes comunes del medio ambiente natural frente a las terribles y crecientes devastaciones, por la creación

1. Me he pronunciado en favor de la posible constitucionalización del derecho internacional, además de en los escritos citados en la nota 23 del cap. IV, en *La sovranità nel mondo moderno*, cit., cap. III, pp. 39-59; en *PiII*, cap. XVI, pp. 470-634; en *La democracia a través de los derechos*, cit., cap. V, pp. 171-236; en *La democrazia costituzionale*, cit., pp. 75-106; en *Manifiesto por la igualdad*, cit., pp. 235-241 y, últimamente, en «Per una Costituzione della Terra?»: *Teoria politica* (2020).

de demanios supranacionales y el establecimiento de rígidos límites a las emisiones de gases contaminantes; garantías jurisdiccionales secundarias, comenzando por el control de constitucionalidad y de convencionalidad contra las violaciones de las garantías primarias por parte de los estados. Si se exceptúa el Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, cuyo estatuto se aprobó en Roma el 17 de julio de 1998, pero al que no se han adherido las mayores potencias, poco o nada se ha hecho. Antes bien, se ha empañado la memoria de los «nunca más» opuestos en el quinquenio 1945-1949 a los horrores de los totalitarismos y de las guerras, y se ha olvidado el proyecto, entonces formulado, de una refundación constitucional del orden internacional, precisamente hoy, cuando la anomia de los poderes globales y la creciente interdependencia mundial han hecho aquel proyecto más necesario y vital que nunca.

El resultado de este proceso deconstituyente ha sido una tendencial regresión al estado de naturaleza. Por lo demás, este —el estado natural de guerra virtualmente permanente— fue el modelo pre-ONU de la sociedad de los estados soberanos descrita por la filosofía política, de Hobbes y Locke a Kant y a Hegel[2]. Con tres dramáticas diferencias respecto de la sociedad natural del *homo homini lupus*. La primera es que la actual sociedad salvaje es una sociedad artificial, compuesta ya no de lobos naturales, sino de lobos artificiales —los estados y los mercados— sustancialmente sustraídos al control de sus creadores y dotados de una fuerza destructiva incomparablemente mayor que cualquier armamento del pasado. La segunda es el carácter global de estos efectos destructivos, que golpean a toda la humanidad, y los nexos entre devastaciones de la naturaleza y crecimiento de las desigualdades, entre injusticia climática e injusticia social, entre cuestión medioambiental y cuestión social, entre justicia dentro de las generaciones y justicia entre generaciones[3]. La tercera es que, a diferencia de todas las demás catástrofes sufridas hasta ahora —las guerras mundiales y los horrores de los tota-

2. Recuérdense los pasajes citados en la nota 20 del cap. IV.

3. Este es el nexo que caracteriza al enfoque de las cuestiones ecológicas y sociales de la encíclica del papa Francisco de 24 de mayo de 2015, *Laudato si'. Lettera enciclica sulla cura della casa comune*, Dehoniane, Bolonia, 2015, § 48, p. 36: «El medio ambiente humano y el medio ambiente natural se degradan al mismo tiempo y no podremos afrontar adecuadamente esta degradación medioambiental si no prestamos atención a las causas atinentes a tal degradación humana y social. De hecho, el deterioro del medio ambiente y de la sociedad golpea de modo especial a los más débiles del planeta». Es el mismo enfoque que informa el volumen colectivo que, también en el título, sigue las huellas de la encíclica *Niente di questo mondo ci risulta indifferente. Associazione Laudato si'*.

litarismos— la catástrofe ecológica y la nuclear son irreversibles, y quizá no haya tiempo para formular nuevos «nunca más». En efecto, pues existe el peligro de que cuando se adquiera la conciencia de la necesidad de un nuevo pacto, sea ya demasiado tarde.

Los principales factores de estas catástrofes son, por un lado, la globalización de los mercados en ausencia de una esfera pública global y, por otro, la nueva emergencia de los nacionalismos —los hoy llamados «soberanismos», en su versión populista— que, más allá de su aparente oposición, se han revelado como los más seguros aliados del actual orden liberista. En efecto, pues, como se dijo en el § 6.4, son precisamente los actuales populismos los que, con su ilusoria defensa de las ya perdidas soberanías nacionales, se oponen a la actuación del proyecto de constitucionalización del orden mundial diseñado por la Carta de la ONU y las distintas cartas sobre derechos humanos, obviamente, es contrario a los intereses de los grandes poderes económicos y financieros. Los resultados son la asimetría entre el carácter global de la economía y del capital financiero, y el carácter todavía estatal de la política y del derecho y por eso la inversión de su relación: no son los gobiernos y los parlamentos los que dictan reglas a la economía, sino al revés. Así se entiende que la ausencia de una esfera pública capaz de imponer a los mercados límites, vínculos y controles a su altura, ha determinado la soberanía tendencialmente absoluta e invisible de los poderes económicos y financieros, de este modo libres para violar los derechos y los bienes fundamentales de las personas. En síntesis, esa ausencia ha determinado la inversión de la jerarquía democrática de los poderes ilustrada en el § 5.8.

A despecho de la igualdad en los derechos proclamada en tantas cartas constitucionales e internacionales, las desigualdades en las concretas condiciones de vida han alcanzado en estos años dimensiones sin precedentes en la historia. Los datos estadísticos son espantosos. Los pobres son cada vez más pobres y los ricos siempre más ricos. Piénsese solo en el más impresionante de aquellos, recogido en el informe Oxfam de 2017: las ocho personas más ricas del planeta tienen una riqueza equivalente a la de la mitad más pobre de la población mundial, tres millardos y medio de personas. Lo más alarmante es el hecho de que el número de estos milmillonarios se ha reducido enormemente en pocos años: eran 62 en 2016, 85 en 2014, 388 en 2010[4]. Gra-

Un'alleanza per il clima, la Terra e la giustizia sociale, ed. de D. Padoan, Interno4, Milán, 2020.

4. D. De Masi, *Il lavoro nel XXI secolo*, Einaudi, Turín, 2018, p. 679.

cias a la crisis económica que ha jugado ampliamente en su beneficio, la riqueza de estos superricos ha crecido en un 44 % en el último decenio, mientras que la de la mitad más pobre del mundo ha disminuido en un 41 %[5]. La movilidad social no se ha bloqueado, pero ha cambiado de dirección: ya no va de abajo arriba, sino de abajo a condiciones de vida y de renta aún más bajas. Es también cierto que en números absolutos la pobreza global ha disminuido, gracias asimismo al crecimiento económico de China. Pero han crecido enormemente las desigualdades dentro de los países y, sobre todo, la visibilidad tanto de la pobreza como de la desigualdad. La comunicación y la información televisiva y digital, ya accesibles a todos, ponen cotidianamente en escena el bienestar y el derroche de los países ricos, haciendo la miseria, el hambre y la desesperación de las personas pobres y pobrísimas más indecorosos e intolerables que nunca.

No han disminuido las disparidades políticas y económicas entre los pueblos. El viejo colonialismo, consistente en la sujeción material y militar de los pueblos más débiles, ha sido hoy sustituido por un neocolonialismo de carácter económico y financiero, el saqueo de los bienes comunes y de los recursos del planeta por parte de los países más ricos y la subordinación de todos los pueblos a la nueva soberanía, impersonal y privada, de los llamados mercados. Los viejos golpes de estado militares han sido reemplazados por las disgregaciones de las subjetividades colectivas, la reducción a la pasividad y la manipulación del con-

5. En Estados Unidos, ha escrito Joseph E. Stiglitz, el 1 % de los americanos posee el 41,8 % de la riqueza del país (en 1978 tenía el 25 %) y el 0,1 % controla el 22 % de esta (*Invertire la rotta. Disuguaglianza e crescita economica* [2016], trad. it. de F. Galimberti, Laterza, Roma-Bari, 2017, pp. 13-14). En Europa el 10 % de la población posee el 56 % de las riquezas nacionales y el 1 %, el 23 % (OCDE, *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*, OECD Publishing, París, 2011, p. 22). Sobre las desigualdades globales, además de los trabajos citados en la nota 49 del cap. VI, véase T. Pogge, *Povertà mondiale e diritti umani. Responsabilità e riforme cosmopolite* [2008], trad. it. de D. Botti, Laterza, Roma-Bari, 2010 [trad. cast. de E. Weikert, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005]; B. Milanović, *Chi ha e chi non ha. Storie di disuguaglianze* [2011], trad. it. de M. Alacevich, il Mulino, Bolonia, 2012; Íd., *Ingiustizia globale. Migrazioni, disuguaglianze e il futuro della classe media* [2016], trad. it. de G. Tonoli, Luiss University Press, Roma, 2017; A. Deaton, *La grande fuga. Salute, ricchezza e origini della disuguaglianza* [2013], trad. it. de P. Palminiello, il Mulino, Bolonia, 2015; Th. Piketty, *Disuguaglianze* (1997, ^{7}2014), trad. it. de R. Salvadori, Università Bocconi Editore, Milán, 2018; A. B. Atkinson, *Disuguaglianza*, cit.; M. Franzini y M. Pianta, *Disuguaglianze. Quante sono e come combatterle*, Laterza, Roma-Bari, 2016. Véanse, además, en el sitio https://www.forumdisuguaglianzediversita.org/proposte-per-la-giustizia-sociale/, las quince propuestas para la justicia social elaboradas por el Forum Disuguaglianze e Diversità promovido por Fabrizio Barca y presentadas en Roma el 25 de marzo de 2019.

senso de los electores, movilizados contra los diferentes y los más débiles, como lo son típicamente los migrantes, y la transformación de las democracias representativas en las que, como ya he recordado, Bovero ha llamado «autocracias electivas». Al mismo tiempo, al final de la guerra fría entre bloques contrapuestos ha seguido, en estos últimos treinta años, el retorno de la guerra caliente como instrumento de solución de los problemas internacionales. A la explotación del trabajo propia del viejo capitalismo, se han añadido las agresiones al medio ambiente y las catástrofes ecológicas de las que son víctimas sobre todo las poblaciones más pobres.

De este modo, la divergencia deóntica entre el «deber ser» diseñado por las distintas cartas de derechos y el «ser» efectivo del derecho internacional se ha ampliado enormemente. Esta divergencia entre normatividad y efectividad, determinada por una bien visible laguna de garantías, es el reflejo de la divergencia entre problemas globales y políticas locales, entre la creciente interdependencia planetaria y el carácter todavía prevalentemente estatal del derecho y de las instituciones públicas, tanto de gobierno como de garantía. Hoy, los problemas políticos y sociales más graves son sin duda globales: la contaminación atmosférica y el calentamiento climático; la disipación de los recursos energéticos disponibles; la producción y la difusión de armas que alimentan guerras y criminalidad, y de armamentos nucleares cada vez más mortíferos capaces de destruir varias veces a la humanidad; el crecimiento exponencial de las desigualdades en un mundo cada vez más integrado que ve convivir enormes riquezas y terribles pobrezas, y el consiguiente desarrollo de violencias, terrorismos y fundamentalismos; la falta de alimentación básica, de fármacos esenciales y de agua potable para centenares de millones de seres humanos; la explotación ilimitada del trabajo por la competencia a la baja entre trabajadores de los países ricos y trabajadores en condiciones de para-esclavitud en los países pobres; las diversas formas —mafias, narcotráfico, terrorismos— de una criminalidad organizada, también ella cada vez más globalizada; en fin, la propagación a escala planetaria de pandemias, como la del coronavirus, actualmente en curso. Pero estos problemas, de cuya solución depende el futuro de la humanidad, son ignorados por los estados nacionales: precisamente por su carácter global, que requeriría una gestión global y no local, y por la falta de disposición de la política para ocuparse de ellos, anclada como está en el consenso popular dentro de los espacios restringidos de las circunscripciones electorales y en el corto plazo de las elecciones o, peor aún, en los brevísimos de los sondeos. La democracia actual está afectada de localismo y de presentismo. Así, entra en conflicto con la raciona-

lidad y con los intereses a largo plazo de los mismos países democráticos, cuya defensa o cuya lesión dependen cada vez menos de decisiones estatales internas y cada vez más de decisiones externas, tanto de carácter político como de carácter económico.

8.2. *La necesidad y la urgencia de un constitucionalismo más allá del estado. Instituciones y funciones estatales de gobierno e instituciones y funciones globales de garantía. Un despertar de la razón política urgido por la pandemia.* Esta banal, elemental conciencia impone hoy, siendo realistas, la construcción de una esfera pública y de un constitucionalismo rígido de nivel supranacional, a la altura de los actuales desafíos de la globalización. Hasta hoy el paradigma constitucional se ha realizado solo en los estados nacionales, con los límites y las crisis ilustradas en los capítulos precedentes. Volvemos, pues, a la pregunta formulada en el § 4.5: ¿la crisis de los estados determinada por la deslocalización de los poderes que cuentan fuera de los confines nacionales está destinada a trastornar también nuestras democracias, o es posible una expansión del garantismo constitucional más allá del estado?

De las dos opuestas concepciones de la constitución, del pueblo y de la democracia distinguidas en los § 3.10, 5.4 y 6.2, se siguen dos respuestas opuestas a esta crucial demanda. Es claro que la idea organicista e identitaria del pueblo formulada por Carl Schmitt en los años treinta del siglo pasado como el necesario presupuesto de la constitución, excluye que sea posible o de cualquier modo deseable una constitución por encima de los estados nacionales, por ejemplo, europea o menos aún global. Según ella, la constitución es la expresión de la «identidad» y de la «unidad del pueblo como totalidad política» y, como se dijo en el § 6.2, se funda en el *principio de homogeneidad* o *de identidad*. Es la idea que está en la base del escepticismo acerca de una posible democracia constitucional de nivel supraestatal, compartido por todos los actuales populismos y, como se recordó en el § 4.5, expresado en el plano teórico por la crítica de la llamada falacia de la *domestic analogy* en la que caerían cuantos, en ausencia de algunos presupuestos de las democracias nacionales, la conciben como un *demos* supranacional, una sociedad civil europea y menos aún planetaria, y partidos políticos internacionales[6].

6. Esta idea de un nexo axiológico entre constitución, estado nacional y pueblo, que haría imposibles o en cualquier caso carentes de legitimación, por falta de un *demos* europeo, una constitución y una democracia constitucional europeos, reapareció hace algunos años en el debate sobre una posible constitución de Europa. Me limito a recordar:

Diametralmente opuesta es la tesis que se sigue de la concepción pluralista del pueblo y de la pacticia de la constitución y de la democracia propuestas también en los § 5.4, 3.10 y 6.2. Según esta tesis, una constitución es tanto más legítima, necesaria y urgente cuanto mayores son las diferencias que a ella le corresponde garantizar y las desigualdades que deberá reducir. De aquí proviene el valor civil y democrático de un constitucionalismo global. En efecto, pues la homogeneidad cultural no es un valor. Por el contrario, son valores la heterogeneidad, la herejía, el contraste, el debate y el conflicto de ideas, en los que se basan el pluralismo político y la democracia, el espíritu crítico y el progreso científico y cultural. Por otra parte, es en la igualdad de las diferencias personales y en la reducción de las desigualdades materiales garantizadas por el universalismo de los derechos de libertad y de los derechos sociales, donde reside la única unidad popular y la sola identidad colectiva que, en democracia, merecen ser perseguidas y valorizadas. Este tipo de unidad es el que sirve para fundar los vínculos sociales, el tejido civil, las solidaridades colectivas y el sentido cívico de pertenencia a una misma comunidad que forman el sustrato político y cultural de la democracia, en ausencia del cual la sociedad se mantiene unida solo por la constricción, la disciplina y la represión.

De otra parte, como se ha hecho ver en el § 4.6, gracias a su carácter formal, el paradigma teórico del constitucionalismo democrático, como sistema de límites y vínculos, es aplicable a cualquier sistema de poder, público o privado, nacional o supranacional. Por eso, si se toman en serio la Carta de la ONU, la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, este conjunto de cartas puede considerarse una constitución embrionaria del mundo, formada además sobre el consenso prestado a sus tratados instituyentes por todos los contratantes del pacto. En efecto, pues más aún que las constituciones estatales, aprobadas por mayoría en asambleas constituyentes, estos pactos se aprobaron por unanimidad[7]. Por eso tie-

D. Grimm, «Una Costituzione per l'Europa?» [1994], trad. it. de F. Fiore, en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, pp. 339-367, en particular, pp. 353-356. Contra este anclaje de la legitimidad de la constitución y de la democracia en la «jaula (aparentemente sólida) de los estados nacionales» y en la existencia de «un pueblo europeo», se ha pronunciado J. Habermas, «Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm» [1995], trad. it. de L. Ceppa, *ibid.*, pp. 370-375.

7. «En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos apro-

nen, también jurídicamente, la forma del contrato social en versión escrita: un contrato, repárese, que ya no es solo una hipótesis filosófica, sino un hecho histórico y una convención de derecho positivo, aprobada por todos aquellos que la estipularon y suscribieron.

Lo que falta —y que hace de este conjunto de tratados una constitución del mundo solo embrionaria— son las garantías y las correspondientes funciones e instituciones, cuya construcción está confiada a la política y a cuya ausencia se debe la dramática distancia entre el deber ser jurídico y el ser efectivo del derecho internacional. Como se dijo en los § 4.2 y 4.3, se trata de una carencia ilegítima, de una indebida laguna estructural, dado que también los derechos fundamentales establecidos en aquellos tratados son expectativas negativas o positivas que implican e imponen la obligación de introducir en ellos, a través de adecuadas normas de actuación, las garantías y las correspondientes funciones e instituciones de garantía. En efecto, pues si no se quiere reducir los derechos fundamentales establecidos en tantas cartas internacionales a una retórica vacía, habrá que reconocerles normatividad jurídica, y por eso leer como debida la construcción de una esfera pública supraestatal, es decir, de las garantías correlativas a tales derechos y a la altura de los poderes políticos y económicos supranacionales.

Al respecto, hay un equívoco que es necesario superar. Cuando se habla de *governance* internacional, generalmente se piensa en las *instituciones de gobierno* investidas de *funciones públicas* de opción y de innovación y, por eso, tanto más legítimas cuanto más cercanas a los cuerpos electorales y más representativas. Pero estas no son las instituciones necesarias para la garantía internacional de los derechos y para la supervivencia del orden internacional. Lo necesario para tal fin no es tanto un gobierno mundial basado en el improbable principio de una persona un voto cuanto, sobre todo, la introducción de *funciones* y de *instituciones globales de garantía* de la paz y de los derechos humanos, legitimadas, repito, no por su representatividad política, sino por la aplicación sustancial del derecho existente. Es decir, por la tutela y la satisfacción de los principios de paz y de justicia ya estipulados en las leyes y en las cartas internacionales: de un lado, las que he llamado *fun-*

bada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal de Derechos Humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez. Los iusnaturalistas habrían hablado de *consensus omnium gentium* o *humani generis*» («Presente y porvenir de los derechos humanos» [1968], en Íd., *El tiempo de los derechos*, trad. cast. de R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 64).

ciones e *instituciones administrativas de garantía primaria*, dedicadas a la tutela de la paz y de los derechos de libertad y a la satisfacción de los derechos sociales, del otro, las *funciones* y las *instituciones jurisdiccionales de garantía secundaria*, dedicadas a la comprobación y la reparación de las violaciones de las garantías primarias.

Como se dirá en las páginas que siguen, algunas de estas instituciones globales de garantía primaria, como la FAO y la Organización Mundial de la Salud existen desde hace tiempo, pero son del todo inadecuadas a las que deberían ser sus funciones de garantía. Se trata de dotarlas de los medios y los poderes necesarios para el desarrollo de las funciones de erogación de las prestaciones alimentarias y sanitarias. Una innovación constitucional bastante original y eficaz, capaz de asegurar los recursos necesarios para tales funciones y, al mismo tiempo, de garantizar su independencia sería la aplicación, también a escala global, de los vínculos presupuestarios según el modelo brasileño del que se ha dicho en el § 7.10: la previsión de cuotas de un mínimo anual del producto interno mundial, recaudadas por una fiscalidad global y destinadas a su financiamiento. Otras instituciones —en materia de garantía del medio ambiente, la educación, la vivienda, la seguridad y de otros derechos vitales— deberían, en cambio, instituirse. Otras —el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Salud—, como se dirá mejor en el § 8.10, tendrían que ser transformadas, sobre la base de sus mismos estatutos, en instituciones globales e independientes de garantía. En cuanto a las funciones y a las instituciones de garantía secundaria, no se ha ido más allá de la institución del Tribunal Internacional de Justicia, competente para dirimir las controversias entre los Estados miembros de la ONU que hayan aceptado su jurisdicción y la ya recordada del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad; cuando una constitucionalización del derecho internacional requeriría sobre todo la institución de un *Tribunal Constitucional Global*, capaz de censurar como inválidas las leyes y los tratados en contradicción con las cartas internacionales de derechos. En todos los casos, se trata de funciones y de instituciones no de gobierno, sino de garantía, como tales contramayoritarias en cuanto legitimadas para la tutela de los derechos fundamentales de todos, también frente a las contingentes mayorías.

La forma jurídica de este complejo constitucionalismo global es claramente el federalismo, aquí redefinido en el § 4.9, como constitucionalismo multinivel basado en el carácter prevalentemente federado de las instituciones de gobierno y en gran parte federal de las instituciones de garantía, así como en claras separaciones entre unas y otras. En efec-

to, dentro de un ordenamiento internacional de tipo federal, las funciones de gobierno, legitimadas por la representación política, serán tanto más representativas y responsables cuanto más sean de competencia de los estados federados, mientras que las funciones globales de garantía y las correspondientes instituciones deben ser creadas en actuación de las tantas cartas internacionales de derechos humanos. Algunas de estas, dedicadas a la garantía primaria de derechos y bienes fundamentales solo realizable a escala global —la tutela del ecosistema, la paz, los mínimos vitales, la gestión de las pandemias, la jurisdicción en materia de crímenes de estado contra la humanidad— deben ser enteramente de competencia de las instituciones federales globales. Otras, tanto primarias como secundarias, tendrán, en cambio, que desarrollarse a todos los niveles sobre la base del principio de subsidiariedad, en virtud del cual la intervención de las funciones de nivel superior será debida donde falten, no sean adecuadas o lo requieran las instituciones de garantía de nivel inferior.

