

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ESFERA DE LO INDECIDIBLE EN LUIGI FERRAJOLI

Adrián Rentería*

1. Aquello que es indecidible

Alguien ha dicho que en la vida de un estudioso, aun en presencia de una rica bibliografía, es posible identificar un único libro, un único argumento, que viene retomado una y otra vez y, paso a paso, llevado a sus extremas consecuencias. Afirmar lo anterior de la obra de un estudioso del perfil intelectual de Luigi Ferrajoli pudiera, a primera vista, parecer una excesiva simplificación dado que su producción científica se desarrolla en el arco de casi 40 años. Si vemos bien, sin embargo, en la opera ferrajoliana se puede identificar un hilo conductor ideal que, desde sus primeros ensayos hasta el grandioso esfuerzo que está detrás de su monumental libro ya anunciado¹, se desarrolla en directrices que de alguna manera están ya contenidas en sus primeros trabajos. Es en este sentido, en efecto, que sus reflexiones quizá más recientes sobre la ciudadanía, la democracia y sobre los derechos fundamentales, deben ser consideradas como conclusiones, acaso no definitivas, de un complejo edificio conceptual que, en un sentido lato y extremadamente sumario, podríamos llamar liberal-democrático. Acerca de una de estas “conclusiones” quisiera detenerme en modo particular, tratando de precisar y desarrollar un aspecto particular que Ferrajoli hace objeto solamente de un breve examen.

En consecuencia, en este escrito, quisiera referirme solamente al pensamiento de Ferrajoli acerca de la noción de derechos fundamentales²

* Investigador de Filosofía del Derecho, Universidad de Insubria, Facultad de Jurisprudencia (Como, Italia).

¹ *Principia Juris*, de próxima publicación en la editorial Laterza de Bari (Italia).

² Trabajada principalmente en el ensayo “Diritti fondamentali”, en *Teoría política*, 1998, 2, pp. 3-33.

dada la importancia intrínseca de este argumento y, en segundo lugar, por el clamor que en Italia, pero no sólo ahí, sus escritos al respecto han suscitado. Mi interés, sin embargo, no se encamina en la dirección de cumplir un esfuerzo por individualizar posibles contradicciones y/o para indicar soluciones a problemas no resueltos en el discurso que Ferrajoli ha desarrollado con respecto a los derechos fundamentales durante estos años. En esta dirección, en efecto, se han ya movido estudiosos de valor y de diversa proveniencia disciplinaria, de Jori a Guastini, pasando por Bovero, Vitale, Pintore, Zolo, Bonanate, Baccelli. Ellos han subrayado algunas dificultades de la teoría de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, a veces obligándole a “ajustar la mira” sobre puntos importantes, o bien, dando lugar a réplicas decididas; por ejemplo (Jori, Guastini, Zolo), haciendo observaciones críticas acerca del supuesto carácter *teórico* o *formal* y el uso del cuantificador universal ‘todos’ de la definición de Ferrajoli de los derechos fundamentales, o bien preguntándose si su constitucionalismo (sustancial y no sólo formal) no termine por pretender dar respuesta a la pregunta acerca de la mejor forma de gobierno (Vitale), o bien, por devorar, mediante un constitucionalismo insaciable, la democracia procedural (Pintore), o por “vaciar” este aspecto de la democracia que, o es procedural o no es tal (Bovero). Y, aún más, se han preguntado acerca del carácter fundador de la definición de derechos fundamentales en relación con las cuatro principales tesis de la teoría de la democracia ferrajoliana (Baccelli, Vitale, Jori, Zolo) y sobre la relación entre derechos fundamentales y ciudadanía (Zolo, Bonanate). Estos relieves críticos, y otros más, han sido ya tomados en cuenta por Ferrajoli y, repito, a algunos ha dado respuesta esclareciendo su pensamiento y a otros ha rebatido de manera más bien contundente.³ Por todo ello no me ha parecido oportuno tratar de efec-

³ Todo el debate sobre el mencionado ensayo de Ferrajoli tuvo lugar, en diversos momentos, en la revista “Teoria politica”. La réplica de Ferrajoli a los comentarios y las críticas se ha desarrollado en dos fases: “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”, en “Teoria politica”, 1999, 1, que constituye una respuesta a Riccardo Guastini, Mario Jori, Danilo Zolo, Ermanno Vitale, Luigi Bonanate, y “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en “Teoria politica”, 2000, 3, donde se examinan las observaciones de Anna Pintore, Luca Baccelli, Ermanno Vitale y Michelangelo Bovero, quienes toman como punto de partida el ensayo inicial de Ferrajoli junto con su primera réplica. Este ensayo apareció ya acompañado, en el fascículo, con algunas observaciones (Guastini, Bonanate, Vitale), y en el No. 2 de 1999, junto con la primera réplica veían la luz las críticas de Zolo y Jori; el No. 2 de 2000 veía los artículos de Pintore, Baccelli y, de nuevo, Vitale. Final-

tuar una lectura crítica del pensamiento ferrajoliano ni tampoco tratar de reconstruir el debate desde sus orígenes hasta sus articulaciones críticas y relativas respuestas.⁴

De particular interés, además de ser menos explorado por quienes han analizado los escritos de Ferrajoli, me ha parecido un aspecto que tal vez él mismo no desarrolla en manera completa, limitándose a una breve mención. Este aspecto concierne a aquella esfera que en la construcción constitucionalista de Ferrajoli es representada por los derechos fundamentales, es decir, con sus palabras, “la *esfera de lo indecible*: del *no decidible que*, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y del *no decidible que no*, o sea, de las obligaciones públicas correspondientes a los derechos sociales”.⁵ Me ocuparé, en otras palabras, sólo de la relación entre derechos fundamentales y democracia así como la entiende Ferrajoli, lo que significa, en consecuencia, entrar de lleno en las tesis del constitucionalismo rígido.

2. Los derechos fundamentales en Ferrajoli

Antes de continuar es necesario reconstruir, de manera sumaria, la concepción de Ferrajoli acerca de los derechos fundamentales, así como explicitar, también en forma breve, las relaciones entre éstos y su noción de democracia. Es del todo evidente, para evitar malentendidos, que me limito a evidenciar el pensamiento ferrajolino, sin ninguna mención a sus puntos críticos.

Según Ferrajoli “son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *estatus* de personas, o de ciudadanos o de personas capaces de actuar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (a prestaciones) o negativa (a no lesiones) adscrita

mente, en el No. 3 del mismo año aparecía el ensayo de Bovero y la segunda réplica de Ferrajoli. Todo el debate aparece ahora en el volumen de Ferrajoli intitulado *Diritti fondamentali* (edición a cargo de E. Vitale), Laterza, Roma-Bari, 2001, del que existe una versión en castellano *Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

⁴ Un esfuerzo parcial en ese sentido lo ha ya realizado E. Vitale (“Nota del curatore”, en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. V-X).

⁵ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit. p. 19. Todas las notas relativas a este ensayo provienen del volumen que resume todo el debate: L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit.

a un sujeto por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad a ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los que constituyen su ejercicio”.⁶ Esta definición (que es teórica y formal) de ‘derechos fundamentales’ permite a Ferrajoli fundar cuatro tesis que él considera parte esencial de una teoría de la democracia sustancial. La primera tesis se refiere a la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; la segunda es que los derechos fundamentales configuran la base de lo que Ferrajoli llama ‘democracia sustancial’, en oposición a la mera democracia política o formal; la tercera concierne a las relaciones entre la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales y el concepto de ciudadanía; la cuarta tesis, para terminar, se refiere a las relaciones entre los derechos fundamentales y sus garantías primarias y secundarias.⁷ Estas cuatro tesis, a su vez, conforman la base de la idea de Ferrajoli sobre el constitucionalismo actual, que se ha configurado a partir de la generalización de las constituciones rígidas y de la sujeción de los Estados a las convenciones internacionales sobre derechos humanos “como un nuevo paradigma, fruto de una profunda mutación interna del paradigma paleoiuspositivista”.⁸

¿Cuáles son los elementos distintivos del paradigma que Ferrajoli llama ‘paleoiuspositivista’? Para iniciar, tal paradigma es la base de la acepción clásica del positivismo jurídico, es decir, la idea del monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado y, además, contribuye a configurar su postulado fundamental: el principio de legalidad formal, o de mera legalidad, como condición necesaria para la separación entre derecho y moral. En tal sentido, la progresiva afirmación del paradigma paleoiuspositivista constituye un decidido paso hacia adelante en la teoría del derecho, pues contiene implícitamente el principio de la omnipotencia del legislador, que se viene así a oponer al paradigma del derecho premoderno, en el que no se distinguía el derecho como es del derecho como se quiere que sea, entre derecho y moral: ahora, por el contrario, es derecho aquello que el legislador “dice”. Con las palabras de Ferrajoli: “el postulado del positivismo jurídico clásico es en efecto el principio de *legalidad formal* o, si se de-

⁶ “Diritti fondamentali”, cit., p. 5.

⁷ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., pp. 10-11, 12-33.