Por consiguiente, en el plano teórico, la construcción de una esfera pública supranacional —respetuosa de la autonomía y de la representatividad política de las funciones estatales de gobierno (federadas) y compuesta principalmente de funciones e instituciones supraestatales de garantía (federales)— es bastante menos problemática de lo que normalmente se piensa. Tanto el prejuicio ideológico schmittiano de la unidad y la homogeneidad de un pueblo como presupuesto de una constitución, como la idea de los críticos de la *domestic analogy*, según la cual el paradigma constitucional supondría una sociedad civil inexistente a escala global, deben ser, en efecto, transformados en su contrario: cuanto más diferentes y desiguales sean las personas cuyos derechos es preciso proteger y cuanto más terribles y desastrosas sean las agresiones a los titulares de estos derechos violados, tanto más necesarios son los límites y vínculos constitucionales al conjunto de los poderes que deberían garantizarlos. Así como el paradigma constitucional y la limitación tanto interna como externa de las soberanías estatales nacieron en el siglo pasado de las tragedias de los totalitarismos y de las guerras, del mismo modo la construcción de una adecuada esfera pública global como sistema de límites, vínculos y separaciones que imponer a los poderes políticos y económicos de otro modo salvajes, se ha hecho hoy necesaria y urgente por las tragedias en acto y por las todavía más catastróficas que se ciernen sobre nuestro futuro.

Una de estas tragedias es la pandemia del coronavirus desencadenada en 2020. Como todas las demás emergencias globales, ha puesto de relieve la fragilidad del género humano y, al mismo tiempo, su total

interdependencia y su destino común. No obstante las conquistas tecnológicas y el crecimiento de nuestras economías, todos, simplemente como seres humanos, seguimos estando expuestos a las catástrofes, casi todas provocadas por nosotros mismos con nuestra malsana e irresponsable relación con la naturaleza. De aquí ha venido una ulterior, dramática confirmación de la necesidad de dar vida a una esfera pública planetaria y a un constitucionalismo global. Esta tragedia, con el tremendo balance cotidiano de muertos en todo el mundo, ha hecho más visible e intolerable que cualquier otra emergencia global, la falta de adecuadas instituciones globales de garantía, y más urgente y compartida la necesidad de colmar esta laguna mediante la actuación de las distintas cartas de derechos humanos. Puede, pues, provocar un despertar de la razón. Por primera vez en la historia, se ha producido la percepción común a todos los habitantes del planeta de un peligro común, que solo en común puede ser afrontado con éxito. Al hacer de cada uno de nosotros un posible cauce y una posible víctima del contagio, la pandemia ha implicado a todos y cada uno en una general corresponsabilidad en lo relativo a sus resultados, el de la salvación o el de la enfermedad y la muerte de sí mismos y de los demás. Ha hecho ver que solo su gestión pública y global habría podido garantizar, además de la igualdad en el derecho a la salud de todos los seres humanos, la eficacia de las medidas adoptadas, que depende de su homogeneidad y de su coordinación, al ser suficiente que algunos países adopten medidas inadecuadas o intempestivas para provocar la reapertura del contagio en todos los demás. Ha rehabilitado, en fin, el papel de la política como cuidado y promoción del interés general que liga el interés de cada uno al interés de todos, más allá de las fronteras y de las diferencias nacionales, religiosas o culturales.

8.3. *Constitucionalizar la globalización, globalizar el garantismo constitucional. La adveración del constitucionalismo por efecto de su expansión universal. Por una fiscalidad global.* Se entiende el enorme alcance innovador de la expansión del paradigma constitucional aquí postulado. El actual constitucionalismo es un constitucionalismo de derecho público, concebido como sistema de límites y vínculos en garantía de los derechos fundamentales y anclado —como «estado de derecho»— a las formas del estado nacional.

El constitucionalismo más allá del estado, aquí planteado como hipótesis, consiste en la superación de este modelo restringido del paradigma constitucional a través de las tres expansiones propuestas en los § 4.7-4.9. En el capítulo sexto he hablado de la expansión de tal paradigma en la dirección de un *constitucionalismo de derecho privado*,

como complemento del actual constitucionalismo de derecho público, y de un *constitucionalismo de los bienes fundamentales*, como complemento del actual constitucionalismo de los derechos fundamentales. Este capítulo está dedicado, sobre todo, a la expansión del garantismo constitucional en dirección a un *constitucionalismo global*, complementario del actual constitucionalismo estatal, a través de la construcción de funciones y de instituciones supraestatales de garantía a la altura de los poderes económicos y políticos globales[8]. Estas expansiones están dictadas todas por la lógica misma del constitucionalismo, cuya historia es la de una progresiva ampliación de la esfera de los derechos constitucionalmente establecidos y de los poderes limitados por estos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y en las constituciones del siglo XIX, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente, la información, el agua potable y la alimentación hoy reivindicados y aún no todos constitucionalizados. Se ha tratado de una historia social y política, antes que teórica, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales americana y francesa, después los movimientos europeos del ochocientos por los estatutos, luego las luchas obreras y sociales por la conquista de los derechos de los trabajadores, más tarde la lucha de liberación antifascista de la que nacieron las actuales constituciones rígidas, en fin, las luchas feministas, ecologistas, pacifistas de estos últimos decenios.

Pero la expansión del paradigma constitucional a escala global no es solo una ampliación. Es también y, sobre todo, una adveración del constitucionalismo. En efecto, pues entre el constitucionalismo y la defensa de las soberanías estatales y entre el universalismo de los derechos fun-

8. Es el proyecto diseñado por I. Kant, *La paz perpetua*, cit., y, antes aún, en *Idea para una historia universal en clave cosmopolita* [1784], presentación de D. M. Granja Castro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 49 ss. Y en I. Kant, «En torno al tópico», en Íd., *Teoría y práctica*, cit., III, p. 59. El proyecto retoma y desarrolla la reflexión de J. J. Rousseau, *Estratto dal progetto di pace perpetua dell'Abbé de Saint-Pierre* [1761], en Íd., *Opere*, ed. de P. Rossi, Sansoni, Florencia, 1972, pp. 137-154; Íd., *Giudizio sul progetto di pace perpetua* [1782], *ibid.*, pp. 154-160, comentario del ensayo de C. I. Castel, abate de Saint-Pierre, *Les Mémoires pour rendre la paix perpetuelle en Europe*, escritas durante el Congreso de Utrecht de 1712. Sobre el proyecto kantiano de una constitución cosmopolita cf., últimamente, C. Corradetti, *Kant e la Costituzione cosmopolitica. Tre saggi*, Mimesis, Milán, 2016. Una prefiguración del ordenamiento internacional como ordenamiento «universal», según el modelo de la *civitas maxima* de Christian Wolff, se encuentra en H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., cuyo cap. IX, pp. 355-402, se titula «El derecho internacional como *civitas maxima*».

damentales, referido a todos los seres humanos, y el espacio estatal de sus garantías delimitado de hecho por la ciudadanía, existe una contradicción insoluble. Por eso, las actuales, mortíferas amenazas para el futuro de la humanidad imponen un salto de cualidad al constitucionalismo, en actuación y de acuerdo con el carácter universal de los derechos fundamentales establecidos en las distintas cartas no solo constitucionales, sino también internacionales. En efecto, pues globalizar el constitucionalismo equivale a hacer veraz el universalismo y, con ello, a garantizar la igualdad en los derechos fundamentales de todos los seres humanos, como su auténtico factor de cohesión y de pacífica convivencia. Por tanto, el paradigma constitucional adverado por su universalización es incompatible tanto con la ciudanía, que, como se ha dicho en el § 6.2, es el último accidente de nacimiento que diferencia a las personas en los derechos y debería ser sustituida por la residencia como presupuesto de los derechos políticos, como con la soberanía que, en democracia, no pertenece a ningún poder constituido, sino solo al pueblo, y por eso, como se dijo en el § 5.4, se identifica con la suma de esos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales de los que todos —los millones, más bien los millardos de personas que forman los pueblos— son titulares.

En suma, solo un constitucionalismo global que no conozca fronteras y que anule esos factores de división del género humano que son las diversas soberanías y las diversas ciudadanías, podrá actuar el universalismo de los derechos fundamentales, y hacer que los estados y los mercados, hoy valores intrínsecos y fines en sí mismos, se conviertan en *instrumentos de garantía* de tales derechos y de los demás principios de justicia constitucionalmente establecidos. Solo tal ampliación del garantismo constitucional podrá restaurar la jerarquía y la geografía democrática de los poderes, trastornadas, como se ha visto en el § 5.8, por su confusión y por la actual inversión del gobierno político de la economía en el gobierno económico de la política. Es difícil prever si esa ampliación del constitucionalismo y de la democracia llegará a desarrollarse, o si continuarán prevaleciendo la miopía y la irresponsabilidad de los gobiernos. No obstante, dos cosas son ciertas. Las he señalado, pero conviene insistir en ellas.

La primera tesis cierta es que esta ampliación es posible. Su primera condición es el rechazo de la idea, repetida en estos años por todos los gobernantes y por cuantos los sostienen, de que «no existen alternativas» al *statu quo* del poder y a las políticas actuales. Esta es una tesis claramente ideológica, de legitimación de lo que sucede y de lo que no sucede. La alternativa existe, y es la introducción no solo posible, sino incluso obligatoria —en cuanto impuesta por la implicación expresada por

nuestro hexágono deóntico entre las expectativas negativas o positivas en las que consisten los derechos fundamentales, y las prohibiciones y las obligaciones que son sus garantías— de idóneas funciones e instituciones de garantía en apoyo del proyecto de un derecho internacional modelado sobre el paradigma constitucional, ya diseñado en la Carta de la ONU y en las diversas cartas supranacionales de derechos humanos. Son estas funciones y estas instituciones de garantía, sobre todo primarias, las que deberían estar expresamente previstas y concretamente construidas para que pueda superarse la llamativa laguna que está desacreditando los derechos fundamentales establecidos en aquellas cartas como meras declamaciones ideológicas. Por lo demás, todas las constituciones y las convenciones en materia de derechos tienen el mismo aire de familia. Así se explica el diálogo jurisprudencial cada vez más frecuente e intenso entre los Tribunales Constitucionales. Pero se justifica, además, la hipótesis de una *Constitución de la Tierra* que, como ha sucedido con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recoja y reelabore en un único texto, rígidamente supraordenado a todas las demás fuentes, tanto estatales como internacionales, las «tradiciones constitucionales comunes» a todas estas cartas[9]. Con toda seguridad, los verdaderos problemas que plantea esta perspectiva no son de carácter teórico o técnico, sino solo de carácter político, ligados a la miope falta de disposición de los poderes más fuertes —las superpotencias militares, las grandes empresas multinacionales y los mercados financieros— para someterse al derecho y a los derechos.

La segunda tesis cierta es que, en el actual mundo globalizado, la construcción de una esfera pública internacional garante de la paz, de los derechos humanos y de los bienes comunes, es hoy la única alternativa

9. En esta perspectiva, a finales de 2019, se promovió un movimiento de opinión en apoyo de la necesidad de elaborar una Constitución de la Tierra y de la organización con este fin de una escuela denominada «Constituyente Tierra». El llamamiento «Perché la storia continui. Appello per una Costituzione della Terra», escrito por Raniero La Valle, se publicó en *il manifesto* de 27 de diciembre de 2019 [trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, «Para que la historia continúe. Llamamiento Propuesta para una Constitución de la tierra»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 98 (2020), pp. 7 ss.]. La escuela se inauguró en Roma, en la Biblioteca Valicelliana, el 21 de febrero de 2020, con las intervenciones de R. La Valle, «Chiediamolo al pensiero. Le ragioni di una Scuola» y de L. Ferrajoli, «Per una Costituzione della Terra», publicadas en el sitio www.costituenteterra.it. Mi texto, con un *post scriptum* de tres meses después, con la dramática confirmación, por obra de la pandemia, de la necesidad y urgencia de este salto de civilidad, se encuentra también en *Teoria politica* X (2020). Sobre el argumento, remito también a mi *Perché una Costituzione della Terra*, Giappichelli, Turín, 2021. Y en particular a *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, ²2023.

racional y realista a un futuro de guerras y de violencias capaces de arrasar los intereses de todos. Hoy, o se va hacia adelante en el proceso constituyente, primero europeo y después global, a través de la construcción de idóneas funciones e instituciones supranacionales de garantía, sobre todo primarias, de la paz y de los derechos vitales de todos, o bien se retrocederá, de manera brutal y radical, hasta el punto de poner en peligro, por primera vez en la historia, la habitabilidad del planeta y la supervivencia de la humanidad. O se imponen límites en interés de todos al desarrollo salvaje del capitalismo global, o se irá al encuentro de un futuro de catástrofes. Como las devastaciones medioambientales consecuencia de un crecimiento industrial ecológicamente insostenible; la amenaza y la autodestrucción nuclear en un mundo lleno de armas incomparablemente más mortíferas que las de cualquier época pasada; el crecimiento exponencial de la desigualdad, la miseria y el hambre, así como del crimen organizado y del terrorismo; la fuga creciente de migrantes de sus países, cada vez más inevitable por efecto de los cambios climáticos.

Bajo estos aspectos, la pandemia del coronavirus ha puesto de relieve la total inadecuación de las instituciones internacionales existentes a sus funciones de garantía. Esta inadecuación era evidente ya antes. La falta de medios y de poderes de la Organización Mundial de la Salud está desde hace decenios acreditada por los millones de muertos al año debidos a la falta de distribución de fármacos esenciales en los países pobres, que hace cuarenta años la propia OMS dijo deberían ser universalmente accesibles a todos. Pero solo el coronavirus, al golpear también a los países ricos, la ha desvelado finalmente, haciendo obvia la necesidad de transformarla en una verdadera institución de garantía, poniendo así en marcha, en el terreno sanitario, un primer fragmento de constitucionalismo global.

De aquí la necesidad de introducir una *fiscalidad mundial*, capaz de financiar las funciones internacionales de garantía primaria de los derechos y de los bienes fundamentales: la *Tobin tax* sobre las transacciones internacionales de la que se habla desde hace años[10], pero también el posible gravamen fiscal por el uso por parte de los países ricos de los *bienes comunes* de la humanidad, como las órbitas satelitales, las bandas del éter y los recursos minerales de los fondos oceánicos, actualmente

10. Sobre la *Tobin tax*, véase R. Bellofiore y E. Brancaccio (eds.), *Il granello di sabbia. I pro e i contro della Tobin Tax*, Feltrinelli, Milán, 2002, que contiene en apéndice una serie de textos, entre ellos, en las pp. 46-60, el artículo de J. Tobin, «A Proposal for International Monetary Reform»: *Eastern Economic Journal*, 3-4 (1978), pp. 153-159, en el que se avanzó la propuesta y, además, dos intervenciones suyas de 1997 en el *Washington Post* y una entrevista de 1999.

utilizados de forma gratuita, con el indebido enriquecimiento, como si fuesen *res nullius* y no, según lo establecido por las vigentes convenciones internacionales sobre el mar y sobre los espacios extra-atmosféricos, «patrimonio común de la humanidad»[11]. De aquí lo fundado de un derecho de los países pobres al resarcimiento de los daños producidos al planeta por el calentamiento climático, idóneo para compensar ampliamente sus deudas externas. Pero estas hipótesis de gravámenes y resarcimientos deberían ir acompañadas de la introducción de verdaderos y propios impuestos de carácter global, que tendrían además la ventaja de dar vida a una suerte de censo de capitales, como modo de asegurar la transparencia de los poderes económicos y financieros, de limitar sus abusos y sus relaciones con la economía ilegal, y de poner fin a las actuales guaridas fiscales[12].

En términos generales, frente a la anarquía global de los mercados, es cada vez más necesaria y urgente la construcción de un gobierno global de la economía y del capital financiero capaz de gestionar las crisis económicas, cada vez más planetarias, y de colmar el vacío de derecho público producido por la crisis de los viejos estados nacionales. Repárese: no un vacío de derecho, que nunca puede darse, sino un vacío de derecho público, hoy inevitablemente colmado por un pleno de derecho privado, es decir, de un derecho de producción contractual desligado de los estados y de sus territorios[13]. En efecto, se ha invertido la

11. He citado esta noción en el § 1.7 y en la nota 22 del primer capítulo.

12. Es la propuesta de un impuesto global y progresivo sobre los capitales avanzada por Th. Piketty, *El capital del siglo XXI*, cit., cap. 15, pp. 574-604, y retomada por A. B. Atkinson, *Disuguaglianza*, cit., pp. 206-208 y 243. Piketty ha hipotetizado, para tal impuesto, una cuota del 1 % sobre los patrimonios entre uno y cinco millones de euros, del 2 % sobre la fracción de patrimonio superior a cinco millones de euros y del 5 % o del 10 % sobre fracciones superiores a un millardo de euros; además, ha propuesto un impuesto europeo sobre los capitales con las mismas cuotas, calculando que el mismo afectaría al 2,5 % de la población y produciría una recaudación equivalente al 2 % del PIB europeo (*Il capitale*, cit., p. 816 y pp. 837-842). Atkinson, a su vez, habla de una propuesta de Oxfam de un impuesto mundial del 1,5 % sobre los patrimonios superiores a un millardo de dólares que permitiría recaudar 74 millardos de dólares; propone también la institución de una «administración fiscal mundial» (*Disuguaglianza*, cit., p. 206), que serviría para reducir la opacidad de los patrimonios y la evasión fiscal. Emmanuel Saez y Gabriel Zucman, a su vez, han propuesto un impuesto sobre el patrimonio del 2 % sobre los patrimonios entre cincuenta millones y un millardo de dólares y del 3 % para los superiores al millardo (*The Triumph of Injustice*, cit.).

13. Véanse los estudios de Maria Rosaria Ferrarese, citados en la nota 12 del capítulo IV, sobre la sustitución, en la regulación de los mercados globales, de la forma heterónoma propia del estado de derecho, por una normación autónoma producida por los más fuertes de sus propios actores.

relación entre estado y mercado, gracias a la competencia entre sí a la baja, en materia de garantía de derechos, a la que las grandes empresas transnacionales obligan a los estados para elegir aquellos en los que realizar sus inversiones.

En suma, solo la construcción de una esfera pública mundial sería capaz de fundar una geografía y una jerarquía democrática de los poderes como condición necesaria de respuestas racionales, en interés de todos, a los actuales desafíos: al cambio climático, a la pobreza extrema de centenares de millones de personas, a la llamada autorregulación de los mercados. Con tal fin es necesario comprender los desastres provocados por la autorregulación capitalista, resueltos de hecho, gracias también a la actual composición de los órganos de las instituciones económicas internacionales, es decir, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial y de la Organización Mundial del Comercio, en el predominio de los países más ricos, en la corrupción sistemática, en la subordinación de las autoridades de control a los grupos de presión, en los infinitos conflictos de intereses, y en la constante confusión entre controladores y controlados[14]. En síntesis, en la creciente, abismal distancia entre el deber ser del derecho diseñado por tantas cartas constitucionales, nacionales y supranacionales, y su realidad efectiva, hecha de antinomias y de lagunas, de violaciones y falta de actuaciones, de prácticas ilícitas y de principios sin efectividad.

8.4. *Los crímenes de sistema como ilícitos no penales, ocasionados por el actual sistema político y económico global. Cuatro clases de crímenes de sistema.* ¿Cómo debe considerarse esta distancia creciente entre el deber ser jurídico y el ser efectivo del derecho internacional? ¿Cómo llamar a las violaciones masivas de los derechos humanos, todas consistentes en terribles catástrofes? ¿Cómo hay que calificar, en el plano jurídico, a las devastaciones medioambientales que sufren sobre todo las poblaciones de los países pobres, y que son producidas por la ausencia de límites y controles sobre el desarrollo industrial ecológicamente insostenible de los países ricos? ¿Cómo concebir, sobre la base de tantas cartas constitucionales e internacionales de los derechos humanos que

14. Dentro de la amplia literatura sobre las instituciones financieras globales y sobre sus posibles reformas en sentido democrático, me limitaré a recordar: J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori* [2002], trad. it. de D. Cavallini, Einaudi, Turín, 2002; Íd., *La globalizzazione che funziona* [2006], trad. it. de D. Cavallini, Einaudi, Turín, 2006; L. Gallino, *Il colpo di stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Turín, 2013, cap. 12, pp. 298 ss.; M. R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, il Mulino, Bolonia, 2017.

pueblan nuestros ordenamientos, los millones de muertos al año por hambre, sed, enfermedades no tratadas, víctimas del crecimiento de la desigualdad y de la pobreza, y los centenares de millares de personas que tratan de huir de esta miseria para, cuando no pierden la vida en sus tremendas odiseas, encontrar la opresión racista debido a sus identidades diferentes?

Estas violaciones ciertamente masivas, no son configurables como crímenes en sentido penal. Al igual que sus víctimas, pueblos enteros y a veces toda la humanidad, tampoco sus autores son individualizables como personas, pues se trata de los mecanismos del sistema económico y político. Además, al igual que sus efectos catastróficos masivos, no identificables en acontecimientos dañosos singulares y determinados, tampoco las acciones en que tienen origen, igualmente masivas, son generalmente identificables en comportamientos singulares y determinados tipificables como delitos al consistir en conjuntos complejos de actividades políticas y económicas debidas a una pluralidad indeterminada y no determinable de sujetos. En síntesis, se trata de agresiones a los derechos de las personas que el derecho penal no puede afrontar, dado que carecen de todos los requisitos impuestos por sus principios garantistas: por el de estricta legalidad y concreción de los hechos punibles, por el nexo de causalidad entre acciones individuales y cataclismos medioambientales y sociales, por el principio, en fin, de la responsabilidad personal en materia penal.

Y, sin embargo, estas catástrofes no son fenómenos naturales, como los terremotos o las erupciones volcánicas. No lo son los millones de muertos de hambre, sed y enfermedades no tratadas. No lo son tampoco los cataclismos y las devastaciones medioambientales provocados por el actual desarrollo industrial ecológicamente insostenible. Menos aún las omisiones de socorro de las que son víctimas cada año los millares de migrantes que intentan entrar en nuestros países. Y estas catástrofes tampoco son simples injusticias. Son violaciones jurídicas masivas de los derechos fundamentales estipulados en las cartas constitucionales, nacionales y supranacionales.

Hay entonces una segunda pregunta, de carácter metateórico, que se añade a las de carácter teórico ahora formuladas: si es admisible que la criminología, la ciencia jurídica, la ciencia política y el debate público se desinteresen de semejantes atrocidades, en absoluto naturales, sino provocadas por el actual anarcocapitalismo global. Debemos preguntarnos si el debate científico y político puede ignorar semejantes agresiones a los derechos humanos y a los bienes fundamentales que, por un lado, contradicen todas nuestras cartas constitucionales e internacionales y,

por otro, de no ser afrontadas por el derecho y por la política mediante la creación de las adecuadas garantías y de las conexas funciones e instituciones de garantía, disponen de la capacidad necesaria para anular todas nuestras conquistas de civilidad y para poner en peligro, y no a largo plazo, el futuro de la humanidad.

Creo que una respuesta racional a estos dos órdenes de preguntas exige una actualización y una refundación de las categorías conceptuales con las que leemos e interpretamos la realidad. Se plantean, al respecto, dos cuestiones de fondo, una teórica y otra epistemológica. La primera afecta a la noción de «crimen»; la segunda al papel científico y explicativo de la criminología y, más en general, de la ciencia jurídica. Es claro que la palabra «crimen» tiene una fuerte capacidad de estigmatización moral, social y política. Ahora bien, la criminología tradicional y el debate público han sido siempre totalmente subalternos al derecho penal al haber concebido y denominado como «crímenes» solo los comportamientos desviados previstos por el derecho penal como delitos. De este modo, tanto las ciencias jurídicas y sociales como el debate político han desempeñado y siguen haciéndolo un doble papel de legitimación ideológica: la descalificación como injustos y moralmente reprobables únicamente de los hechos previstos como delitos por nuestros sistemas penales y la legitimación como justos o, al menos, como permitidos y no injustos, de todos los hechos no configurados como delitos. En efecto, en el debate público y en el sentido común, sobre todo en estos últimos años, se ha producido una singular plasmación del juicio jurídico, y también del político y moral, según los exclusivos parámetros del derecho penal, convertidos ya en la principal clave de lectura de las culpas y las responsabilidades de la política. Solo los hechos previstos y juzgados como delitos, es decir, como crímenes en sentido penal, suscitan indignación y estigmatización moral y política. Todo lo que no está prohibido como delito se considera permitido. Fenómenos antijurídicos incomparablemente más catastróficos que todos los delitos, como los aquí evocados, precisamente porque no son afrontados por el derecho penal, resultan así, de hecho, tolerados con resignación o, peor aún, con indiferencia.

La emancipación y la autonomía científica de la criminología y de la ciencia jurídica y, más aún, la autonomía política del debate público, requieren, por el contrario, que la previsión de un hecho como delito no sea considerada ni una condición necesaria, ni una condición suficiente de su cualificación como «crimen». Obviamente, no puede ser considerada una condición suficiente —como, por lo demás, de hecho, no lo ha sido nunca por la criminología tradicional— no pudiendo concebirse

como crímenes muchísimos delitos, como los de opinión, las faltas y todas las violaciones de ese derecho penal burocrático y de bagatela producido hoy por la inflación de la legislación penal. Pero, sobre todo, la previsión de un hecho como delito no puede ser considerada una condición necesaria de su calificación como crimen. Una criminología científica no subordinada a las contingentes opciones legislativas de política penal debe, por el contrario, concebir como *crímenes*, junto a los delitos más graves previstos y castigados por el derecho penal, también esas actividades políticas, económicas y sociales que, aun cuando no reconducibles a la responsabilidad penal de las personas individuales, son responsables de las catástrofes planetarias en culpable contradicción con elementales principios constitucionales formulados en tantas cartas y convenciones sobre derechos humanos de las que están dotados nuestros ordenamientos.

Es por lo que resulta necesario ampliar la noción de «crímenes» también a estas agresiones. La noción corriente de «acto ilícito» está anclada a una base individualista, ciertamente no superable por los ilícitos penales: a la responsabilidad personal de sujetos determinados que son sus autores y a los resultados dañosos ocasionados a sujetos igualmente determinados. Por eso hay que ser conscientes de su inadecuación conceptual para dar cuenta de conductas ofensivas, contrarias al derecho y a los derechos, no atribuibles a personas concretas y, sin embargo, enormemente dañosas para pueblos enteros y a veces para toda la humanidad, como las devastaciones medioambientales, las explosiones y las amenazas nucleares, los millones de muertos anuales por no disponer de fármacos esenciales, de agua y de alimentación básica. Por consiguiente, propongo introducir en el léxico de la teoría de la democracia una noción de «crimen» más extensa que la de *crimen penal*, con objeto de incluir en ella esta amplia clase de violaciones masivas de derechos y bienes fundamentales, aunque no consistan, como los crímenes penales, en actos individuales imputables a la responsabilidad de personas determinadas. Más precisamente, propongo llamar a estas violaciones jurídicas, cuyos efectos son bastante más graves que todas las perseguidas por el derecho penal, *crímenes de sistema*[15].

15. He propuesto la introducción de esta figura de ilícito, consistente en violaciones gravísimas de los derechos humanos y del derecho internacional no tratables penalmente en cuanto carentes de todos los requisitos garantistas del delito en «Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea»: *Crítica penal y poder* 4 (2013), ahora en *Escritos sobre derecho penal*, cit., vol. II, § 4 y 5, pp. 470-477 y, por último, en «I crimini di sistema e il futuro dell'ordine internazionale»: *Teoria politica* 7 (2019), pp. 401-412.

Repárese en que no se trata de crímenes de los poderosos, que suelen ser crímenes penales cuya gravedad y cuya tendencia a la impunidad han sido objeto de investigación por una ya amplia literatura de criminología crítica. Y tampoco se trata de crímenes de estado o de crímenes contra la humanidad, hoy igualmente previstos por el derecho penal internacional después de esa gran conquista que fue la creación del Tribunal Penal Internacional, aunque permanezcan hasta ahora ampliamente impunes[16]. Ciertamente, la integración jurídica y política del planeta deberá conllevar una codificación internacional del derecho penal, más allá del limitado elenco de los crímenes previstos por el estatuto del Tribunal Penal Internacional aprobado por el Tratado de Roma de 1998, y, sobre todo, la institución de una policía judicial internacional en materia de crimen organizado, crímenes de estado y terrorismo internacional. Pero los crímenes de sistema, aun consistiendo en masivas violaciones de derechos humanos constitucionalmente establecidos, son otra cosa. Sus rasgos distintivos —los que, haciendo uso del lenguaje penalista, pueden llamarse sus «elementos constitutivos»— son dos: el carácter indeterminado e indeterminable tanto de la acción como del resultado, por lo general catastrófico, y el carácter indeterminado y plurisubjetivo tanto de sus autores como de sus vícti-

16. Esta impunidad, secular por tradición, ha sido la regla que ha avalado los genocidios producidos por las políticas de las potencias occidentales: del genocidio de las poblaciones residentes en América antes de su «descubrimiento» a los provocados por las guerras coloniales. Además de T. Todorov, *La conquista dell'America*, cit., sobre el genocidio en América, véanse, sobre los genocidios del siglo pasados, Y. Ternon, *Lo Stato criminale. I genocidi del XX secolo* [1995], trad. it. de A. Agrati, Corbaccio, Milán, 1997; W. Morrison, *Criminología, Civilización y nuevo orden mundial* [2006], trad. cast. de A. Piombo, Anthropos, Barcelona, 2012, presentación de E. R. Zaffaroni y estudio preliminar de C. Bernal, S. Cabezas, A. Forero, I. Rivera e I. Vidal, que en la p. 94 recoge el terrible elenco de los genocidios coloniales y de los del siglo pasado, de los 8 millones de congoleños exterminados en Congo entre 1885 y 1908 a las matanzas de los tutsis en Ruanda en 1994; B. Bruneteau, *El siglo de los genocidios: violencias, masacres y procesos genocidas desde Armenia a Ruanda* [2005], trad. cast. de F. Peyrou Tubert y H. García Fernández, Alianza, Madrid, 2006, que igualmente recuerda los grandes genocidios del siglo XX: el de los armenios entre 1915 y 1922 por parte de los turcos, las deportaciones étnicas y las ejecuciones de disidentes en la Rusia estalinista, el genocidio por antonomasia debido a los nazis, las masacres de Camboya llevadas a cabo por los Jemeres Rojos de Pol Pot, la limpieza étnica en Bosnia y el genocidio en Ruanda en los años noventa del siglo pasado. Véase, además, sobre las múltiples y terribles manifestaciones de la violencia genocida como fenómenos recurrentes en la historia, P. P. Portinaro, *L'imperativo di uccidere. Genocidio e democidio nella storia*, Laterza, Roma-Bari, 2017. En fin, véanse también las sentencias del Tribunal Permanente de los Pueblos recogidas en *Tribunale permanente dei popoli. Le sentenze: 1979-1998*, ed. de G. Tognoni, Stefanoni, Lecco, 1998, dedicadas en gran parte a la impunidad de los crímenes de estado.

mas, estas, habitualmente consistentes en enteras poblaciones o, peor aún, en toda la humanidad.

Es, pues, evidente que el reconocimiento como «crímenes de sistema» de las violaciones masivas de derechos antes recordadas podría muy bien comportar la institución de una o más jurisdicciones internacionales, con el poder de investigarlos a la vez que las responsabilidades políticas por su perpetración. Por ejemplo, una jurisdicción internacional en materia de agresiones al medio ambiente, otra sobre el hambre en el mundo y las enfermedades curables y no tratadas, otra, en fin, sobre los millones de muertos provocados cada año por la producción y la venta de armas de fuego. Es asimismo evidente que una violación masiva de derechos o bienes fundamentales calificada de «crimen de sistema» no excluye en absoluto que en su ejecución hayan podido cometerse también crímenes penales, atribuibles a la responsabilidad de personas concretas, cuyo descubrimiento podría producirse o ser favorecido precisamente por la investigación de tales violaciones, impulsada por su calificación como crímenes de sistema.

Lo que cuenta es la autonomía, en el debate público, del punto de vista externo respecto del interno del derecho penal, para que puedan llamarse por su nombre —crímenes, justamente— las violaciones masivas imputables a responsabilidades no penales, sino políticas. En efecto, la subalternidad al derecho penal y a los filtros selectivos y correctamente garantistas gracias a los cuales se identifican los ilícitos penales, ha sido la causa de que la criminología tradicional y el debate público hayan acabado ignorando estos crímenes de sistema y, al mismo tiempo, las responsabilidades políticas, económicas y sociales por los daños gigantescos que han tenido en ellos su causa. Y es solo porque tales crímenes no son tratados ni tratables por la justicia penal, justamente anclada en los principios garantistas de la responsabilidad individual y de la concreción de los comportamientos punibles, por lo que no producen escándalo, sino acrítica aceptación —la actual banalización del mal— como si fuesen fenómenos naturales y en cualquier caso inevitables. Por eso, una condición previa para afrontar y prevenir estas violaciones es promover su percepción social como crímenes ya no tolerables por la conciencia civil del mundo, aun cuando no sean atribuibles a la responsabilidad jurídica de personas concretas: precisamente como «crímenes de sistema», a fin de evidenciar en ellos, mediante este concepto «polémico»[17], la con-

17. La expresión «concepto polémico» es usada a propósito del «genocidio» por P. P. Portinaro, *L'imperativo di uccidere*, cit., p. X, «para denunciar conductas inhumanas y suscitar alarma social».

tradicción con todos los valores de nuestra civilidad jurídica y, al mismo tiempo, para imputar su perpetración a las culpas y las responsabilidades políticas y morales de cuantos podrían impedirlos proyectando e introduciendo garantías adecuadas de derecho internacional. El lenguaje teórico-político, no se olvide, tiene siempre un papel performativo en la formación del sentido común.

En los cuatro parágrafos que siguen distinguiré e ilustraré cuatro de estos crímenes de sistema, equivalentes a otras tantas emergencias que es necesario afrontar antes de que se agraven hasta el punto de poner en peligro el futuro de la humanidad: *A*) las catástrofes ecológicas; *B*) las guerras nucleares, y la producción y la multiplicación de las armas; *C*) el hambre y las enfermedades no curadas; *D*) la miseria y las migraciones masivas. Todos estos crímenes y estas catástrofes están interconectados, del mismo modo que lo están los derechos y los bienes fundamentales violados por ellos: la fuga de los migrantes es el producto de los cambios climáticos, las guerras y el crecimiento de la pobreza, que, a su vez, son fruto del capitalismo salvaje y depredador, sustentado por las políticas liberistas y por la disgregación de las subjetividades colectivas provocadas por estas en beneficio de los populismos y de sus campañas identitarias y racistas. Lo que los une, y que justifica su denominación como crímenes «*de sistema*», es que solo podrían ser afrontados mediante decisiones a escala global. Ningún estado abrirá totalmente sus fronteras si los demás no lo hacen. Ningún gobierno afrontará, por sí solo, los problemas de la desigualdad global, el hambre, la sed en el mundo y las enfermedades no tratadas de centenares de millones de personas. Ningún país, y menos aún los dotados de armamento nuclear, procederá a un desarme unilateral. Y todavía menos los distintos estados se harán cargo, de forma individual, del salvamento del planeta a través de una reconversión ecológica de sus propias economías. Solo un garantismo constitucional de carácter global puede poner a la humanidad en condiciones de romper esta perversa espiral, sustituyéndola con la opuesta sinergia entre las varias clases de derechos fundamentales y las correspondientes dimensiones y niveles de la democracia.

8.5. *A*) *Las devastaciones del medio ambiente. Para salvar la Tierra: un constitucionalismo de los bienes fundamentales.* La primera clase de emergencias y de crímenes de sistema, que requiere un constitucionalismo ampliado en todas las tres direcciones indicadas en los § 4.7-4.9 —como constitucionalismo de derecho privado, constitucionalismo de los bienes fundamentales y constitucionalismo supranacional— es la emergen-

cia medioambiental. Se trata de crímenes que no eran concebibles en el pasado. El desarrollo tecnológico e industrial, además de la producción de *bienes vitales artificiales*, como los fármacos esenciales y la alimentación básica, ha provocado la destrucción, la disipación y la mercantilización de una creciente cantidad de *bienes vitales naturales*, como el aire, el agua potable y la integridad del medio ambiente de cuya conservación y utilización depende la supervivencia de la humanidad. En los últimos decenios este desarrollo ha ocasionado daños irreversibles al medio ambiente, trastornando los equilibrios climáticos, contaminando el aire y el agua, envenenando el mar, destruyendo millares de especies animales, desertizando millones de hectáreas de tierra, dilapidando los bienes comunes naturales y los recursos energéticos no renovables y acumulados en millones de años, como si fuésemos las últimas generaciones que viven sobre la Tierra. La humanidad —con el calentamiento global producido por la emisión de gases venenosos, sus residuos tóxicos, sus escorias nucleares y la explotación sin límites de los recursos naturales— se ha transformado en una suerte de metástasis que envuelve el planeta. Se habla, así, de la época actual como de una nueva fase de la historia de la Tierra —el Antropoceno— caracterizada por el dominio destructivo del hombre sobre la naturaleza[18], en realidad fruto de una política literalmente suicida.

En efecto, la naturaleza ha reaccionado a esta violencia, poniéndonos frente a una alternativa que no tiene precedentes en la historia: el salvamento del planeta o la catástrofe inminente e irreparable. Según las valoraciones de todos los estudiosos, el actual desarrollo ecológicamente insostenible del capitalismo salvaje está produciendo una alteración irreversible del mundo natural que pone en riesgo la habitabilidad del planeta. El deshielo de los glaciares en Groenlandia y en la Antártida, el crecimiento de los océanos, las contaminaciones del aire y de los mares, la reducción de la biodiversidad, las invasiones de lan-

18. Jeremy Rifkin ha hablado de «ecocidio» (*Ecocidio. Ascesa e caduta della cultura della carne*, trad. it. de P. Canton, Mondadori, Milán, 2002), con particular referencia a los costes y las consecuencias —desequilibrios ecológicos, crueles maltratos a los animales, enfermedades y crecimiento de las desigualdades globales— de los hábitos alimentarios de los países ricos. De J. Rifkin véase también *La terza rivoluzione industriale. Come il 'potere laterale' sta trasformando l'energia, l'economia e il mondo* [2011], trad. it. de P. Canton, Mondadori, Milán, 2011 [trad. cast. de A. Santos Mosquera, *La tercera revolución industrial: cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2011]. El análisis más sintético y completo de esta amenaza al planeta y a la humanidad se encuentra en la encíclica del papa Francisco, *Laudato si'*, citada aquí en la nota 3.

gostas, las deforestaciones, las edificaciones incontroladas y las explosiones nucleares, los grandes incendios en la Amazonía, en Australia, en California, el deterioro de los suelos y del aire debido al desarrollo desenfrenado de la agricultura y de las crías intensivas y, por último, la pandemia del coronavirus con sus centenares de millares de muertos. En particular, el calentamiento climático está poniendo en peligro la supervivencia de la humanidad. No obstante las alarmas lanzadas durante decenios por la comunidad científica, la fiebre del planeta está creciendo constantemente, hasta llegar a un punto de no retorno si no se la detiene. Mientras tanto, ha provocado ya devastaciones que, aunque determinadas casi enteramente por los países ricos —capaces de hacerles frente regulando los termostatos e incrementando las reservas alimentarias— han golpeado sobre todo a las poblaciones más pobres del mundo. En efecto, sequía, aluviones, derrumbes, inundaciones, huracanes y ciclones tropicales golpean sobre todo a los países más pobres, cuyos habitantes viven de la agricultura con menos de un dólar al día, provocando la reducción de sus recursos hídricos y alimentarios, destruyendo los pobres asentamientos de infraviviendas y comprometiendo sus capacidades productivas y sus posibilidades de desarrollo. Es claro que los responsables de estas violaciones masivas son los actuales poderes económicos y financieros salvajes. Pero también son responsables los gobiernos que, a causa de su credo liberista, han abdicado de su papel de regulación y control de los mercados.

Frente a estos crímenes de sistema se ha hecho cada vez más urgente aprestar garantías idóneas de los que en el § 4.8 he llamado *bienes fundamentales* porque son objeto de derechos vitales: como el aire, el agua potable, los glaciares y el patrimonio forestal. Todos ellos deberían ser protegidos como *bienes comunes inviolables*, mediante su sustracción al mercado y al arbitrio de las políticas de mayoría, en garantía de su conservación y de su accesibilidad a todos. Por dos esenciales razones, evidentes de manera ejemplar en el caso de ese bien vital que es el agua potable. En primer lugar, porque, tratándose de bienes vitales objeto de derechos fundamentales, la garantía de su disfrute es todo uno con el derecho a la supervivencia y por eso debe ser asegurada gratuitamente a todos. En segundo lugar, porque, como se dijo en el § 6.10, al faltar su garantía jurídica como bienes fundamentales, tales bienes se transforman inevitablemente en bienes patrimoniales, en contradicción con el hecho de que no pueden tener un valor de cambio: ya no por no ser raros y resultar accesibles a todos, sino porque, por el contrario, ahora, al haberse hecho raros y no accesibles a todos y ser, no obstante, vitales, no hay precio que cualquiera no esté dispuesto a pagar y que no

se pudiera exigir[19]. Es por lo que no pueden ser mercancías, sino *bienes fundamentales*. Por eso es necesario dar vida a una fase nueva del constitucionalismo, a la altura de esta nueva fase del capitalismo, en la que el reconocimiento y la garantía de tales bienes vitales como fundamentales equivalga a su sustracción a la disponibilidad de la política y del mercado y a su accesibilidad a todos. Con ese fin, es posible concebir tres órdenes de garantías.

El primero es el adoptado en los ordenamientos estatales con la calificación de los bienes comunes de interés público como *bienes demaniales*, en cuanto tales sustraídos al mercado y a las devastaciones y dilapidaciones que permite el mercado. Esta garantía requiere, no obstante, un refuerzo: la estipulación del carácter demanial y fundamental de tales bienes a nivel constitucional. Hoy, en Italia, los bienes demaniales son definidos por el Código Civil, que en los artículos 822 y 824 califica como tales una larga serie de cosas —playas, puertos, ríos, torrentes, lagos, carreteras estatales y vías férreas— sustraídas por eso como «demanio público» a la apropiación y a la negociación privada. Pero, como ha sucedido en Italia, la ley puede disponer su privatización y transformación en bienes patrimoniales. Por eso la necesidad, en garantía de su estatuto de bienes fundamentales, de su previsión como *bienes demaniales constitucionales*, rígidamente sustraídos a la disponibilidad, no solo del mercado, sino también de la política[20].

El segundo orden de garantías consiste en la institución de más tipos de demanio: no solo de los demanios comunales, provinciales, regionales y estatales, sino también, a causa de las agresiones provenientes de la industria y del mercado global, de *demanios supraestatales*. Cuando menos, debería instituirse un *demanio europeo*. Pero, sobre todo, para los bienes comunes vitales, debería instituirse un *demanio planetario* a escala global, capaz de ponerlos al amparo de apropiaciones y de-

19. En esta perspectiva, R. Petrella, *Il Manifesto dell'acqua. Il diritto alla vita per tutti*, Gruppo Abele, Turín, 2001, pp. 137-138, ha propuesto un triple estatuto del agua potable: la obligada distribución gratuita a todos en la medida necesaria para satisfacer sus mínimos vitales; prohibir su destrucción y el derroche más allá de un límite máximo; el establecimiento de una tasa progresiva sobre los consumos que excedan de un límite mínimo pero inferiores al límite máximo.

20. Por lo demás, la Constitución italiana ya contiene normas constitucionales en materia de bienes públicos o demaniales, aunque sea en la forma de *normas hipotético-constitutivas*: su artículo 43 establece que «con fines de utilidad general la ley puede [...] transferir, mediante expropiación y con indemnización, al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales, a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y tengan carácter de preeminente interés general».

vastaciones de cualquier tipo. De este futuro *demanio planetario* deberían formar parte la atmósfera, el agua potable, los grandes ríos y los lagos, los glaciares, los litorales marinos, la biodiversidad, las grandes masas forestales, víctimas de incendios dolosos durante años, y todos los mares y los océanos[21]. Hay, además, absoluta necesidad y urgencia de instituir una o más autoridades mundiales de garantía del medio ambiente, dedicadas al cuidado y vigilancia de la intangibilidad del demanio planetario y de los demás demanios supraestatales, a la imposición de límites y controles sobre las emisiones de gases productores del efecto invernadero, y a la aplicación de embargos y sanciones a cuantos violen el demanio planetario y las demás reglas para la tutela del medio ambiente. En el marco de estas instituciones globales de garantía deberían instituirse órganos dedicados a la investigación científica y, al mismo tiempo, a la investigación empírica de los diversos crímenes de sistema de carácter ecológico.

Solo gracias a estos dos reforzamientos del garantismo constitucional, los bienes ecológicos vitales pueden ser puestos a resguardo de agresiones y manipulaciones provenientes de la política y del mercado. Por eso, deberían añadirse a las cartas constitucionales y convenciones internacionales sobre derechos humanos, *cartas constitucionales* y *cartas internacionales de bienes fundamentales* idóneas para garantizar estos bienes vitales —no solo los bienes comunes, sino también los bienes sociales y los bienes personalísimos— mediante prohibiciones, obligaciones de tutela y controles impuestos al mercado y al desarrollo industrial. Parafraseando el preámbulo de la Carta de la ONU, una posible Carta global de los bienes fundamentales podría abrirse con estas palabras: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, decididos a salvar a las generaciones futuras del flagelo del desarrollo industrial insostenible

21. Como he recordado en el § 1.7, nuestro léxico jurídico conoce ya la categoría del «patrimonio común de la humanidad»: «la Zona [de alta mar] y sus recursos son patrimonio común de la humanidad», establece el artículo 136 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982; y el artículo 137, 2.º añade: «Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad [Internacional de los Fondos Marinos]. Estos recursos son inalienables». «Las actividades en la Zona», establece el artículo 140, «se realizarán en beneficio de toda la humanidad, prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo» y se «asegura la distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la Zona, mediante un mecanismo apropiado, sobre una base no discriminatoria». De «patrimonio de toda la humanidad» se califica el espacio ultraterrestre, en el artículo 1 del Tratado correspondiente de 27 de enero de 1967, que impone su «utilización en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico o científico».

que en el curso de una generación ha provocado indecibles devastaciones en nuestro ambiente natural; decididos además a asegurar a todos los seres humanos la garantía de la salud y de los mínimos vitales y a impedir manipulaciones del cuerpo de las personas, que los progresos tecnológicos hacen posibles, convenimos» las siguientes, urgentes medidas en garantía de los siguientes bienes fundamentales de la humanidad.

Naturalmente, los tipos de garantías de los bienes comunes globales requeridos por la expansión del garantismo constitucional a escala supraestatal son diversos, según que tales bienes sean o no vitales y, sobre todo, agotables o inagotables. Cuando se trata de bienes vitales, limitados y agotables, el deber de su conservación requiere la garantía de su total sustracción a la apropiación y a la disipación privada. En los casos de bienes no vitales se justifican, en cambio, el gravamen de su uso, el resarcimiento de los daños provocados por tal uso y abuso, y acciones de enriquecimiento indebido por sus utilizaciones no dañosas, como las de las líneas aéreas, las órbitas satelitales y las bandas del éter. Se trataría de ingresos gigantescos, quizá suficientes no solo para pagar todas las deudas externas, sino también para financiar la garantía de todos los derechos sociales, tanto a escala estatal como internacional[22].

Pero las garantías jurídicas no bastan. Lo que se requiere antes es una reconversión ecológica global de las políticas económicas e industriales, informada por un modelo de desarrollo no solo cuantitativo, sino abiertamente orientado a la salvaguardia del medio ambiente y de

22. D. E. Marko ha propuesto un gravamen internacional por la explotación de los recursos minerales de los fondos oceánicos sobre la base de su calificación como «patrimonio común de la humanidad» en los tratados aludidos en la nota precedente, en A Kinder, «Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and proposed Alternative»: *Journal of Natural Resources and Environmental Law* (1992). Recuérdese además la institución de un «Dividendo global de los recursos» propuesta por Th. Pogge, *Povertà mondiale*, cit., cap. 8, pp. 234-255, que, aun cuando fuese modesto, bastaría para hacer frente a los terribles problemas de las enfermedades y al hambre en el mundo. El mismo gravamen también ha sido recientemente propuesto por J. E. Stiglitz, *Aiuto!*, cit., pp. 15-18, que propone, además del gravamen global de las licencias de pesca, de los satélites en órbita y de las extracciones petrolíferas en los fondos oceánicos, un impuesto sobre las emisiones de gases productores de efecto invernadero, responsables de la contaminación atmosférica, y multas adecuadas a los países que superen los niveles de emisiones permitidas. En el mismo texto Stiglitz propone también la cancelación de la deuda insostenible de los países pobres (*ibid.*, pp. 33-35). Stiglitz propone además el abono a los países pobres de una indemnización para la conservación —y no solo por el consumo, como correspondería a la lógica del mercado— de bienes fundamentales, como las grandes masas forestales y la biodiversidad, indispensables para salvaguardar los equilibrios ecológicos del planeta («Sostenere lo sviluppo salvando il pianeta»: *La Repubblica*, 15 de junio de 2005, pp. 1 y 19).

las condiciones de vida de todos: el abandono de las energías fósiles, su sustitución por energías limpias y regenerables, como la solar y la eólica, el reciclaje de materiales y el desarrollo de la agricultura biológica, mediante desgravaciones e incentivos a las inversiones en la economía verde. En fin, es evidente que un tal giro de tipo jurídico, político y económico solo será posible de contar con el sustento de un crecimiento general de la conciencia en lo relativo a la cuestión ambiental, con manifestación, de un lado, en cambios concretos de nuestros estilos individuales de vida —la reducción del consumismo compulsivo, del consumo de carnes de cría intensiva, de los despilfarros y los residuos, y la crítica del negacionismo de la cuestión medioambiental— y, del otro, en luchas sociales y movilizaciones colectivas en defensa de la naturaleza, como la de la última semana de septiembre de 2019, promovida por Greta Thunberg y puesta en marcha por el movimiento global Frydais for Future. En la conciencia de que la cuestión medioambiental no concierne solo a las responsabilidades de la política y de la economía, sino que, por razón de la interdependencia que ella misma ha puesto de relieve, implica a las responsabilidades individuales de todos y cada uno.

8.6. *B) Las guerras y la producción y la venta de armas. Las garantías de la paz.* La segunda emergencia, que asimismo requiere la expansión del constitucionalismo a escala global, es la constituida por las guerras y las amenazas a la paz generadas por la producción y la tenencia de armas cada vez más mortíferas. Después de la caída del muro de Berlín, Occidente desencadenó nuevas guerras de agresión, previstas como crímenes por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional aprobado en 1998 pero no ratificado por los estados más poderosos: en Irak en 1991, en la ex-Yugoslavia entre 1995 y 1999, en Afganistán en 2001, de nuevo en Irak en 2003, contra Libia en 2011, hasta la reciente guerra en Siria, que ha provocado medio millón de muertos.

Aun cuando no justiciables, por la falta de ratificación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional por parte de los estados que son sus responsables, estas guerras han sido, al menos, crímenes de sistema[23]. En efecto, pues para legitimarlas, no basta la autorización del Consejo de Seguridad de la ONU invocado en apoyo de alguna de ellas. Si —según la distinción formulada en el § 1.9— se discierne entre la Organización de las Naciones Unidas como sujeto y la misma Organización como or-

23. Sobre la crítica de estas guerras, remito a mis escritos recogidos en *Razones jurídicas del pacifismo*, trad. cast. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004.

denamiento, no puede decirse que aquellas guerras hubieran sido «autorizadas por la ONU», sino solo que lo fueron por el Consejo de Seguridad, que es el órgano de gobierno de la ONU, obviamente sujeto a la Carta estatutaria que lo prevé y que prohíbe expresamente las guerras de agresión. Más aún: esa «autorización» equivale a una paradójica quiebra histórica de la ONU, dado que con ella el Consejo de Seguridad no solo se ha hecho responsable de las guerras autorizadas, sino que ha contradicho e invertido su papel de garante de la paz para el que la ONU fue instituida. Tampoco esas guerras pueden considerarse como legítima defensa, pues esta implica la respuesta a un ataque armado en curso. Por otra parte, la definición como «actos de guerra» de sus crímenes, comenzando por los estragos del 11 de septiembre de 2001, fue un enorme regalo al terrorismo yihadista al haber hecho de unas bandas de asesinos la vanguardia beligerante de centenares de millones de creyentes. En efecto, la guerra, según la clásica definición de Alberico Gentili, es una *publicorum armorum contentio*[24], esto es, un conflicto entre estados, entre ejércitos públicos, consistentes en fuerzas estatales reconocibles como tales. Pero ocurre que, precisamente, los yihadistas conciben y legitiman sus asesinatos y su ferocidad como guerra, «guerra santa». La respuesta a tales crímenes con la guerra, en vez de con una eficaz, y ciertamente más difícil, acción de policía ordinaria a escala internacional, además de haber provocado centenares de miles de víctimas inocentes, ha anulado el principal factor disuasorio y deslegitimador del terrorismo, que es la asimetría entre instituciones políticas y criminalidad, ya que ha elevado a esta al nivel de aquellas o, lo que es lo mismo, ha bajado las primeras al nivel de la segunda, arrojando así gasolina sobre el fuego y haciendo difundirse el terrorismo de formas mucho más feroces y con dimensiones enormemente mayores.

Hoy las guerras son bastante más espantosas que las del pasado, aunque solo sea por los armamentos incomparablemente más mortíferos empleados en ellas y por su carácter de guerras desde el cielo, cuyas víctimas con cada vez más solo las poblaciones civiles de los países agredidos. Mientras no sean efectivamente castigadas como crímenes por el derecho penal internacional, son los crímenes de sistema por antonomasia. Golpean a pueblos enteros: no solo a los pueblos agredidos, sino también a los pueblos llevados a la guerra por los estados agresores. En efecto, pues con la guerra el estado niega la dignidad de personas de los pertenecientes a su pueblo, convirtiéndolos en cosas, es de-

24. A. Gentili, *De iure belli libri tres* [1588], ed. de J. Brown Scott, At the Clarendon Press, Oxford, 1933, lib. I, cap. I, p. 12.

cir, en instrumentos para fines ajenos. «¿Qué derecho tiene el estado *frente a sus propios súbditos*?», se pregunta Kant, «¿a servirse de ellos en la guerra contra otros estados, a emplear o arriesgar en ello sus bienes, e incluso la vida?». La respuesta kantiana es que tal derecho no es más que el «derecho de cada uno de hacer lo que quiera con lo suyo (con su propiedad)», o sea, la absurda pretensión del soberano de reducir a «sus propios súbditos» a la condición de «un producto suyo», como se puede decir «de las plantas, por ejemplo, las patatas, y los animales domésticos» a los que «puede utilizar, consumir y destruir (hacer que los maten)» y parece que lo mismo «puede decirse del poder supremo del estado, del soberano, que tiene el derecho de mandar a la guerra a sus súbditos [...] como a una cacería, y a un combate como a una excursión»[25]. La guerra, concluye Kant, además de provocar víctimas en los pueblos enemigos, ofende la dignidad de los ciudadanos llamados a las armas, sometidos por ella a un dominio que «no puede aplicarse en modo alguno al hombre, sobre todo como ciudadano, que ha de ser considerado siempre en el estado como miembro colegislador (no simplemente como medio, sino también al mismo tiempo como fin en sí mismo)»[26]. Es por eso intrínsecamente antidemocrática, dado que con ella tanto el pueblo mandado a la guerra como cuantos forman parte de él son reducidos a la condición de cosas, con violación de la primera máxima kantiana de la moral, según la cual ninguna persona «puede ser manejad[a] como medio para los propósitos de otro ni confundida entre los objetos del derecho real»[27].

En esa doble lesión se manifiesta además la negación de otro clásico fundamento filosófico-político del rechazo de la guerra: la negación del paradigma contractualista del artificio institucional, según el cual la guerra contradice la razón de ser —la tutela de la vida— del derecho y de las instituciones políticas. Bajo este aspecto, la guerra es asimilable a la pena de muerte, también en contradicción con la garantía de la vida que es la razón de ser del pacto social. Así pues, rechazo de la pena de muerte y rechazo de la guerra tienen el mismo fundamento. Si es ver-

25. I. Kant, «Principios metafísicos», cit., § 55, en Íd., *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 183-184. Para comprobar el carácter totalitario de todo estatalismo ético, confróntense estos pasajes de Kant con los penosos pasajes hegelianos que dicen del valor militar que en él «la libertad tiene el máximo nivel de abstracción» y es donde se manifiesta «la máxima independencia del ser-para-sí» (G. W. F. Hegel, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, cit., § 327-328, pp. 330-331) o, peor aún, «la guerra» como medio con el que «se obtiene la salud ética de los pueblos» (*ibid.*, § 324, p. 328).

26. I. Kant, «Principios metafísicos», cit., § 55, p. 184.

27. *Ibid.*, § 49, E, p. 166.

dad, como escribió Beccaria, que la pena de muerte «es una guerra de la nación contra un ciudadano»[28], es aún más cierto lo contrario: la guerra es una pena de muerte masiva infligida, además de una manera indiscriminada, a personas inocentes. Y esto vale más que nunca para las guerras actuales, equivalentes a centenares de miles de penas de muerte impuestas sin culpas y sin proceso sobre todo a las poblaciones civiles. Por eso, la guerra, todavía más que la pena de muerte, equivale a la ruptura del contrato social, es decir, de ese pacto de convivencia pacífica estipulado con la Carta de la ONU y con respecto al cual se configura siempre como una eversión violenta. Es por lo que constituye el máximo crimen contra los pueblos y contra la humanidad, previsto como tal, como «crimen de agresión», en el ya citado Estatuto del Tribunal Penal Internacional, aunque ahora hibernado a causa del sabotaje de los estados que no lo han aprobado o ratificado, En efecto, pues no solo viola el derecho a la vida de masas ilimitadas de inocentes, sino también la naturaleza y la razón misma del derecho, que consiste en el paso del estado de naturaleza al estado civil. Tanto más que las guerras actuales, al igual que el terrorismo yihadista, son sustancialmente las guerras civiles —en su conjunto, una suerte de guerra civil global— las que golpean sobre todo a poblaciones inermes y cuya prohibición equivaldría a la salida del *bellum omnium*, además, virtualmente nuclear, que amenaza la supervivencia de todos.

En esta perspectiva, la primera garantía de la paz, que serviría para hacer del derecho internacional un ordenamiento jurídico efectivo, debería consistir en la actuación del monopolio jurídico de la fuerza como competencia de la esfera pública para exclusivas funciones de policía y, a escala internacional, en manos del Consejo de Seguridad, de acuerdo con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. De este modo —contra la ilusoria e insensata voluntad de potencia de los estados, coludidos con los intereses de las industrias de armas, que son los únicos beneficiarios de los gastos militares— se realizaría la efectiva civilización de la comunidad internacional y la consiguiente, progresiva superación, ya auspiciada por Kant hace más de dos siglos[29], de todos

28. C. Beccaria, *De los delitos*, cit., § XXVIII, p. 205.

29. «Los ejércitos permanentes (*miles perpetuus*) deben desaparecer totalmente con el tiempo. Pues suponen una amenaza de guerra para otros estados con su disposición a aparecer siempre preparados para ella. Estos estados se estimulan mutuamente a superarse dentro de un conjunto que aumenta sin cesar y, al resultar finalmente más opresiva la paz que una guerra corta, por los gastos generados por el armamento, se convierten ellos mismos en la causa de guerras ofensivas al objeto de liberarse de esta carga; añádese a esto que ser tomados a cambio de dinero para matar o ser muertos parece implicar un abuso de

los ejércitos nacionales, que hoy representan una permanente amenaza para la paz externa y también para las democracias internas, como lo acreditan tantos golpes de estado militares de los últimos cien años.

La segunda y todavía más decisiva garantía primaria contra la guerra y para la tutela de la vida —pero también contra el terrorismo y la gran criminalidad organizada— es la calificación de todas las armas, con la obvia excepción de las confiadas a la esfera pública para las funciones de policía, como *bienes ilícitos*, según la noción de esta figura formulada en el § 4.8, y por eso la prohibición penal de su tenencia y, antes aún, de su producción y de su comercio. Esta, bastante más que todas las exasperaciones punitivas promovidas por el populismo penal, sería la más eficaz garantía, no solo de la paz y de la seguridad mundial, sino también de la vida y de la seguridad, no solo contra las guerras, sino también contra la criminalidad y el terrorismo.

Mientras tanto, hasta que se hagan realidad estas dos garantías, los armamentos nucleares, que pesan como una amenaza permanente sobre el futuro de la humanidad, deberán ser tipificados como crímenes de sistema. Hoy, en el mundo, hay 14525 cabezas nucleares, en posesión de nueve países: 6850 en Rusia, 6450 en Estados Unidos, 300 en Francia, 280 en China, 215 en el Reino Unido, 150 en Pakistán, 140 en India, 80 en Israel y 60 en Corea del Norte[30]. El número más elevado de cabezas nucleares, 69940, se alcanzó en 1986, en el culmen de la Guerra Fría. Después ese número fue disminuyendo progresivamente, a raíz del tratado de 1987 entre Reagan y Gorbachov (Intermediate-Range Nuclear Treaty [Inf]), que marcó el deshielo entre los bloques y el final de aquella. Sin embargo, el 2 de agosto de 2019, Estados Unidos, por decisión de su presidente, se retiró oficialmente de ese tratado, y su ejemplo fue seguido por Rusia. De este modo, se ha reabierto la carrera armamentista, en beneficio de los *lobbies* de fabricantes de armas y a despecho del Tratado sobre el desarme votado un año antes, el 7 de julio de 2017 por 122 países, es decir, por dos tercios de los miembros de la ONU[31]. Así,

los hombres como meras máquinas e instrumentos en manos de otro (del estado); este uso no se armoniza bien con el derecho de la humanidad en nuestra propia persona» (I. Kant, *La paz perpetua*, cit., I, § 3, p. 7).

30. Son datos de agosto de 2018, recogidos en https://it.businessinsider.com/ci-sono-circa-14.525-armi-nucleari-oggi-negl-arsenali-di-9-nazioni. A comienzos de 2019 este número subió a 13865 (https://www.askanews.it/esteri/2019/06/17/rapporto-sipri-meno-armi-nucleari-nel-mondo-ma-pi%c3%b9-moderne-pn_20190617_00042/).

31. El Tratado sobre el desarme prohíbe «desarrollar, ensayar, producir, adquirir o poseer armas nucleares», así como «transferirlas a cualquier destinatario» e incluso «permitir cualquier deslocalización, instalación o difusión de armas nucleares en el propio te-

estos crímenes de sistema, ponen constantemente en peligro la supervivencia de la humanidad. En efecto, hay que ser conscientes de que, en un mundo poblado por millares de cabezas nucleares, es un verdadero milagro que alguna de ellas no haya caído en manos de una banda terrorista, o que el poder no haya sido conquistado por un loco en cualquiera de los países que las tienen.

Pero la garantía de la vida requiere la prohibición como bienes ilícitos de todas las armas, incluidas las que no son de guerra, cuya producción, comercio y tenencia deberían ser igualmente tipificados como crímenes de sistema. En el mundo mueren cada año millones de personas a causa de la difusión de las armas: solo en 2017 se consumaron 464 000 homicidios, en su mayor parte por armas de fuego, y mueren centenares de millares de personas en tantas guerras como infectan el planeta; sin contar con los altísimos números de suicidios y de accidentes causados por el uso de las armas de fuego. Pues bien, esta absurda masacre se debe en gran parte a la facilidad de adquisición y a la enorme difusión de estas. Basta pensar en la abismal diferencia entre el número anual de homicidios en países en los que está generalizada la posesión de armas de fuego y en los que todos se arman por miedo y el de aquellos en los que nadie va armado: siempre en 2017, los homicidios fueron 63 000 en Brasil, 29 168 en México, 17 284 en Estados Unidos y solo 367, de los cuales 123 feminicidios, en Italia[32] donde casi nadie posee armas y donde, como se dijo en el § 7.6, la percepción de la inseguridad, incomparablemente mayor que en el pasado cuando el número de homicidios era bastante superior, se explica solo por el hecho de que las acciones violentas se difunden todas por televisión generando la sensación de vivir en la jungla.

rritorio». El Tratado prevé su entrada en vigor noventa días después de su ratificación formal por parte de al menos cincuenta países. Obviamente no ha sido suscrito por ninguno de los estados dotados de armas nucleares y tampoco por países como Italia, en cuyos territorios se encuentran desplazados armamentos nucleares de otros. Pero, precisamente su suscripción por parte de la gran mayoría de los países de la comunidad internacional, vale para hacer aún más clamoroso el carácter criminal de la amenaza nuclear proveniente de la minoría de los países que, no solo no lo han suscrito, sino que han puesto fin al tratado de paz global de 1987 y reanudado la loca carrera de los armamentos nucleares.

32. Véanse los datos recogidos, *supra*, en el § 7.6 y en las notas 33-36 del capítulo precedente. A causa de la difusión de las armas, América es el continente con el mayor número de homicidios: 17,2 personas por cada 100 000 habitantes. Menor es el número de homicidios en África donde suman 13 personas por cada 100 000, menor aún en Asia, donde, como media, son asesinadas menos de 3 personas por cada 100 000 habitantes. El número más bajo está en Europa, donde la media es de una persona por cada 100 000 habitantes.

Es por lo que una campaña contra las armas debería partir del reconocimiento de un hecho elemental: esta difusión de las armas y el terrible peligro que de ellas se sigue para la paz y la seguridad son el signo de que, ni siquiera en el interior de los estados nacionales —no, por cierto en aquellos en los que cualquiera puede adquirir un arma mortífera, y menos que nunca en la comunidad internacional— se ha producido el desarme de los asociados y el monopolio público de la fuerza teorizados hace cuatro siglos por Thomas Hobbes como condiciones de la superación del estado de naturaleza y del paso al estado civil. Por otra parte, de no ser por los pesados condicionamientos ejercidos sobre la política de nuestros gobiernos por los aparatos militares y los *lobbies* de productores de armas, no se explica por qué no se han prohibido las armas como bienes ilícitos, cuando menos como las drogas, *ne cives ad arma veniant*. A diferencia de las drogas, nocivas para quien las consume, las armas están destinadas a matar a terceros inocentes. Sobre todo, las drogas se producen y comercian fácilmente, de modo que el prohibicionismo se ha resuelto en su entrega al monopolio ilegal, junto con una paradójica liberalización de la oferta criminal, día y noche en las ciudades, gracias a la implicación de los tóxicodependientes en su comercio. La prohibición de las armas sería, en cambio, más eficaz: las armas no se cultivan como las drogas y ciertamente no sería fácil su producción clandestina.

8.7. *C) Un* apartheid *mundial. Los muertos por hambre y por enfermedades no tratadas. Por un garantismo social global.* La tercera clase de crímenes de sistema, correspondiente a una tercera emergencia planetaria, está formada por dos subclases. La primera consiste en crímenes comisivos, es decir, en las prácticas políticas que han provocado la *pobreza extrema* de 736 millones de personas que viven por debajo del mínimo vital, esto es, con menos de 1,90 dólares al día[33], y el estado de indigencia de la mitad de la población mundial[34]. La segunda subclase consiste en crímenes omisivos, esto es, en la falta de introducción de las garantías y de las correspondiente funciones e instituciones de garantía de los derechos sociales —del derecho a la salud y a la educación, a los derechos a la subsistencia—, a pesar de que se encuentran establecidos en

33. En 2015 las personas en esta situación eran 735 900 000. La mayoría de estas, 413,3 millones, viven en África subsahariana; 216,4 en Asia meridional; 47,2 en Asia oriental; 25,9 en América Latina; 18,6 en Oriente Medio y en el norte de África; 7,1 en Asia Central (https://www.truenumbers.it/povertà-nel-mondo).

34. Según el informe Oxfam 2029, el 46 % de la población mundial vive con una renta inferior a 5,50 dólares al día.

las distintas cartas internacionales de derechos humanos y, en particular, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipulado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

Es claro que la garantía de tales derechos contra este doble orden de crímenes de sistema no puede llegar a darse sin la construcción, por la política y el derecho, de funciones e instituciones supranacionales de garantía en materia de salud, educación y subsistencia, y con ello de una esfera pública distinta de las esferas privadas del mercado. Esta obviedad vale claramente a escala estatal, donde, como se ha visto en el § 7.7, las garantías de los derechos sociales han sido introducidas mediante la creación de funciones y de instituciones administrativas de garantía primaria —escuelas, universidades, hospitales, entes de previsión y asistencia social— destinadas a satisfacerlos. Pero vale asimismo a escala internacional, donde, en cambio, la estipulación de los derechos sociales en las distintas cartas de derechos, de la Declaración Universal de 1948 a los Pactos de 1966, no ha sido seguida por ninguna norma de actuación dirigida a introducir las correspondientes garantías sociales y las funciones e instituciones internacionales de garantía.

Es por lo que estos derechos se han quedado en el papel, sin efectividad y violados, como lo prueban las decenas de millones de muertos anuales por hambre, por falta de agua potable y por enfermedades no tratadas. Son 821 millones, un habitante del planeta de cada nueve, las personas que en 2017 sufrieron hambre y sed, con la consiguiente muerte de millones de personas cada año —7000 niños al día— por falta de agua y de alimentación básica provocada por contaminaciones y carestías. No menos dramática es la situación de la salud. 5 400 000 niños con menos de cinco años mueren anualmente por enfermedades fácilmente curables[35] pero no tratadas por falta de fármacos necesarios: víctimas del mercado y no solo de las enfermedades, dado que los fármacos que podrían curarlos está patentados y son, por consiguiente, inaccesibles o, peor aún, han dejado de ser producidos y distribuidos por falta de demanda en los países ricos donde las enfermedades correspondientes —tuberculosis, malaria, infecciones respiratorias, sida— prácticamente han desaparecido al haber sido vencidas[36]. Estos fármacos son

35. http://www.fao.org/news/story/it/item/1152149/icode/.

36. Son los datos sobre el hambre, la sed y la falta de fármacos esenciales recogidos en *Nuovi dati* FAO *sulla fame nel mondo: uno scandalo che continua*, http://wwww.oxfamilia.org/dal-mondo/nuovi-dati-sulla-fame-nel-mondo, en *I dati sulla fame nel mondo*, http://www. lonweb.org/hunger/hung-ita-eng.htm y en *Accesso ai farmaci*, www.unimondo.org/Guide/Salute/Accesso-ai-farmaci.

llamados también «fármacos huérfanos», por la actual falta de su razón de ser que es evidente y solamente el beneficio.

Estas tragedias no son catástrofes naturales, sino el resultado de crímenes de sistema omisivos. Hoy, en el mundo, dos millardos de personas tienen sobrepeso y 650 millones son obesas, mientras que 821 millones padecen desnutrición y más de un tercio de la comida producida, suficiente para quitar el hambre a la mitad de la población mundial, se destruye como consecuencia del derroche y la sobreproducción. Al mismo tiempo, el desarrollo de los criaderos industriales y de la megaindustria alimentaria representa la más grave amenaza para el ecosistema. La industria agroalimentaria, controlada por no más de diez potencias multinacionales, consume en torno al 70 % del agua disponible sobre la Tierra; es la mayor responsable de su contaminación y su disipación; somete cada año al 25 % de la superficie terrestre a procesos de esterilización y degradación; contribuye, con el consumo de energía petrolífera y la producción de gases de efecto invernadero generados por los criaderos intensivos, al calentamiento climático en una medida del 18 %; erosiona masivamente la biodiversidad; produce alimentos a veces dañosos para la salud; en fin, obtiene sus inmensos beneficios gracias a la explotación salvaje de millones de braceros, preferentemente migrantes huidos de la miseria, el hambre, las guerras y las perturbaciones climáticas de sus países, y constreñidos a trabajar sin tutela en condiciones de vida casi esclavistas[37]. La alternativa a este modelo destructivo e insensato de producción agrícola es la agricultura ecológica y biológica, que ha venido desarrollándose en estos años[38]. Se trata de realizarla a escala global,

37. Es el estado de la gran industria agrícola lúcidamente descrito por P. Bevilacqua, *Il cibo e la terra. Agricoltura, ambiente e salute negli scenari del nuovo millennio*, Donzelli, Roma, 2018, Introducción, pp. 7-24. Véase, en particular, el importante capítulo III, titulado «Triunfo y declive de la agricultura industrial» sobre los efectos dañosos para el terreno y también para la salud, de la sobreexplotación de los suelos y del uso masivo y desconsiderado, en estos últimos decenios, de los abonos artificiales, los fertilizantes químicos, los pesticidas, los herbicidas y los organismos genéticamente modificados, así como sobre la necesidad de imponer un límite a la absurda «furia productivista» de la agricultura industrial, que produce alimentos en exceso en gran parte destinados a ser destruidos, y sobre las perspectivas abiertas por la agricultura biológica y biodinámica. Véase también, J. Attali, *Cibo. Una storia globale dalle origini al futuro*, trad. it. de R. Antoniucci, Ponte alle Grazie, Milán, 2020, sobre todo los últimos capítulos.

38. P. Bevilacqua, *Il cibo e la terra*, cit., pp. 24-31, que pone de relieve el papel central desempeñado por Italia en esta renovación ecológica de la producción de alimentos y recuerda, en particular, las vicisitudes de Slow Food ilustradas por C. Petrini, *Buono, pulito e giusto. Principi di nuova gastronomia*, Einaudi, Turín, 2005, y por Íd. y G. Padovani, *Slow Food. Storia di un'utopia possibile*, Giunti-Slow Food, Florencia, 2017.

en la medida necesaria para satisfacer el derecho de todos a la alimentación establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

No menos dramático a escala global es el problema de la sanidad. En 1977 la Organización Mundial de la Salud elaboró un elenco de los que definió como «fármacos esenciales» o «salvavidas» porque «satisfacen las necesidades sanitarias de la mayor parte de la población, y por ello deben estar disponibles en todo momento en cantidad suficiente y en el formato farmacéutico apropiado». Al año siguiente, en la Conferencia de Alma Ata de 1978, se enunció el principio del acceso universal a tales fármacos —entonces poco más de 200, hoy 460— y la consiguiente obligación de garantizar su distribución por todo el mundo bajo el lema «salud para todos en el 2000» y con el compromiso de derrotar, en la misma fecha, todas las enfermedades infecciosas. Estas promesas no se han mantenido. Hoy son millones al año las víctimas de enfermedades infecciosas y tropicales, casi todas, entre el 98 % y el 99 %, en los países pobres, en los que se enferma bastante más que en los países ricos, al tratarse de enfermedades, sobre todo las infecciosas, provocadas por las condiciones de miseria en que viven gran parte de las poblaciones, por la falta de fármacos esenciales y por la ausencia de cualquier forma de prevención higiénica y sanitaria, a comenzar por las vacunas.

Estamos, por tanto, en presencia de una gigantesca omisión de socorro que se añade al crimen consistente en las políticas de robo y explotación a causa de las cuales centenares de millones de personas viven y mueren en condiciones de indigencia. La estigmatización de tales fenómenos como «crímenes de sistema» quizá pueda contribuir, en el debate político, a la maduración de la conciencia de la necesidad y la urgencia de políticas dirigidas a impedirlos, no solo mediante ayudas contingentes de carácter voluntario, sino con la creación de estables funciones e instituciones globales de garantía. En efecto, pues si tomamos el derecho y los derechos en serio, esta carencia de garantías y de las correspondientes funciones e instituciones equivale a una llamativa *laguna*: no ya a una simple lesión de principios ético-políticos, sino a un incumplimiento jurídico, precisamente un crimen de sistema, en violación del derecho a la salud proclamado en tantas cartas internacionales, cuya estructural falta de efectividad compromete el futuro de la paz y la credibilidad de todos nuestros proclamados principios en materia de derechos humanos, legalidad y democracia.

La insensatez de esta evidente laguna y de las políticas responsables de que exista se hace patente en los terribles efectos de este *apartheid* mundial: los flujos migratorios en aumento constante, el odio crecien-

te a Occidente, el descrédito de sus valores políticos, el desarrollo de la violencia, el crimen organizado, las guerras civiles, los racismos, los fundamentalismos y los terrorismos. Pero la hace aún más absurda la facilidad con que esta laguna de garantías y la pobreza extrema de masas ilimitadas de seres humanos podrían ser superadas con ventaja para todos, incluidos los países ricos. La mayor parte de los fármacos esenciales, como la vacuna contra la poliomielitis, el sarampión y la difteria, que provocan cada año más de un millón de muertos, no cuestan casi nada. Más en general, el gasto necesario para satisfacer los mínimos vitales y sacar a millardos de personas de la miseria sería bajísimo. «La pobreza en el mundo», ha escrito Thomas Pogge, «es mucho mayor, pero también mucho menor de lo que pensamos [...] Su eliminación no requeriría más del 1% del producto global»[39]: concretamente el 1,13% del PIB mundial, en torno a 500 millardos de dólares al año, menos del presupuesto anual de defensa de Estados Unidos. Bastaría una modesta redistribución de la riqueza a escala global y el desarrollo de una esfera pública a la altura de los grandes poderes económicos y financieros, para extraer de la miseria a la mitad de la población mundial y poner fin a estas catástrofes humanitarias, en interés de todos.

La garantía de los derechos a la salud y a la educación sería, además, un seguro factor de desarrollo de los países pobres, con el consiguiente beneficio —paz, estabilidad política, reducción y desdramatización de las migraciones, un crecimiento económico equilibrado— también para los países ricos. Como se dijo en el § 7.8, en los países avanzados la salud y la educación masiva han sido el gran motor del extraordinario desarrollo, sin precedentes en la historia, no solo de la ciencia y el progreso tecnológico, sino también de la producción económica y del mejoramiento de las condiciones de vida de las personas. A partir de la segunda mitad del siglo XIX y durante todo el siglo XX, se venció el analfabetismo —primero en Europa y en América, luego en Asia— y se ha desarrollado una educación masiva, antes elemental, después media y profesional, y finalmente universitaria. De aquí se siguió un crecimiento exponencial del saber y de la investigación científica en todos los sectores del conocimiento, que ha sido a su vez factor decisivo del desarrollo tecnológico. Piénsese en la medicina, la física, la genética y la informática y su creciente desarrollo, gracias al trabajo de un número de investigadores incomparablemente más elevado que el de los pocos centenares o millares de hace poco más de dos siglos. Es claro que la derrota de la miseria, el hambre, las enfermedades prevenibles y curables, y el analfa-

39. T. Pogge, *Povertà mondiale*, cit., p. 304.

betismo permitiría, también en los países más pobres del mundo, el crecimiento no solo civil, sino asimismo político, económico y cultural. El hambre y las enfermedades no tratadas, que son causa de la muerte de millones de personas cada año, no son solo una catástrofe humanitaria. Son también el signo y la principal razón de la falta de desarrollo económico de gran parte del planeta.

¿Cómo se explica entonces la inercia de la política frente a las catástrofes humanitarias aquí recordadas? Se explica principalmente con dos aporías que afligen a la democracia política, determinadas ambas por la actual globalización, una ligada a la relación entre democracia y espacio, la otra a la relación entre democracia y tiempo. Las democracias representativas nacieron y siguen ancladas a los estados nacionales. Por eso están vinculadas a los cortos plazos e incluso cortísimos, de las competiciones electorales o, lo que es peor, de las encuestas, y a los espacios restringidos de los territorios nacionales: cortos plazos y espacios estrechos que evidentemente hacen irrelevantes las emergencias planetarias para el consenso, y por ello impiden a los gobiernos estatales diseñar políticas a la altura de los desafíos y de los problemas globales. Los que he llamado «crímenes de sistema» —el hambre y las enfermedades no tratadas, al igual que las devastaciones medioambientales y la amenaza nuclear— son así ignorados por nuestras opiniones públicas y por los gobiernos nacionales y no entran a formar parte de su agenda política, estrechamente confinada en los restringidos horizontes nacionales marcados por las vicisitudes electorales. Es la confirmación dramática de la necesidad de que estos horizontes de la política y de la democracia sean finalmente ampliados por un constitucionalismo global, capaz de hacer frente a estas catástrofes que constituyen una amenaza para el futuro de la humanidad.

8.8. *D) La huida de los migrantes de los crímenes de sistema. La cuestión migrantes como banco de pruebas del constitucionalismo tomado en serio.* De estas catástrofes huyen cada año centenares de millares de migrantes. A la ignorancia y la indiferencia por las razones de su fuga se añade hoy la abierta hostilidad de nuestros gobiernos para con ellos, sobre todo cuando, como ha sucedido en Europa y en Estados Unidos, prevalecen los demagogos llevados al poder por los populismos identitarios y soberanistas. Es una hostilidad que se explica por un rasgo distintivo de los populismos: el rechazo de los diferentes, percibidos como enemigos o como inferiores que, frente a los extranjeros de color y los migrantes, asume la forma de racismo. El racismo, escribió Michel Foucault, consiste en «introducir una separación entre quien debe vivir y

quien debe morir»: es «la condición que hace aceptable dar muerte» a una parte de la humanidad[40]. Mientras tanto, las opiniones públicas de los países ricos pueden ignorar el *apartheid* mundial de una parte relevante de la humanidad e incluso aplaudir las políticas y las medidas que provocan la muerte de millares de migrantes que tratan de huir de la miseria y de las guerras, y son rechazados cada año en nuestras fronteras al ser percibidos como ajenos, inferiores, peligrosos y enemigos, y con ello negados como personas sobre la base de una antropología racista de la desigualdad.

Llego así a la cuarta clase de crímenes de sistema: las políticas y las medidas de exclusión adoptadas en estos años contra los migrantes, en fuga de nuestros otros crímenes de sistema. También en este caso estamos ante un doble orden de crímenes. Después de siglos durante los que sus territorios han sido depredados por invasiones y colonizaciones, los migrantes huyen de las condiciones que les impiden vivir, generadas por las políticas de los países ricos, poniendo en riesgo su vida en el intento de llegar a nuestros países donde son víctimas de racismos, discriminaciones, explotación y expulsiones a causa de sus identidades étnicas o religiosas y en todo caso por su estatus de extranjeros pobres. Está en marcha una masacre silenciosa: de enero de 2013 al 30 de septiembre de 2019, fueron más de 19 000 los migrantes ahogados en el Mediterráneo cuando intentaban llegar a Europa[41].

Estas matanzas tampoco son desastres naturales. Son crímenes de sistema, aunque las políticas y las leyes que los provocan no sean punibles como delitos. Y nos enfrentan a la más estridente contradicción entre los principios constitucionales informadores de nuestras democracias y las políticas de exclusión puestas en marcha por nuestros gobiernos. En el § 5.9 recordé que el de emigrar fue el primer derecho natural teorizado por nuestra filosofía política: primero por Francisco de Vitoria

40. M. Foucault, *Bisogna difendere la società. Corso del 17 marzo 1976*, cit., pp. 200 y 221.

41. http://www.vita.it./it/article/2019/10/03/dal-2013-al-2019-oltre-19-mila-migranti-morti-nel-Mediterraneo. Sobre la ilegitimidad de estas políticas hay una literatura inabarcable. Me limitaré a citar E. Vitale, *Jus migrandi. Figure di erranti al di qua della cosmopoli*, Bollati Boringhieri, Turín, 2004; L. Manconi y V. Brinis, *Accogliamoli tutti. Una ragionevole proposta per salvare l'Italia, gli italiani e gli immigrati*, Il Saggiatore, Milán, 2013; T. Mazzarese, «Diritto di migrare e diritti dei migranti. Una sfida del costituzionalismo (inter-)nazionale ancora da superare»: *Diritto, immigrazione e cittadinanza* I [2020], pp. 1-23; P. Bonetti, «Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione»: *Diritto costituzionale* 2 (2020), pp. 13-79; M. Giovannetti y N. Zorzella (eds.), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Franco Angeli, Milán, 2020.

como fuente de legitimación de la conquista española del «nuevo» mundo, y luego por John Locke, como condición de la supervivencia de las personas gracias a la posibilidad de ir a cultivar «las tierras salvajes de América». A partir de entonces se convirtió en un principio de derecho internacional consuetudinario en apoyo de las colonizaciones, hasta ser codificado en la Declaración Universal del 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en muchas constituciones, incluida la italiana.

Nuestros gobiernos ignoran las violaciones de estos principios debidas a sus políticas de rechazo, discriminación y expulsión de migrantes. Ignoran también el carácter estructural e irreversible, en cuanto fruto de la globalización salvaje, del fenómeno migratorio, que ni las leyes, los muros y las policías de frontera serán capaces de frenar y que no producirán otro efecto —para los gobernantes populistas también el fin, en consideración al consenso masivo así obtenido— que la reducción de los migrantes a la clandestinidad, la inoculación del veneno racista en la sociedad, el decrecimiento del espíritu público y la quiebra masiva del sentido moral. En efecto, cuando la inhumanidad y la inmoralidad se exhiben y ostentan por las instituciones, se hacen contagiosas: se autolegitiman, secundan y alimentan.

En Italia, en particular, en los catorce meses del gobierno formado entre junio de 2018 y agosto de 2019 por la Liga y el Movimiento 5 Estrellas, se adoptó, por el entonces ministro del Interior, una larga serie de medidas inmorales, inhumanas e ilegales que ofrecieron una elocuente anticipación de los «plenos poderes» reivindicados por él para cuando llegase a gobernar: la omisión de socorro, el cierre de los puertos, el penoso espectáculo de los barcos obligados a vagar por el mar, por la prohibición de desembarcar su carga sufriente de centenares de náufragos puestos a salvo, y las innumerables violaciones del derecho interno y del derecho internacional: de las normas de la Convención de Hamburgo de 1979, que impone el traslado de los huérfanos a un «puerto seguro», al Texto Único sobre la Inmigración de 1998, que prohíbe rechazar a los solicitantes de asilo, a los menores no acompañados y a las mujeres encinta o en los seis meses posteriores al parto, hasta el elemental principio del derecho del mar y de las tradiciones marineras de todos los países civilizados conforme a los cuales hay que salvar a aquel cuya vida peligre en el mar.

De este modo se ha producido un salto de cualidad del populismo en materia de seguridad que ha asumido formas aún más insidiosas que las del viejo populismo penal. El tradicional y siempre presente populismo penal se apoya en el miedo a la criminalidad callejera, esto es, a un

fenómeno enfatizado, pero siempre ilegal, para obtener consenso a medidas inútiles y demagógicas, como la exasperación de las penas, pero siempre jurídicamente legítimas. En cambio, el nuevo populismo securitario, subvirtiendo el sentido de las palabras, se apoya en la denigración del que salva heroicamente vidas humanas, para obtener el consenso popular a medidas ilegales, como la clausura de los puertos, la omisión de socorro e incluso la criminalización del salvamento de náufragos. De aquí el cambio del sentido común y la corrupción del espíritu público producidos por la ostentación institucional, para conseguir consenso, tanto de la inmoralidad como de la ilegalidad exhibidas y reivindicadas como derecho válido y vinculante contra quien, como Carola Rackete, las desobedecía[42].

Por eso, la cuestión migrantes está revelándose hoy como la cuestión de fondo en la que se juega el futuro de nuestra civilidad: porque el fenómeno migratorio es el signo y el efecto de todas las demás emergencias y de todos los demás crímenes de sistema provocados por la globalización salvaje. Cada migrante señala dramáticamente uno o más de uno de los problemas irresueltos generados por tales emergencias —las guerras, las catástrofes medioambientales, las persecuciones, la miseria y el hambre— pero también solucionables, solo con que prevalecieran, de forma realista, el buen sentido y la razón. Por otra parte, la cuestión migrantes pone hoy en riesgo de quiebra la identidad civil y democrática de nuestros países: de Italia, por las políticas ilegales aquí recordadas, pero también de Europa, cuyos países miembros están todos empeña-

42. La irresponsabilidad por estas ilegalidades fue abiertamente avalada con el voto del 19 de febrero de 2019, mediante el que el Senado italiano negó la autorización para proceder contra el ministro del Interior por el delito de detención ilegal. Esta negación no estuvo motivada por la supuesta existencia de algún *fumus persecutionis* o, en todo caso, como habitualmente sucede, por la tesis de la inexistencia del delito imputado. Por el contrario, fue motivada con la abierta reivindicación del delito por parte de todo el Gobierno en nombre de un preeminente interés público, sobre la base del artículo 9, 3.°, de la Ley constitucional n.° 1/1989, de 16 de enero. De este modo se puso de relieve el absurdo constitucional de esta norma —una verdadera mina en el rostro del sistema constitucional—, en virtud de la cual la negación de la autorización para proceder puede ser decisiva cuando la mayoría, de cuyo apoyo los ministros gozan por definición, «considere, en una valoración incuestionable, que el investigado actuó para la tutela de un interés del Estado constitucionalmente relevante, o bien persiguiendo un preeminente interés público». Con base en esta norma, el Parlamento decide que es de interés del Estado violar los derechos humanos y los deberes de solidaridad establecidos por la Constitución. De aquí se sigue, más allá de las intenciones de los votantes, el carácter infiscalizable de la política —los «plenos poderes» de los ministros y de sus mayorías— y con ello la negación de la sustancia del constitucionalismo y del estado constitucional de derecho, es decir, del sistema de límites y vínculos impuestos al poder político por la Constitución.

dos de diversas formas en la limitación de la libertad de acceso y de circulación de las personas, y en una común y cruel guerra contra los migrantes. No se olvide que la Unión Europea nació contra los racismos y los nacionalismos, contra los genocidios y los campos de concentración, contra las opresiones y las discriminaciones raciales. Esta identidad está hoy en riesgo de quebrar junto con la memoria de los «nunca más» proclamados hace setenta años contra los horrores del pasado. Las derechas populistas protestan de lo que llaman una lesión de nuestras identidades culturales por parte de las «invasiones» contaminantes de los migrantes. En realidad, identifican tal identidad con su identidad reaccionaria, con su falsa cristiandad, con su intolerancia de los diferentes, en definitiva, con su más o menos consciente racismo. Cuando son precisamente las políticas de clausura las que están desfigurando la imagen de Italia y de Europa diseñada por nuestras cartas constitucionales y señalando la que es la verdadera crisis de la Unión: la contradicción entre los valores constitucionales de igualdad y libertad, que, hasta hace pocos años, configuraban la Europa civil de los derechos y de la solidaridad, y las leyes y las prácticas de exclusión de los migrantes como no-personas, que están transformándola en la Europa de los muros, el alambre de espino, las desigualdades por nacimiento y, de nuevo, de los conflictos identitarios y la intolerancia racial.

Es por lo que afirmar y defender los derechos de los migrantes equivale a defender la dignidad no solo de estos, sino, antes aún, la nuestra propia y de nuestros ordenamientos: para no tener que avergonzarnos en el futuro de las tragedias provocadas por su negación, con un nuevo y tardío «nunca más». Es una defensa que Europa se debe sobre todo a sí misma, como condición de un reencuentro de su identidad democrática: comenzando, precisamente, por la reafirmación del derecho a emigrar como auténtico derecho a tener derechos, que implica lógicamente el derecho de inmigrar en cualquier otro país que la comunidad internacional está obligada a garantizar, y que Europa no puede negar al haber fundado en él las invasiones y las políticas depredadoras que han empobrecido a los países de los que los migrantes se ven constreñidos a huir. Sabemos bien que la política, como víctima de la demagogia y de la hegemonía de las fuerzas populistas, no tiene el coraje de reconocer que el derecho de emigrar es un derecho en vigor y por eso debe ser en todo caso garantizado como tal. Pero esta es una razón más para que sea la ciencia jurídica quien lo afirme, tomando en serio las normas por las que tal derecho fue establecido y configurando la falta de garantías capaces de asegurar su efectividad como una laguna indebida.

8.9. *Proyecto Europa y paradoja Europa. El futuro de la Unión Europea. Un garantismo constitucional europeo.* El proceso de integración mundial es un proceso gradual, que pasa necesariamente a través de procesos de integración regional. La integración europea —de 27 estados, 24 lenguas, más de medio millardo de personas, la economía más grande del mundo y un PIB de casi 19 000 millardos de euros— es bajo este aspecto ejemplar, hasta el punto de representar un modelo para las demás regiones, de América Latina a África y a Oriente Medio. Más allá de sus límites y de su imperfección, es el acontecimiento de política internacional más progresivo del siglo pasado: un verdadero milagro, si se considera la multiplicidad y la variedad de las diferencias —de lenguas, culturas, religiones y tradiciones: griegas, romanas, hebreas, cristianas, germánicas, eslavas— y, sobre todo, la historia secular de tantos estados, divididos por guerras, conflictos religiosos, nacionalismos agresivos e imperialismos coloniales y hoy unidos, al menos en el plano normativo, por la opción por la paz, los derechos humanos y la democracia. Su valor consiste en la persecución de la unidad sobre la base de la pacífica convivencia y de la igual dignidad asociada a todas estas diversas identidades, es decir, en la actuación del que en el § 6.2 he llamado el *principio de heterogeneidad*. Es el más gigantesco experimento histórico de integración supranacional de pueblos diferentes, que, por eso, gracias a la profunda diversidad de las historias y las culturas de tales y tantos pueblos, vale para prefigurar la posible expansión del paradigma constitucional a escala global.

En los últimos años, este extraordinario proyecto ha entrado en crisis por el deterioro del consenso que ha acompañado largamente el proceso de integración y, antes aún, del espíritu unitario de los gobiernos de los estados. En la base de este declive está la irracional arquitectura institucional de la Unión Europea, que ha favorecido el desarrollo de políticas autolesivas por parte de los propios órganos comunitarios. Se han creado un mercado común y una moneda única, pero no un gobierno común de la economía. En estas condiciones, la única regla de convivencia que los Estados miembros han sido capaces de inventar para tutelar sus producciones frente a la competencia desleal, ha sido la prohibición a los gobiernos de intervenir con ayudas a sus empresas en dificultades para impedir su quiebra y, al mismo tiempo, la obligación de la paridad presupuestaria y de la reducción de la deuda pública. De aquí el paso atrás de los estados en el gobierno de la economía y en la garantía de los derechos sociales —de hecho, la sustancial renuncia a políticas industriales y sociales— al que ha correspondido un enorme paso adelante de los poderes económicos y financieros, a los que, desde hace tiem-

po, los órganos centrales de la Unión han acabado por servir de cauces. De aquí el crecimiento de las desigualdades, la masiva ruptura del sentido de unidad y del espíritu público comunitario, y el éxito de las fuerzas populistas que interpretan y a la vez estimulan la desilusión y la hostilidad hacia Europa.

Se han traído, así, a primer plano todos los nudos determinantes de la imperfección del proceso institucional de la integración de la Unión Europea, que es un sistema político ambivalente. En el plano jurídico es una federación, en el sentido en que esta ha sido definida en el § 4.9, dado que las normas producidas por sus órganos entran en vigor en los ordenamientos de los Estados miembros sin necesidad de ratificaciones parlamentarias. Pero todavía no lo es en sentido político. Este es el gravísimo problema que alimenta constantemente el riesgo de provocar la quiebra de la Unión: la falta tanto de unidad política como de democracia. Los órganos comunitarios —la Comisión y el Consejo Europeo de Ministros— no han sido ni democratizados políticamente en garantía de su representatividad política, ni sometidos de manera efectiva a rígidos límites y vínculos constitucionales, en garantía de la igualdad en los derechos de todos los ciudadanos europeos. Son, en realidad, órganos internacionales en los que cada estado defiende los propios intereses y los estados más débiles son constreñidos a sufrir los dictados de los estados más fuertes. El decrecimiento de las soberanías nacionales y la reducción de las esferas públicas de cada uno de los estados no se han visto correspondidos ni con la afirmación de una soberanía política de la Unión, ni con la construcción de una esfera pública europea idónea para suplir el debilitamiento de las esferas públicas nacionales.

El primer nefasto resultado de esta carencia ha sido el desarrollo de políticas europeas informadas, en cada caso, no por el interés general de Europa, sino por los intereses de los estados miembros, en inevitable competición. Debido a la falta de unidad política en el vértice de la Unión, sus instituciones de gobierno no operan, como corresponde a las instituciones federales, en función de un interés público europeo común, sino, como en las organizaciones confederales, sobre la base de conflictos y compromisos entre estados en los que, obviamente, están destinados a prevalecer los intereses y la voluntad de los estados más fuertes. No obstante la estructura jurídica sustancialmente federal de la Unión y la inmediata operatividad de sus decisiones en todo su territorio, los miembros del Consejo Europeo defienden cada uno los intereses del estado que representan. Por eso, más que un gobierno europeo políticamente representativo del conjunto de los ciudadanos europeos y destinado y vinculado al cuidado de los intereses de la Unión, tene-

mos una suerte de junta internacional de 27 países dentro de la cual solo puede realizarse una continua mediación pacticia de los intereses en conflicto.

De aquí el segundo y aún más grave resultado de la ausencia de una esfera pública europea realmente informada por el interés general de Europa. No se han construido instituciones comunitarias idóneas para heredar el papel de gobierno de la economía y de garantía de los derechos sociales desarrollado por las esferas públicas nacionales. Este es el precio pagado por la originaria ambivalencia institucional de la Unión: la reducción, en ausencia de tales instituciones, de las garantías de los derechos sociales y del trabajo consiguientes a la transformación en sentido liberista de las constituciones económicas de carácter dirigista diseñadas por los artículos 41-43 de la Constitución italiana, por los artículos 14 y 15 de la Ley Fundamental alemana, por los artículos 17 y 18 de la Constitución griega, por el Capítulo Tercero de la Constitución española y por la parte segunda de la Constitución portuguesa. La economía —antes el Mercado Común, después la moneda única—, que los padres constituyentes de Europa habían concebido como un factor de unificación, se ha convertido en un factor de división. De aquí el antieuropeísmo de las derechas xenófobas y populistas, el rechazo de la integración y los sentimientos de recíproca aversión que atraviesan el continente: entre alemanes e italianos, holandeses y griegos, finlandeses y españoles.

Todo esto apunta a la que se puede llamar paradoja institucional de Europa, consiguiente en gran parte a su naturaleza de federación en sentido jurídico, pero no en sentido político. La paradoja consiste en el hecho de que en la Unión Europea se han instituido, a escala comunitaria y por eso federal, funciones de gobierno, pero no se ha instituido ninguna función de garantía primaria. En la construcción de la Unión Europea, en contra de la lógica propia del federalismo y, más en general, de la democracia multinivel —según la cual las funciones de gobierno se legitiman por la representación política y son, por tanto, más legítimas cuanto más locales y por eso federadas, mientras que las funciones de garantía se legitiman por la igualdad en la garantía de los derechos fundamentales y son así tanto más legítimas cuanto más supraestatales y por eso federales— se han encomendado a las instituciones comunitarias sobre todo funciones de gobierno, y no funciones de garantía de los derechos fundamentales, que serían las únicas funciones idóneas para garantizar la igualdad en derechos de los ciudadanos europeos y para promover el consenso en relación con la Unión. En resumen, a las restricciones políticas impuestas por los vínculos gubernativos en materia

presupuestaria a las funciones estatales de garantía de los derechos sociales, no ha correspondido el establecimiento de ninguna institución de garantía primaria a escala europea, o sea, federal. Es así como han crecido las desigualdades en las condiciones materiales de vida tanto entre los estados miembros como dentro de estos.

La paradoja se ha manifestado también con ocasión de la pandemia del coronavirus, respecto de la cual, como he recordado en el § 5.10, la Unión ha renunciado a ejercer las funciones sanitarias de garantía, aunque previstas, en interés de todos, por las normas de sus tratados instituyentes. Por fortuna, la pandemia ha producido, no obstante, un despertar de la razón. Después de una inicial defensa de las viejas políticas de rigor, la Unión ha vuelto a darse sentido a sí misma atribuyendo relevantes financiamientos a los países más golpeados para hacer frente a la recesión económica general. Es un giro sin el que el proyecto europeo habría quebrado y gracias al cual ha recuperado fuerza y credibilidad. Pero el giro ha confirmado también la paradoja europea. En efecto, pues la solidaridad se ha manifestado, no en la creación de *funciones* e *instituciones de garantía primaria* —sobre todo, en materia de salud, pero también de trabajo, de previsión social y de subsistencia— legitimadas por los derechos fundamentales estipulados en la Carta de Derechos de la Unión, sino en políticas de gobierno más solidarias, cuyo defecto es su inevitable precariedad, generada por los contrapuestos populismos y soberanismos.

Pero lo que la pandemia ha hecho emerger de manera clamorosa es la inadecuación, insostenible, la situación institucional de la Unión, solo superable mediante su refundación constitucional dirigida a diseñar tanto la dimensión formal como, sobre todo, la dimensión sustancial de la democracia europea. Una refundación semejante requiere el paso de la Unión de la actual dimensión internacional, siempre basada en los tratados, a la dimensión constitucional, que exigiría un poder político constituyente legitimado por el voto de todo el electorado europeo: por consiguiente, una Asamblea Constituyente europea o, en cualquier caso, la atribución de funciones constituyentes al Parlamento Europeo, de ser necesario, a iniciativa y con la única participación de los países de la Unión que compartan la idea de un Tratado constituyente[43]. Serán, por tanto, las instituciones y las funciones de garantía

43. Un precedente análogo a este posible tratado instituyente de una Asamblea Constituyente europea solo entre los países que lo compartan, ha sido el Tratado instituyente del llamado *Fiscal Compact*, aprobado el 2 de marzo de 2012 por 25 de los 28 países de la Unión, que impuso a los estados contratantes la obligación de la paridad presupuestaria,

primaria, en particular de los derechos sociales —del derecho a la salud al derecho a la educación, del derecho a la subsistencia a los derechos de los trabajadores— los que deberá prever e instituir una verdadera Constitución de la Unión Europea, en garantía no solo de la igualdad de los ciudadanos europeos, sino también de su sentido de pertenencia a la misma comunidad y de una renovada popularidad del proyecto europeo. La alternativa formulada en los parágrafos precedentes para el derecho internacional es aún más urgente para la Unión Europea: o prevalece la razón y se alcanza la integración constitucional y la unificación política de Europa sobre la base de la igualdad en los derechos fundamentales, o se producirá la disgregación y la quiebra de la Unión y, con ella, una crisis de nuestras economías y nuestras democracias en beneficio de los populismos crecientes en todos los países miembros.

La primera alternativa requerirá de una constitución europea aprobada por un Parlamento constituyente, representativo de toda la población europea, sobre todo la fundación de la *dimensión formal*, *política* y *civil*, de la democracia europea según el modelo de los estados federales, con el voto mayoritario, y no por unanimidad, de todas las decisiones políticas importantes de la Unión en materia de sanciones, seguridad y política exterior. Con la atribución de funciones legislativas a un Parlamento elegido por todos los ciudadanos europeos en listas electorales europeas y por una ley electoral común; con la transformación de la actual Comisión en un gobierno federal vinculado al Parlamento por una relación de confianza, y del actual Consejo de Ministros en un senado representativo de los estados; con un banco central dotado de los poderes de todos los bancos centrales; con una fiscalidad común y un gobierno común de la economía. Pero es claro que, a los fines de la creación del sentido de pertenencia a la Unión y por eso de la unidad europea en el único sentido en el que tal unidad merece ser perseguida, resulta aún más necesaria la construcción de la *dimensión sustancial, liberal* y *social* de la democracia constitucional de la Unión.

Por lo demás, esta dimensión está ya diseñada por los actuales Tratados: «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad

así como el pago por cuotas, cada veinte años, de las deudas públicas excedentes del 60% del PIB. Hoy un Tratado constituyente solo entre los países que comparten la constitucionalización de la Unión, y en particular el principio de que las decisiones más importantes deben adoptarse por mayoría, sería la respuesta más eficaz al escandaloso veto opuesto, en noviembre de 2020, por los gobiernos húngaro y polaco (luego superado con un mediocre compromiso) a la erogación de los fondos europeos necesarios para hacer frente a la crisis económica generada por la pandemia del coronavirus, solo por hallarse condicionada al respeto de los principios elementales del estado de derecho.

humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos», dice el artículo 2 del Tratado de la Unión; y el artículo 3 añade: «la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores»: no solo, pues, «establecerá un mercado interior», sino que «obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado» y «en una economía social de mercado [...] tendente al pleno empleo y al progreso social», así como «en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente». Así, la democracia sustancial europea requiere, incluso sobre la base de estas normas, políticas de desarrollo orientadas al pleno empleo y a la garantía de los derechos de todos los ciudadanos europeos, es decir, justo lo contrario de las viejas políticas de rigor que han tenido el único efecto de acrecentar las desigualdades y desacreditar el proyecto europeo. Pero, sobre todo, requiere la actuación de tal proyecto mediante la creación de instituciones europeas de garantía primaria y secundaria de todos los derechos fundamentales ya establecidos en su Carta de Derechos: en materia de libertad, de salud, de educación, de subsistencia.

En suma, una política europeísta capaz de restituir popularidad al proyecto de la Unión y de sustraer espacio al antieuropeismo de los actuales populismos y soberanismos debería reconstruir, en el plano de la opinión, la confianza en Europa como comunidad política basada en la igualdad en las garantías de los derechos fundamentales de todos. En esta perspectiva, se requiere la tendencial unificación jurídica de los diversos ordenamientos europeos, comenzando por los códigos y la legislación básica, al carecer de sentido que convivan en la Unión 27 códigos civiles y otros tantos penales y procesales sustancialmente iguales. Además, la unificación debería comprender las garantías de los derechos de los trabajadores, las de la estabilidad de las relaciones laborales y la igual retribución, las primeras de todas, para impedir el turismo de las inversiones en los países en los que el trabajo puede ser mejor explotado. Debería promover la obtención de niveles tendencialmente iguales en las garantías de los derechos sociales a la educación, la salud, la previsión y la asistencia sociales, mediante instituciones de garantía primaria y medidas sociales directamente europeas y financiadas por una fiscalidad europea realmente progresiva: por ejemplo, un servicio sanitario europeo, un salario mínimo europeo y una renta de ciudadanía directamente erogada por Europa. Bastaría introducir una sola de estas medidas para cambiar la imagen de Europa en la percepción popular y mostrar no solo el rostro hostil de los mercados y de los sacrificios, sino también el benéfico de las garantías, para así relanzar el europeísmo inclui-

do el de los más descontentos. Por ejemplo, bastaría que la Unión encomendase directamente a sus órganos comunitarios la asignación de una renta de ciudadanía prevista, precisamente, en el *Pilar Europeo de los Derechos Sociales* estipulado en 2017 evocado al final del § 7.9.

8.10. *Sujetos constituyentes: los titulares de derechos fundamentales violados, los migrantes los primeros. Por una Constitución de la Tierra. La insidia del realismo político. Optimismo metodológico.* Una contribución decisiva de Carlos Marx a la democracia consistió en afirmar la dignidad del trabajo asalariado, devaluado por toda la tradición liberal. Y en refundar la política democrática como política desde abajo, alimentada por la lucha de clases de los trabajadores contra sus explotadores. Tal fue el gran mérito histórico de Marx y la deuda que siempre tendremos con él: el anclaje de la política democrática en el punto de vista de las personas explotadas y oprimidas, que durante casi dos siglos movilizó a grandes masas de trabajadores y de sujetos marginados, dio sentido al compromiso político, definió y sigue definiendo a cualquier fuerza política que quiera decirse progresista en cuanto portadora de la voluntad constituyente de un orden social basado en sus instancias de liberación y de igualdad.

Los sujetos hoy explotados y oprimidos no son solo los trabajadores dependientes. Lo son también los trabajadores precarios y los desocupados, el millardo de personas que viven y mueren en condiciones de pobreza extrema, las poblaciones víctimas de las guerras y las catástrofes ambientales, las minorías políticas o religiosas perseguidas, las mujeres discriminadas y oprimidas, los migrantes que huyen de la miseria y del hambre y encuentran a menudo la muerte en sus terribles odiseas. En síntesis, todos los sujetos titulares de derechos fundamentales violados o insatisfechos son constituyentes de un nuevo orden mundial: todas las personas, los pueblos y los movimientos que con sus luchas señalan las antinomias y las lagunas de nuestros ordenamientos y, sobre todo, los crímenes de sistema de los que son víctimas y cuyo cese, mediante la construcción de garantías idóneas, que estipular en un nuevo pacto que dé vida a una democracia constitucional cosmopolita, reivindican.

Uno de estos sujetos —el pueblo de los migrantes— es, como se ha visto, víctima directa o indirecta de todos los crímenes de sistema, a comenzar por la violación del derecho a emigrar, proclamado cuando era la ley de los más fuertes en apoyo de sus conquistas y colonizaciones, y negado cuando, como todos los derechos fundamentales, se ha convertido en una ley de los más débiles. Bastaría esta contradicción para hacer de los migrantes el sujeto constituyente quizá más emblemático.

Pero hay otras razones por las que el fenómeno migratorio se configura hoy como el hecho constituyente, el pueblo de los migrantes como el sujeto constituyente y el derecho de emigrar como el poder constituyente de un nuevo orden global.

La primera razón consiste en el hecho de que los migrantes, con su fuga, hacen visibles todos los problemas que están en el origen de los fenómenos migratorios: las guerras, las persecuciones políticas o religiosas, el hambre y las enfermedades no tratadas, aunque curables, y, sobre todo, los cambios climáticos, la sequía y las desertizaciones. Según las previsiones concordantes de los estudiosos, a causa del calentamiento climático, gran parte de los territorios de India, Indonesia, Nigeria y Sudán acabarán siendo inhabitables en los próximos cincuenta años, y ello, unido al crecimiento demográfico en estos años, provocará, no millones, sino millardos de migrantes en fuga[44]. Es claro que estos problemas no serán seriamente afrontados hasta que los gobiernos y las opiniones públicas de los países ricos no los sientan como propios. Y esto solo sucederá cuando la presión de los excluidos en sus fronteras se convierta en irresistible. Por eso —porque es el efecto y a la vez el síntoma y la respuesta a todos los males que afligen al planeta— el fenómeno migratorio es el *hecho constituyente* de un futuro orden internacional basado en la realización de una tendencial *igualdad* que finalmente una a todos los seres humanos, hoy separados por muros, por alambres de espino y por las leyes racistas, no solo en la titularidad, sino también en la efectividad de todos los derechos fundamentales.

Una segunda razón que hace del pueblo de los migrantes un *pueblo constituyente* consiste en su heterogeneidad étnica, religiosa, política, social y cultural. Este es un pueblo mestizo, que con sus infinitas diferencias culturales, religiosas y lingüísticas prefigura la humanidad futura como único pueblo global, también él mestizo en cuanto formado por el encuentro y la contaminación de diversas nacionalidades y culturas, sin más diferencias privilegiadas ni diferencias discriminadas, sin más ciudadanos y extranjeros porque todos unidos por el hecho de compartir, finalmente, un único estatus, el de persona humana, y por el pacífico re-

44. S. Mancuso, «La terra guasta del clima»: *La Repubblica*, 30 de agosto de 2020, da cuenta de un estudio publicado en la revista *Proceedings of the National Acedemy of Sciences of the United States of America*, según el cual, en los próximos cincuenta años, 1 000 250 000 personas en India, 500 000 000 en Nigeria y otros centenares de millones en Pakistán, Indonesia y Sudán no podrán vivir en sus territorios: el calentamiento climático, a causa del cual, las tierras emergidas con temperaturas medias de 29° centígrados pasarán del actual 0,8 % al 29 % de la superficie terrestre, provocará un millardo y medio de prófugos por motivos climatológicos.

conocimiento de la igual dignidad de todas las diferencias. Es en garantía del respeto de todas estas diferencias y, por ello, en la actuación de los principios de igualdad y de solidaridad, como se realizará, a escala global, el *principio de heterogeneidad* en el que he basado la democracia constitucional.

La tercera razón que hace del derecho de emigrar un *poder constituyente* reside en su naturaleza de 'derecho a tener derechos' y en las tragedias a las que está dando lugar su ilegítima e inhumana negación. Las migraciones son hoy la forma más visible y emblemática de la insurrección y la lucha social contra el arbitrio: una insurrección legítima en cuanto producida a través del ejercicio de un derecho, para la tutela de la dignidad de la persona en cuanto tal y del principio de igualdad en sus dos dimensiones: como igual valor de las diferencias y como desvalor de las desigualdades. Por el contrario, las terribles odiseas de cuantos huyen de guerras y persecuciones, las violencias y las torturas sufridas por ellos en los campos en los que se les interna durante sus viajes, los millares de muertos de cada año, víctimas de nuestras leyes racistas y de nuestros muros, son los horrores de nuestro tiempo contra los que deberá pronunciarse un nuevo «nunca más» por los constituyentes del futuro.

Más en general, es la toma de conciencia de la injusticia y de la ilegitimidad de todas las violaciones de la igualdad y de la dignidad de las personas la que siempre ha estado y seguirá estando en la base de la génesis histórica de los derechos fundamentales y del progreso civil y político de las instituciones públicas. Los derechos y las garantías no caen nunca del cielo. Son siempre el producto de la energía política constituyente que se manifiesta en las luchas sociales que rompen el velo de normalidad que cubría y ocultaba viejas opresiones y discriminaciones. La percepción de estas opresiones es primero minoritaria incluso entre los que las padecen, luego es compartida por su mayoría y, al fin, con el desarrollo y el éxito de las luchas, está destinada a generalizarse, convirtiéndose en sentido común. Esta es la garantía extrajurídica y directamente social que ha servido siempre de base a la afirmación de la efectividad de los derechos fundamentales: «La garantía social», afirmó el artículo 23 de la *Déclaration des droits* que precedió a la Constitución de 24 de junio de 1793, «consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos».

Es de este nexo entre los derechos de cada uno y los derechos de todos y de la consiguiente movilización política en su defensa, capaz de suscitar el compromiso de todos por darse en el interés de todos, de donde puede provenir la energía constituyente suficiente para refundar

el orden internacional sobre la base de la *Constitución de la Tierra* postulada en el § 8.3, es decir, de una expansión a escala global del paradigma constitucional. Una constitución semejante no deberá limitarse a recibir y reelaborar las comunes tradiciones constitucionales expresadas por las actuales cartas internacionales de derechos humanos y por las constituciones nacionales más avanzadas. Tendrá que caracterizarse por una amplia serie de innovaciones. La primera novedad deberá ser la previsión en el texto constitucional, además de las actuales y tradicionales funciones globales de gobierno y de garantía secundaria —como el Consejo de Seguridad adecuadamente democratizado, la Asamblea General, el Tribunal Internacional de Justicia y la jurisdicción, extendida a todos los estados, el Tribunal Penal Internacional—, de idóneas funciones de garantía primaria, y por eso la obligación de reforzar las existentes como la FAO, la OMS y la UNESCO, y de instituir las que faltan en materia de tutela del medio ambiente y de la paz. En segundo lugar, una Constitución de la Tierra debería catalogar, junto a los derechos humanos, los bienes fundamentales, instituyendo sus correspondientes garantías, como el demanio planetario de los bienes comunes, las garantías de acceso al agua potable y a la alimentación básica de todos los seres humanos y la obligación, a cargo de las instituciones sanitarias de garantía, de producir y distribuir en todo el mundo los fármacos esenciales, las vacunas y los equipos sanitarios asimismo esenciales. En tercer lugar, debería concentrar en la ONU el monopolio de la fuerza, proyectando una progresiva disolución de los ejércitos nacionales y una tendencial prohibición de todas las armas mortíferas: sobre todo las nucleares, pero también, para tutelar la vida, las armas de fuego convencionales, cuya producción, comercio y tenencia tendrían que prohibirse. En cuarto lugar, las actuales instituciones económicas internacionales —el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio—deberían transformarse, sobre la base de las razones sociales enunciadas en sus propios estatutos, en instituciones de garantía, no sometidas al control de los países más ricos, sino independientes en sus funciones institucionales, que consisten, a más de realizar la estabilidad financiera, en promover el desarrollo de los países pobres, en el crecimiento del empleo y en la reducción de los desequilibrios y las desigualdades excesivas[45]. En quinto lugar, una Constitución de la Tie-

45. Los «fines del Fondo Monetario» indicados en el artículo 1 de su estatuto, adoptado en Bretton Woods el 22 de julio de 1944, son: «promover la cooperación monetaria internacional», «facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional», «contribuir a instaurar y mantener elevados niveles de empleo y de renta real y a

rra rígidamente supraordenada a todas las demás fuentes, deberá instituir un Tribunal Constitucional competente para la censura de todos los tratados internacionales y todas las leyes nacionales que la contradigan. En fin, debería preverse un fisco global capaz de recaudar de las grandes riquezas las sumas necesarias para financiar las instituciones globales de garantía y sacar de la miseria a la mitad de la población mundial. Es evidente que para que pueda organizarse y utilizarse políticamente la energía constituyente necesaria para producir un semejante salto de civilidad, será necesario crear partidos políticos supranacionales de carácter global, capaces de contraponerse a las miopes ideologías identitarias de las fuerzas populistas y soberanistas.

Estas hipótesis no tienen nada de utópico. Por el contrario, son las únicas indicaciones realistas capaces de impedir, a través de la garantía de los derechos y de los bienes vitales de todos, un futuro de guerras, violencias, cataclismos e inseguridad para todos. Obviamente, a esta perspectiva, que solo la política podría realizar mediante la organización de sujetos políticos supranacionales y tendencialmente mundiales, se oponen potentes intereses y consolidados prejuicios. Pero no hay que confundir los problemas teóricos con los problemas políticos y concebir como utópico o irrealizable, ocultando las responsabilidades de la política, lo que simplemente no se quiere hacer y que solo por eso es improbable que llegue a hacerse. Es preciso evitar la falacia determinista y realista consistente en la naturalización de lo que de hecho acontece y en

desarrollar los recursos productivos de todos los estados miembros», «promover la estabilidad de los cambios», «corregir» y «reducir la duración y la amplitud de los desequilibrios de las balanzas de pagos de los estados miembros» a fin de evitar «comprometer [su] prosperidad nacional». A su vez, la razón social del Banco Mundial, instituido el 27 de diciembre de 1945 fue, primero, el apoyo a la reconstrucción de los estados devastados por la segunda guerra mundial y luego, después de los procesos de descolonización, la promoción del desarrollo económico de los países pobres de África, Asia y América Latina y, más en general, la lucha contra la pobreza. En fin, el preámbulo del acuerdo instituyente de la Organización Mundial del Comercio, de 1 de enero de 1995, afirma que «las relaciones en el campo del comercio y de las actividades económicas» de las partes del acuerdo «deben orientarse a elevar el nivel de vida, a garantizar el pleno empleo», a permitir «una óptima utilización de los recursos mundiales, conforme con el objetivo de un desarrollo sostenible que mire a tutelar y a preservar el medio ambiente», así como al fin de que «los países en vías de desarrollo, en particular los menos avanzados, se aseguren una cuota creciente del comercio internacional proporcional a las necesidades de su desarrollo económico». Son todas funciones opuestas a las desempeñadas de hecho, en estos últimos años, por tales instituciones y consistentes, sobre todo, gracias también a la prevalencia en sus organismos decisionales de los representantes de los países económicamente más avanzados, en la imposición a los estados más pobres de medidas fuertemente antisociales con objeto de obtener el pago de sus crecientes deudas externas.

una suerte de legitimación cruzada de la teoría por parte de la realidad y de la realidad por parte de la teoría: la *legitimación científica*, por parte de la descripción del funcionamiento de hecho de las instituciones, de la tesis teórica de que no hay alternativas a la primacía de las leyes del mercado y, a la inversa, la *legitimación política* de las leyes del mercado por parte de la teoría como las reales, porque efectivas, normas fundamentales, mucho más que las cartas constitucionales carentes de efectividad. En efecto, este tipo de «realismo» acaba por legitimar y secundar como inevitable lo que es en cualquier caso obra de los hombres y de lo que son responsables los actores de nuestra vida económica y política. Por el contrario, de no producirse un cambio en la política y en la economía, la hipótesis más irreal es que la realidad pueda permanecer indefinidamente tal como es: que podremos seguir basando nuestras ricas democracias y nuestros despreocupados tenores de vida en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y en el desarrollo ecológicamente insostenible de nuestras economías. Siendo realistas, es claro que esto no puede durar: es el propio preámbulo de la Declaración de 1948 el que, con realismo, nos advierte del nexo de implicación recíproca entre paz y derechos, entre seguridad e igualdad.

Hay que evitar, sobre todo, el pesimismo derrotista y paralizador, destinado a convertirse en la aceptación resignada de lo existente. Sin «esa esperanza de tiempos mejores», escribió Kant, «nunca hubiera entusiasmado al corazón humano un deseo serio de hacer algo provechoso para el bien universal»[46]. Por eso no habría espacio para ninguna política de progreso. Pues la esperanza del progreso es el presupuesto del empeño moral y del político, y así se opone —como permanente energía política constituyente— a la aceptación pasiva de lo existente

46. I. Kant, «En torno al tópico», cit., p. 54. «Ante el triste espectáculo», añade Kant, «que ofrecen, no tanto los males que agobian al género humano por causas naturales, sino más bien aquellos que los propios hombres se infligen mutuamente, el ánimo se reconforta gracias a la perspectiva de que el futuro puede ser mejor. Y ciertamente con benevolencia desinteresada, pues llevaremos mucho tiempo en la tumba antes de que se cosechen los frutos que en parte hemos sembrado nosotros mismos. Los argumentos empíricos contra el éxito de estas resoluciones tomadas por esperanza son aquí del todo inoperantes; la suposición de que, cuanto hasta ahora aún no se ha logrado, solo por eso tampoco se va a lograr jamás, no autoriza en modo alguno a desistir de propósitos pragmáticos o técnicos (como, por ejemplo, el de viajar por el aire con globos aerostáticos), y menos todavía de un propósito moral, pues respecto de este último basta con que no se haya demostrado la imposibilidad de su realización para que constituya un deber. Además, se pueden ofrecer muchas pruebas de que el género humano en su conjunto ha hecho realmente considerables progresos, incluso por el camino de su perfeccionamiento moral, si se compara nuestra época con todas las anteriores (*ibid.*, p. 55).

como inevitable. Esta esperanza no es el fruto de un optimismo genérico. Se funda en la razón. Está determinada por la conciencia teórica de que la solución de los problemas globales solo será posible gracias a la expansión y la adveración del universalismo del paradigma garantista y constitucional a escala supranacional. Precisamente, las emergencias planetarias hasta aquí ilustradas, comenzando por la pandemia del coronavirus que ha unido a todos los pueblos del mundo en una misma tragedia, quizá ofrezcan la ocasión para inducir a las poblaciones del planeta a dejar de lado los muchos conflictos e intereses particulares y para unificar sus energías en torno a batallas comunes, contra amenazas comunes, por causas comunes. Por primera vez en la historia se está manifestando un interés público y general bastante más amplio y vital que todos los diversos intereses públicos del pasado: el interés de todos en la supervivencia de la humanidad y en la habitabilidad del planeta, asegurado por las garantías de los bienes comunes y de los derechos fundamentales de todos como límites a todos los poderes, tanto políticos como económicos. No solo. Por primera vez en la historia reciente se ha afirmado, en el debate público y en las políticas de gran parte de los gobiernos, el principio universalista de que el tratamiento y luego la vacuna contra la pandemia del coronavirus no deben ser librados a las lógicas del mercado, sino garantizados a todos por igual, por la esfera pública, a escala global. Esta es la grande y positiva novedad generada por las emergencias en curso: la interdependencia creciente entre todos los pueblos de la Tierra, idónea para generar una solidaridad sin precedentes entre todos los seres humanos y para refundar la política como política interna del mundo.

ÍNDICE DE NOMBRES

Abellán, J.: 218
Agapito, R.: 175, 305
Agnetti, M. L.: 307
Agrati, A.: 440
Agud, A.: 175
Agustín de Hipona: 308
Alacevich, M.: 423
Alexy, R.: 164s.
Alinsky, S.: 328
Allegretti, U.: 328
Alonso, A.: 174
Alpa, G.: 366
Álvarez, M.: 389
Amato, G.: 342
Ambrosini, G.: 260
Amodio, E.: 389
Anastasia, S.: 45, 75, 384, 389
Andrés Ibáñez, P.: 15, 19s., 23, 44, 153, 369, 371, 380, 433
Anselmi, M.: 389
Antoniucci, D.: 456
Apuleyo de Madaura: 53
Aramayo, R. R.: 155, 301, 344
Araujo, M.: 119, 251
Arce Aguilar, J. L.: 389
Arendt, H.: 302
Aristóteles: 119, 174, 251, 306, 308s.
Armari, G.: 335
Armiño, M.: 188
Arrigoni, R.: 414
Ashoka: 308s.
Asís Roig, R. de: 427
Atienza, M.: 45, 141, 164ss.
Atkinson, A. B.: 345, 407, 415, 423, 435
Attali, J.: 456
Austin, J.: 101
Ayala, F.: 192
Ayerra Redín, M.: 78
Azaretto de Vázquez, M. I.: 74, 275
Azzariti, G.: 167, 215, 303ss.
Azzoni, G.: 67

Baccelli, L.: 33, 45, 141
Balducci, E.: 76
Bales, K.: 347
Banerjee, A.: 338
Barberis, M.: 252, 263, 305, 318, 322
Barbero, D.: 78s.
Barca, F.: 423
Basso, L.: 327, 330
Bassotti, P.: 364
Bauman, Z.: 309
Bayón Mohíno, J. C.: 20, 23, 135, 150
Beccaria, C.: 41, 159, 168, 222, 368, 371s., 381, 384, 387s., 451
Becerra, R.: 325
Beethoven, L. van: 169
Bellofiore, R.: 434
Belotti, A.: 328
Belza, C.: 338
Bensa, P. E.: 56
Bentham, J.: 44, 101, 156s., 159, 268
Bergalli, R.: 370

Berlin, I.: 150, 161, 380
Berlinguer, L.: 400s.
Bernal, C.: 440
Berra, A.: 72
Betti, E.: 51, 56, 58
Bevilacqua, P.: 402, 409, 456
Biagi, M.: 342
Biasco, S.: 338
Bilongo, J. R.: 347
Birocchi, I.: 15, 56
Bismarck, O. von: 399
Blázquez, M.: 118
Blondiaux, L.: 328
Blum, L.: 313
Bobbio, L.: 242
Bobbio, N.: 19, 24, 38s., 44, 53, 66, 89, 101, 130, 141, 150, 158, 161s., 175, 202s., 216s., 220, 225, 242, 244, 251-254, 261, 271, 301, 304, 319, 396, 400
Bocardo Crespo, E.: 44
Bolzoni, M.: 407
Bonanate, L.: 220
Bonetti, P.: 460
Bono, G.: 396
Borgna, P.: 343
Borioni, M.: 382
Bortolato, M.: 384
Botti, D.: 423
Bottomore, T.: 156
Botton Burlá, F.: 287
Bovero, M.: 24, 141, 209, 220, 252, 254, 271, 307, 333, 376, 389, 424
Branca, G.: 112
Brancaccio, E.: 434
Brandt, W.: 313
Bravo Gala, P.: 154
Brie, R. J.: 260
Brinis, V.: 460
Bronzini, G.: 407
Brown Scott, J.: 449
Bruneteau, B.: 440
Buffett, W.: 414
Bull, H.: 216, 218

Cabezas, S.: 440
Cabo, A. de: 24, 42, 44
Caffè, F.: 335, 338, 410, 416s.
Calamandrei, P.: 222, 369, 399s.
Calasso, F.: 350
Calise, M.: 306
Calsamiglia, A.: 162
Campanella, P.: 347
Cancio Meliá, M.: 370
Cantarero, R.: 20
Cantimori, D.: 260
Canton, P.: 232, 443
Caracciolo, R.: 72
Carbonell, M.: 42, 209, 353
Carcaterra, G.: 66
Carchedi, F.: 347
Cardenal Iracheta, M.: 307
Cardinale, T.: 347
Cardona, G. R.: 66, 96
Carlassare, L.: 413
Carnap, R.: 24, 31, 72s.
Carnelutti, F.: 56, 78
Carpitella, M.: 220
Carré de Malberg, R.: 79
Carrino, A.: 25, 217
Carrió, G. R.: 25, 66
Casadei, Th.: 407
Casadesús Bordoy, F.: 251
Casati, G. F.: 399
Cassese, A.: 76
Cassese, S.: 241
Castel, C. I.: 431
Castiglione, D.: 45
Cauduro, A.: 294, 403, 413
Cavallini, D.: 436
Cazenave-Tapie, E.: 338
Ceppa, L.: 220, 426
Chiesara, M. L.: 338
Churchill, W.: 313
Cicerón, M. T.: 159, 259s., 368s.
Coen, L.: 242
Coke, E.: 196
Colomer, J. M.: 387
Comanducci, P.: 33, 72
Conforti, B.: 76
Conill Sancho, J.: 154
Constant, B.: 306, 340
Conte, A. G.: 33, 66, 101
Copi, I.: 22
Coppola, A.: 328
Corradetti, C.: 431
Corriente Basús, F.: 338
Corsale, M.: 89
Cortese, E.: 233
Cortina Orts, A.: 154

Costanzo, P.: 269
Cotturri, G.: 242
Coviello, N.: 56, 78
Craxi, B.: 342
Crisafulli, V.: 74
Cristofolini, P.: 373

D'Agnolo, G.: 242
D'Andrea, G.: 350
D'Errico, S.: 401
Dal Lago, A.: 305
De Masi, D.: 407, 422
De Mauro, T.: 174
Deaton, A.: 423
Dei Vecchi, D.: 74
Dentico, N.: 240
Di Lucia, P.: 15, 28, 33, 45, 68, 75, 211
Díaz, E.: 39
Díaz García, J.: 193, 252
Diderot, D.: 159, 369
Diletti, M.: 328
Dolcini, E.: 370
Domínguez, J. L.: 370
Dominijanni, I.: 305
Donini, M.: 370, 389
Dossetti, G.: 327
Duflo, E.: 338
Dworkin, R.: 141, 162ss., 278

Echávarri, L.: 217
Eco, U.: 306
Effert, T.: 153
Ehrlich, E.: 25
Einaudi, L.: 313
Eiroa, P.: 39
Elia, L.: 319
Emiliani, A.: 72
Engels, F.: 157
Englaro, E.: 382

Fabra Abat, P.: 220
Fadda, C.: 56
Falcinelli, D.: 389
Falcioni, R.: 402
Falzea, A.: 51, 57, 78, 80
Federico II: 233
Feltri, S.: 407
Fernández Santillán, J. F.: 252
Ferrajoli, C. F.: 182, 319
Ferrajoli, L.: 23, 28, 33s., 39, 44s., 75, 141s., 151, 153, 166, 207, 211, 254, 269, 333, 371, 433
Ferrante, D.: 263
Ferrara, F.: 56, 78
Ferrara, G.: 320
Ferrarese, M. R.: 213, 435s.
Ferrater Mora, J.: 97
Fiandaca, G.: 389
Filangieri, G.: 268
Filippini, N. M.: 351
Fiore, F.: 426
Foa, V.: 161, 390
Forero, A.: 440
Fornero, E.: 342
Foucault, M.: 384, 394, 459s.
Francisco, papa: 409, 421, 443
Francisco de Vitoria: 286, 355, 460
Franzini, M.: 423
Frege, G.: 22
Frosini, V.: 26, 112
Fuentes, D.: 338

Gadamer, H.-G.: 175, 178
Galgano, F.: 78, 173
Galimberti, F.: 305, 308, 338, 423
Galli Della Loggia, E.: 402
Gallino, L.: 338, 342s., 346s., 436
Gamper Sachse, D.: 220
Gaos, J.: 262
García, G.: 338
García Fernández, H.: 440
García Ferrero, P.: 72
García Manrique, R.: 45
García Máynez, E.: 27, 97
García Méndez, E.: 351
García Pascual, C.: 217, 353
Garzón del Camino, A.: 384
Garzón Valdés, E.: 39, 164
Gascón Abellán, M.: 23, 28, 43s., 164
Gavazzi, G.: 101, 130
Gayo: 230, 355
Gelmini, M.: 401
Genovesi, A.: 175
Gentile, G.: 304
Gentili, A.: 75, 449
Geraci, C.: 33
Gerber, C. F.: 156, 263
Gianformaggio, L.: 33, 39, 43s., 254
Giovannetti, M.: 460

Giovannini, E.: 347
Gobetti, P.: 321, 323, 376
Gonnella, P.: 75, 384
González, M. A.: 395
González, M. D.: 289
González Placencia, L.: 389
Gorbachov, M.: 452
Gozzi, G.: 234
Granaglia, E.: 407, 410
Granja Castro, D. M.: 431
Grasa, R.: 168, 216
Graziosi, M.: 351, 384
Greppi, A.: 39, 45, 229, 269, 383
Grimm, D.: 426
Grocio, H.: 41
Groppi, T.: 220, 340
Guadagnin, A.: 302
Guastavino, M.: 162
Guastini, R.: 33, 66, 72, 74, 101, 142, 183, 207, 210
Guerra Medici, M. T.: 350
Guzmán, N.: 39, 168, 371, 373

Habermas, J.: 220, 426
Hamilton, A.: 237
Hardt, M.: 230
Hare, R. M.: 382
Hart, H. L. A.: 25s., 83, 101, 112, 130, 136, 275
Hayek, F. A.: 252
Hegel, G. W. F.: 175, 217s., 262, 421, 450
Hempel, G. G.: 31
Hennequín, J.: 25
Hinestrosa, F.: 56
Hobbes, T.: 41, 77, 86, 92s., 101, 159, 175, 185, 188, 196, 217, 260, 262, 368, 393, 421, 454
Hume, D.: 28, 380

Ihering, R.: 84
Imaz, E.: 97
Ippolito, D.: 15, 45, 142, 153, 229, 269, 384
Itzcovich, G.: 213s.
Izzo, U.: 389

Jakobs, G.: 370
Jay, J.: 237s.
Jori, M.: 26, 66
Judt, T.: 312

Kant, I.: 41, 150, 154s., 175, 216, 218, 237, 252, 262, 301s., 340, 344, 349, 381, 421, 431, 450ss., 475
Kaplan, J.: 406
Kautilya: 308s.
Kelsen, H.: 19, 25, 27, 33s., 45, 53, 55, 58, 66, 68, 71, 74, 79, 88, 90, 97, 101, 106, 130, 141, 188, 206s., 209s., 217, 226, 252ss., 260s., 266, 308, 320, 322s., 326, 329, 415, 431
Keynes, J. M.: 410
Kinder, A.: 447
Kipp, T.: 56
Klimowsky, G.: 22
Krugman, P.: 338

La Torre, M.: 217
La Valle, R.: 433
Labriola, S.: 220
Laclau, E.: 263
Laclau, S.: 263
Lana, E.: 309
Le Chapelier, I. R. G.: 377
Lemke, C. A.: 218
Leonelli, M.: 72
Levi, A.: 51, 112
Levitsky, S.: 305
Liberati, P.: 294, 403, 413
Linares, P.: 156
Lipari, N.: 171
Lledó Íñigo, E.: 174
Lloyd George, D.: 313
Locke, J.: 41, 153-156, 159, 188, 217, 262, 285s., 352, 368, 393, 406, 421, 461
Loedel, E.: 252
Lombardi, G.: 260
López, M. A.: 66, 306
Lucchini, P. L.: 156
Luciani, M.: 319
Luther, J.: 242, 426

Madison, J.: 237s.
Magri, T.: 191
Maldonado Muñoz, M.: 153
Manconi, L.: 384, 460
Mancuso, S.: 471
Maneri, G.: 396
Mangione, C.: 22
Marchena, J.: 387

Marcilla Córdoba, G.: 45
Marcon, G.: 326
Margara, A.: 384
María Teresa de Austria: 399
Marías, J.: 119, 251
Marko, D. E.: 447
Marshall, T. H.: 156
Martín Cortés, I.: 216
Martín de Hagen, S.: 308
Martínez Neira, M.: 164
Marx, K.: 156s., 345, 408, 470
Mascareño, J.: 24
Mastromartino, F.: 229
Mattarella, S.: 124
Mattei, U.: 230
Matteoli, L.: 338
Matteucci, N.: 254, 315
Mazzarese, T.: 15, 23, 33, 45, 141, 202, 213, 460
Medina Echavarría, J.: 97
Mellizo, C.: 77, 153, 340
Melossi, D.: 384
Meotti, A.: 24
Merkl, A. J.: 33
Messineo, F.: 78
Miglio, G.: 193
Míguez, N.: 22, 168
Milanović, B.: 423
Mill, J. S.: 340s., 380
Mirabelli, G.: 58
Misik, O.: 215
Mistretta, E.: 72
Modugno, F.: 89
Mondadori, M.: 24
Monereo, J. L.: 84
Montalvo, M.: 345
Montes, M.: 216
Montesquieu, Ch. L. de Secondat, barón de: 41, 118, 159, 168, 179s., 182, 184, 237, 271, 277, 329, 368, 370, 387, 412
Monti, A.: 22
Mora Cañada, A.: 164
Mora Charles, M. de: 24
Moratti, L.: 401
Moreno More, C.: 141
Moreso, J. J.: 45
Moro, G.: 328
Morris, Ch.: 21, 74
Morrison, W.: 440
Morrone, A.: 213
Mounk, Y.: 305
Mozos, J. L. de los: 51
Mulieri, A.: 307
Muratori, L. A.: 175
Mussolini, B.: 323

Nadotti, M.: 347
Nagel, E.: 22
Natoli, U.: 345
Navarro, P.: 72
Negri, A.: 230
Nicolò, R.: 112
Nino, C. S.: 135
Nohlen, D.: 325
Nolla, E.: 279
Nussbaum, M. C.: 402
Nys, E.: 286

Obama, B.: 295
Offe, C.: 261
Olivecrona, K.: 66

Pace, A.: 167, 265
Padoan, D.: 422
Padovani, G.: 456
Pagano, F. M.: 159, 369
Paine, T.: 191
Palazzo, A.: 167
Paliero, C. E.: 370
Pallí Bonet, J.: 174
Palma, M.: 384
Palminiello, P.: 423
Papa, C.: 382
Papa, M.: 370
Papiniano, E.: 226
Parolari, P.: 213
Pasquinelli, A.: 31
Passerini Glazel, L.: 33, 211
Pastore, B.: 213
Pattaro, E.: 66
Pavarini, M.: 384, 390
Pazé, E.: 352, 390, 412
Pazé, V.: 305s., 376, 389
Pe', F.: 305
Peces-Barba, G.: 141
Pelloux, L.: 376
Pennacchi, L.: 338
Perelman, C.: 175
Pérez Díaz, L.: 220

Perrotino Hernández, I.: 345
Pestellini, M. C.: 395
Petit, N.: 338
Petrella, R.: 445
Petrini, C.: 456
Peyrou Tubert, F.: 440
Pianta, M.: 337, 423
Picado, S.: 325
Piketty, Th.: 338, 348, 407, 414s., 423, 435
Pino, G.: 15, 45, 74, 141s., 163, 171, 207
Pintore, A.: 31, 151, 252
Piñar Mañas, J. L.: 383
Piombo, A.: 440
Pisarello, G.: 24, 44s., 448
Pitch, T.: 353
Pittiglio, I.: 328
Platón: 251, 308s.
Plebani, T.: 351
Pogge, T.: 423, 447, 458
Pol Pot: 440
Pons, H.: 384, 394
Popper, K.: 168, 252
Portinaro, P. P.: 426, 440s.
Pozzolo, S.: 72
Pradera, A.: 338
Prats, E. J.: 389
Preti, G.: 24
Prieto Sanchís, L.: 23
Príncipe y Satorres, E.: 84
Procacci, S.: 216
Prosperetti, U.: 345
Pugliatti, S.: 56, 226
Pugliese, E.: 344
Pulitanò, D.: 389
Pureza, J. M.: 76

Quaglioni, D.: 350
Quine, W. V. O.: 31, 72

Racionero, Q.: 174
Rackete, C.: 215, 462
Radbruch, G.: 275
Ranelletti, O.: 260
Rawls, J.: 141, 289
Raz, J.: 135
Re, L.: 384
Reagan, R.: 452
Rebuffa, G.: 162
Redondo, M. C.: 72, 135
Rentería Díaz, A.: 26, 28, 75
Renzi, M.: 401
Requejo Pagés, J. L.: 252
Rescigno, F.: 352
Resta, F.: 366, 370
Resta, G.: 364s., 366s.
Restani, D.: 338
Revelli, M.: 301
Revuelta, J. M.: 302
Riccobono, F.: 45
Rifkin, J.: 232, 443
Rigamonti, G.: 308
Rinella, A.: 242
Rivera Beiras, I.: 384, 440
Robbe, F.: 328
Robles Morchón, G.: 130
Rocchi, N.: 335
Roces, W.: 156s.
Ródenas, A.: 51
Rodil, M. V.: 402
Rodilla, R. A.: 196
Rodotà, S.: 112, 302, 327, 364, 383, 413
Rodríguez Braun, C.: 345
Rodríguez Feo, J.: 92
Rodríguez Gil, M.: 159
Rodríguez Marín, J.: 53
Rodríguez Salmones, N.: 380
Rodrik, D.: 338
Roldán Panadero, C.: 155
Rolleri, J. L.: 31
Romano, S.: 42, 78s., 188, 221, 265
Romeo, F.: 45
Roosevelt, F. D.: 313, 338
Ros, J. M.: 284
Ross, A.: 66, 74, 252
Rossetti, A.: 213
Rossi-Landi, F.: 21
Rothbard, M. N.: 154
Roura Parella, J.: 97
Rousseau, J. -J.: 41, 188, 252, 262, 302, 431
Rubio Llorente, F.: 408
Ruggiero, V.: 412
Ruiz Manero, J.: 51, 135, 164ss., 320
Ruiz Miguel, A.: 20, 23, 39, 130
Ruotolo, M.: 384

Saez, E.: 415, 435
Saint-Simon, C.-H.: 238
Sala, V. B.: 345

Salas, D.: 389
Salazar, P.: 45, 209, 325
Salvadori, R.: 423
Salvi, C.: 313, 326
Salvi, G.: 384
Sánchez, D.: 316
Sánchez, F. F.: 130
Sánchez Sarto, M.: 260
Sanna, R.: 338
Santi, R.: 185
Santoro Passarelli, F.: 77s., 345
Santos Fontenla, F.: 191
Santos Mosquera, A.: 443
Sarchi, C.: 373
Sartori, G.: 252, 395
Sarzotti, C.: 45
Saussure, F. de: 173s.
Savigny, F. C.: 77, 156, 263
Sborgi, C.: 22
Scarciglia, R.: 242
Scarpelli, U.: 25, 31, 101
Scarponi, S.: 351
Scattigno, A.: 351
Schiera, P.: 193
Schmitt, C.: 192, 219, 260-264, 304s., 307, 425
Schumpeter, J. A.: 252
Scialoja, A.: 112
Scialoja, V.: 56, 77
Scognamiglio, R.: 51
Searle, J. R.: 66, 96
Sen, A.: 308s., 395s.
Senese, S.: 76, 413
Sentís Melendo, S.: 78
Serafini, A.: 287
Serra, F.: 216, 218
Shiva, V.: 240
Sieyès, E.-J.: 217
Silveira, H. C.: 370
Smith, A.: 345, 355s., 412
Sobregués, N.: 309
Sócrates: 308
Solana, G.: 302
Solari, G.: 155
Sonnino, S.: 376
Sordi, B.: 225
Soro, A.: 366
Spina, S.: 269
Stiglitz, J. E.: 338, 414s., 423, 436, 447
Streck, L. L.: 45, 171
Stringa, M.: 22
Sunstein, C. R.: 389
Swift, J.: 238

Talini, S.: 384
Talmon, J.: 307
Tarello, G.: 74, 84
Tena, F. J.: 78
Ternon, Y.: 440
Terradillos, J.: 20
Terranova, A.: 338
Thunberg, G.: 215
Tierno Galván, E.: 118
Timtik, E.: 215
Tobin, J.: 434
Tocqueville, A.: 279, 284, 315s.
Todorov, T.: 287, 309, 440
Tognoni, G.: 403, 440
Tomasello, I. V.: 406
Tonoli, G.: 423
Torrente, G.: 384
Torres, L. D.: 217
Trinchero, M.: 73
Trindade, A. K.: 45
Troper, M.: 182
Trump, D.: 263, 295, 318
Tula, J.: 384
Turati, F.: 376

Ulpiano, D.: 226
Urbinati, N.: 263, 305, 307
Urrutia, B.: 312

Valdés Villanueva, L. M.: 96
Van Parijs, Ph. : 406s.
Vanderborght, Y.: 406s.
Vattimo, G.: 175
Vega, P. de: 118
Velasco, G. R.: 220, 237
Vernengo, R. J.: 27
Vico, G.: 373
Vidal, I.: 440
Vidari, G.: 155
Vigna, E.: 384
Vilar, G.: 220
Villone, M.: 313, 326
Viola, F.: 175
Violante, L.: 389
Vitale, E.: 141, 230, 460
Voltaire (F.-M. Arouet): 159, 369

Wacquant, L.: 384
Waldron, J.: 252
Weber, M.: 97
Weikert, E.: 423
Weinstabl, V. I.: 308
Weizsäcker, C. F. von: 220
Windscheid, B.: 56, 156
Woldenberg, H.: 325
Wolff, C.: 431
Wright, G. H. von: 53, 72, 74
Zaccaria, G.: 175
Zaffaroni, R.: 370, 440
Zagrebelsky, G.: 164s., 426
Zanobini, G.: 221
Ziblatt, D.: 305
Zolo, D.: 141, 207, 216, 302
Zorzella, N.: 460
Zovatto, D.: 325
Zuboff, S.: 364
Zucman, G.: 415, 435

ÍNDICE GENERAL

Contenido 7

Prólogo 11

Introducción. Meta-teoría del derecho y de la democracia 17

1. Cuatro puntos de vista sobre el derecho. La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos, p. 17 – 2. La semántica de la teoría del derecho. Las referencias empíricas de la teoría y sus divergencias deónticas, p. 22 – 3. La sintáctica de la teoría del derecho. La lógica del derecho y su explicación teórica gracias al empleo del método axiomático, p. 29 – 4. La pragmática de la teoría del derecho. El papel de la teoría y su triple dimensión pragmática, p. 35 – 5. Un modelo integrado de ciencia del derecho. Garantismo constitucional y cultura jurídica militante, p. 40

Primera parte
TEORÍA DEL DERECHO

I. El derecho positivo 49

1.1. Los modos deónticos. Las modalidades activas y las expectativas pasivas. El hexágono deóntico, p. 49 – 1.2. La asunción de la lógica deóntica como parte de la teoría, necesaria para dar cuenta de la positividad del derecho, p. 54 – 1.3. Las situaciones jurídicas, activas y pasivas, su actuabilidad y su efectividad. Los estatus, p. 59 – 1.4. El principio de calificación deóntica y el principio de positividad. Cadenas y redes de actos y de situaciones. Las relaciones de grado, p. 63 – 1.5. Las normas. Normas deónticas y normas constitutivas, normas téticas y normas hipotéticas. Una cuatripartición de las normas, p. 66 – 1.6. Situaciones, estatus y normas como significados prescriptivos. Derecho vigente y derecho viviente, p. 71 – 1.7. Las personas y las capacidades. Personas físicas o naturales y personas jurídicas o artificiales. La representación jurídica, p. 75 – 1.8. Las relaciones jurídicas y las garantías. Garantías positivas y garantías negativas, garantías primarias y garantías secundarias. Garantismo constitucional y garantismos, p. 80 – 1.9. Las instituciones como ordenamientos, si y solo si no figuran como sujetos jurídicos. Norma de reconocimiento y razón social, p. 83 – 1.10. El principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo. Sintaxis, semántica y pragmática del derecho positivo, p. 90

II. El estado legislativo de derecho 95

2.1. Actos formales y actos informales, p. 95 – 2.2. Los actos formales: formas y significados. Normas formales y normas sustanciales sobre la producción. Validez e invalidez, formal y sustancial. Actos preceptivos, decisiones y actos constitutivos. La anulabilidad de los actos inválidos, p. 99 – 2.3. La estructura en grados del estado de derecho. Aplicación y respeto de las normas sobre la producción. Nomo-dinámica y nomo-estática. El principio de legalidad en el estado legislativo de derecho, p. 104 – 2.4. Los actos informales. Actos ilícitos, cumplimientos e incumplimientos. La responsabilidad y las sanciones, p. 109 – 2.5. Fuentes formales y fuentes informales. La costumbre, p. 112 – 2.6. Situaciones activas y situaciones pasivas. Poderes y deberes. El poder jurídico en el estado de derecho. Potestades y funciones, p. 115 – 2.7. Representación orgánica, relación orgánica, competencia y normas de competencia. Los estatutos de las personas jurídicas, p. 120 – 2.8. La construcción moderna del concepto de derecho subjetivo. Tipología de los derechos subjetivos, p. 126 – 2.9. Las garantías primarias y las garantías secundarias. Normas primarias y normas secundarias. La obligación de introducir las garantías, p. 129 – 2.10. Efectividad primaria y efectividad secundaria. Razones primarias y razones secundarias de la acción, p. 132

III. El estado constitucional de derecho 139

3.1. Derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Una tipología de los derechos fundamentales. La esfera de lo no decidible. El principio de legalidad en el estado constitucional de derecho, p. 139 – 3.2. Confusiones conceptuales y diferencias estructurales entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales y entre derechos de libertad y derechos de autonomía, p. 146 – 3.3. En los orígenes de las confusiones conceptuales. La identificación lockeana de libertad, autonomía y propiedad. La naturaleza de poderes de los derechos patrimoniales y de los derechos de autonomía, p. 152 – 3.4. Cuatro libertades jurídicas. Libertad jurídica y libertad moral. La libertad política, p. 159 – 3.5. Principios y reglas. Principios regulativos y principios directivos. Los derechos fundamentales como principios regulativos expresados por normas teórico-deónticas, p. 162 – 3.6. La insostenibilidad de la concepción creacionista de la jurisdicción en el plano epistemológico y su incompatibilidad con el principio de legalidad y la separación de poderes. Precedentes judiciales y prestigio (*autorevolezza*), p. 167 – 3.7. La dimensión equitativa del juicio. Una redefinición de la noción de ponderación, p. 173 – 3.8. Una reformulación de la separación de poderes: funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía, p. 179 – 3.9. Representación política, separación de poderes y división del poder, p. 182 – 3.10. Poder constituyente, acto constituyente, constitución. Dos concepciones de 'constitución democrática': la concepción organicista y la concepción pacticia, p. 187

IV. Por un constitucionalismo más allá del estado 195

4.1. Modelos de derecho. Dos cambios de paradigma del derecho y la perspectiva de un tercer cambio: un constitucionalismo más allá del estado, p. 195 – 4.2. Antinomias y lagunas. El derecho ilegítimo y el deber ser jurídico del derecho, p. 201 – 4.3. Derechos sin garantías. El proble-

ma de las lagunas por la ausencia de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos y la construcción de la democracia, p. 207 – 4.4. La creciente divergencia entre el deber ser constitucional y el ser efectivo del derecho. La doble crisis del principio de legalidad, tanto formal como sustancial: la derrota tanto de Antígona como de Creonte, p. 211 – 4.5. Las tesis escépticas acerca de la cuestión de si es posible un constitucionalismo más allá del estado, p. 215 – 4.6. La crisis de los estados nacionales y del constitucionalismo estatal. La posibilidad, la obligatoriedad, la necesidad y la urgencia de un tercer cambio de paradigma. Tres necesarias expansiones del garantismo constitucional, p. 220 – 4.7. A) Por un constitucionalismo de derecho privado. Esfera pública y esfera privada, p. 225 – 4.8. B) Por un constitucionalismo de bienes fundamentales. Una actualización de la teoría jurídica de los bienes: bienes patrimoniales, bienes fundamentales, bienes ilícitos, p. 228 – 4.9. C) Por un constitucionalismo global. Constitucionalismo y federalismo. Instituciones locales de gobierno e instituciones globales de garantía, p. 234 – 4.10. El principio de legalidad en el constitucionalismo global. El principio de subsidiariedad, p. 240

Segunda parte
TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

V. La democracia constitucional. Democracia formal y democracia sustancial 247

5.1. La relación isomórfica y la diferencia de estatuto entre teoría del derecho y teoría de la democracia. Democracia formal y democracia sustancial, p. 247 – 5.2. Crítica de la concepción solamente formal de la democracia. El modelo cuatridimensional de la democracia constitucional: democracia política, democracia económica, democracia liberal, democracia social, p. 251 – 5.3. El modelo multinivel de la democracia constitucional: niveles locales, estatales, federales. El nivel global, p. 257 – 5.4. Dos concepciones opuestas del pueblo. Las nociones de pueblo y de soberanía popular compatibles con el paradigma constitucional. El estado instrumento y el nexo funcional entre democracia formal y democracia sustancial, p. 259 – 5.5. Garantizar los derechos, separar los poderes. Reservas de códigos y de leyes orgánicas. El nexo entre separación de poderes y garantía de los derechos, p. 267 – 5.6. Las separaciones extrainstitucionales: entre funciones políticas representativas y fuerzas sociales representadas y entre esfera pública y esfera privada, p. 271 – 5.7. La separación intrainstitucional: entre producción y aplicación del derecho y entre funciones de gobierno y funciones de garantía, p. 274 – 5.8. La jerarquía y la geografía democráticas de los poderes garantizadas por sus separaciones y trastornadas por sus confusiones, p. 280 – 5.9. Se ha hecho imposible lo que era posible en el pasado y posible lo que entonces era imposible, p. 284 – 5.10. La pandemia del coronavirus y sus enseñanzas: la primacía de la esfera pública en materia sanitaria y la necesidad y la urgencia de una expansión del paradigma constitucional a escala global, p. 291

VI. La democracia formal. Democracia política y democracia económica 299

6.1. La dimensión formal de la democracia: la democracia política y la democracia económica, p. 299 – 6.2. A) La democracia política. Ciudadanía y residencia. Dos conceptos de la democracia: la democracia plebiscitaria basada en el principio de homogeneidad y la democracia pluralista basada en el principio de heterogeneidad, p. 301 – 6.3. Una doble crisis de la democracia política. La crisis por arriba de la representación, p. 309 – 6.4. La crisis por abajo de la representación: la despolitización y la corrupción del sentido cívico. La perversa alianza entre populismos y liberismo, p. 314 – 6.5. El garantismo político. Las alternativas a la crisis en curso: *a*) El sistema electoral proporcional, el gobierno parlamentario y las instituciones electorales de garantía, p. 319 – 6.6. Sigue: *b*) La democratización de los partidos, su separación del estado como órganos de la sociedad y su financiamiento público, p. 325 – 6.7. B) La democracia económica. Por un constitucionalismo de derecho privado. El modelo de desarrollo económico diseñado por la Constitución italiana. El garantismo civil, p. 332 – 6.8. La agresión al trabajo. El modelo constitucional del trabajo. Tres cambios del trabajo impuestos por su constitucionalización, p. 339 – 6.9. La agresión a los derechos de las mujeres. Los poderes domésticos como poderes virtualmente salvajes. La esclavitud doméstica provocada por la violencia de los convivientes, p. 349 – 6.10. Una tercera expansión civilista del paradigma constitucional. La sustracción de los bienes fundamentales al mercado, p. 355

VII. La democracia sustancial. Democracia liberal y democracia social 359

7.1. La dimensión sustancial de la democracia: la democracia liberal y la democracia social, p. 359 – 7.2. C) La democracia liberal. El igual valor de las diferencias, su respeto y su libre expresión. Grados desiguales de libertad: libertades públicas y libertades privadas. Las tecnologías informáticas y la protección de los datos personales, p. 361 – 7.3. El garantismo penal. Dos principios de legalidad: legalidad formal y legalidad sustancial. El derecho penal mínimo. La laicidad del derecho y la laicidad de la moral, p. 368 – 7.4. El garantismo liberal. Los derechos activos de libertad como derechos cuya garantía es una condición de la democracia política. Las garantías de la libertad de prensa, p. 375 – 7.5. Las libertades-inmunidad fundamentales. Cuestiones de bioderecho. El embrión y el feto son personas si y solo si concebidas como tales por la madre, p. 380 – 7.6. La pena carcelaria como contradicción institucional. Seguridad efectiva e inseguridad imaginaria. Por la reducción de la cárcel y por un sistema de penas alternativas, p. 383 – 7.7. D) La democracia social. Los fundamentos ético-políticos y económicos de los derechos sociales. Del estado social burocrático al estado social de derecho, p. 392 – 7.8. El garantismo social. Los derechos a la educación y a la salud. La gratuidad de sus garantías como corolario de su carácter universal. Una lección que extraer de la epidemia del coronavirus, p. 398 – 7.9. Por una renta universal de ciudadanía. Renta básica y derechos de los trabajadores, p. 406 – 7.10. La construcción de la democracia social: vínculos presupuestarios para sustento de las garantías primarias, fiscalidad progresiva y expansión de las garantías secundarias. La sinergia entre las cuatro democracias, p. 412

VIII. La democracia cosmopolita. Los crímenes del sistema. Por una Constitución de la Tierra 419

8.1. El paradigma constitucional prefigurado por la Carta de la ONU y su paradójico declive en la era de la globalización, p. 419 – 8.2. La necesidad y la urgencia de un constitucionalismo más allá del estado. Instituciones y funciones estatales de gobierno e instituciones y funciones globales de garantía. Un despertar de la razón política urgido por la pandemia, p. 425 – 8.3. Constitucionalizar la globalización, globalizar el garantismo constitucional. La adveración del constitucionalismo por efecto de su expansión universal. Por una fiscalidad global, p. 430 – 8.4. Los crímenes de sistema como ilícitos no penales, ocasionados por el actual sistema político y económico global. Cuatro clases de crímenes de sistema, p. 436 – 8.5. A) Las devastaciones del medio ambiente. Para salvar la Tierra: un constitucionalismo de los bienes fundamentales, p. 442 – 8.6. B) Las guerras y la producción y la venta de armas. Las garantías de la paz, p. 448 – 8.7. C) Un *apartheid* mundial. Los muertos por hambre y por enfermedades no tratadas. Por un garantismo social global, p. 454 – 8.8. D) La huida de los migrantes de los crímenes de sistema. La cuestión migrantes como banco de pruebas del constitucionalismo tomado en serio, p. 459 – 8.9. Proyecto Europa y paradoja Europa. El futuro de la Unión Europea. Un garantismo constitucional europeo, p. 464 – 8.10. Sujetos constituyentes: los titulares de derechos fundamentales violados, los migrantes los primeros. Por una Constitución de la Tierra. La insidia del realismo político. Optimismo metodológico, p. 470

Índice de nombres 477

Índice general 485