⁸ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., p. 33.

sea, de *mera legalidad*, como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes. Con base en tal postulado, una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en razón únicamente de la forma de su producción”.⁹ Él es muy claro al respecto: “La afirmación [del principio de legalidad formal], como sabemos, ha provocado una vuelta completa del paradigma con respecto al derecho premoderno: la separación entre derecho y moral, es decir entre validez y justicia, en razón del carácter completamente artificial y convencional del derecho existente. La juridicidad de una norma no depende más, en el derecho moderno, de su íntinseca justicia o racionalidad, sino sólo de su positividad, o sea, del hecho de haber sido ‘puesta’ por una autoridad competente en las formas previstas para su producción”.¹⁰

Pero si el principio de legalidad formal (o mera legalidad) había proporcionado las bases para que se afirmase el paradigma que se coloca en la base del iuspositivismo clásico, a su vez el constitucionalismo moderno constituye el marco teórico en el que se viene a desarrollar aquella que Ferrajoli llama una segunda revolución, es decir, una mutación interna del mismo paradigma iuspositivista. No podría decirlo en manera mejor que con las mismas palabras de Ferrajoli: “si la primera revolución se había expresado en el consolidarse de la omnipotencia del legislador, o sea del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha cumplido con el afirmarse de lo que podemos llamar el principio de *estricta legalidad* (o de *legalidad sustancial*): es decir, con la sujeción de las leyes a los vínculos no solo formales sino también sustanciales impuestos por los principios y por los derechos fundamentales expresos por las constituciones”.¹¹ He aquí evidente, entonces, el nexo entre las tesis ferrajolianas acerca del constitucionalismo y las tesis, que derivan de su definición de ‘derechos fundamentales’, que están en su base; este nexo es quizá más evidente, a mi juicio, con la lectura paralela de la segunda y cuarta tesis y el constitucionalismo de Ferrajoli.

Veamos la segunda tesis. “¿En qué sentido –se pregunta Ferrajoli– los derechos fundamentales expresan la dimensión que he llamado ‘sus-

⁹ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit. p. 33. *Cursivas* de Ferrajoli.

¹⁰ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., p. 33.

¹¹ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., p. 34.

tancial' de la democracia, en oposición a la dimensión 'política' o 'formal'? ¿Y en qué sentido ellos incorporan valores *a priori* y más importantes con respecto a la democracia política?"¹² La respuestas a estas preguntas, para Ferrajoli, se articula en dos direcciones: la primera es una respuesta de alguna manera *a posteriori*, y tiene que ver con el plano material, del contenido de los derechos fundamentales; la segunda, quizá de mayor relevancia, deriva del carácter formal de la definición, es decir del hecho de que los derechos fundamentales son universales e indisponibles, y de la noción de igualdad conectada con ellos. Ferrajoli sostiene que "la forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela en otras palabras como la técnica —o garantía— de tutela de lo que en el pacto constitucional viene considerado 'fundamental': o sea, aquellas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y razón y causa del artificio que es el Estado".¹³ La cuarta tesis, por otro lado, es utilizada por Ferrajoli para establecer una distinción, al mismo tiempo banal y revolucionaria, entre los derechos y sus garantías, para contestar las afirmaciones de matriz realista de quienes niegan los primeros (tanto de derecho interno como de derecho internacional) en razón de la mera ausencia de las segundas (las garantías). Existen, según Ferrajoli, cuando menos dos razones que desaconsejan la confusión entre derechos y garantías, que genera el no-reconocimiento de los primeros cuando faltan las segundas. Una es la desvalorización, en el plano jurídico, de dos de las mayores conquistas del constitucionalismo del siglo XIX: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, que se reducirían, dado que en general no se les dota de adecuadas garantías, a meras proclamaciones retóricas.¹⁴ La otra, más importante, concierne la naturaleza positiva y dinámica del derecho, opuesta a la moral y a los sistemas de derecho natural, que son por naturaleza estáticos. Contrariamente a lo que sucede en los sistemas normativos estáticos, observa Ferrajoli, en los sistemas dinámicos como el derecho "la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea de una obligación o de una prohibición o de un permiso o de una expectativa jurídica, depende de la existencia de una

¹² L. Ferrajoli, "Diritti fondamentali", cit., p. 18.

¹³ L. Ferrajoli, "Diritti fondamentali", cit., p. 18.

¹⁴ L. Ferrajoli, "Diritti fondamentali", cit., p. 27.

norma jurídica que la prevea, la cual, a su vez, no se deduce de la existencia de otras normas, sino que se induce, como *hecho empírico*, del acto de su producción”.¹⁵ Lo que significa, en otras palabras, la posible presencia en el derecho de antinomias y lagunas, es decir, la presencia eventual de normas contradictorias y la ausencia de criterios adecuados para resolverlas y, asimismo, la ausencia de obligaciones y prohibiciones relativas a un derecho establecido mediante una norma jurídica y de la obligación de aplicar la sanción cuando se violen tales obligaciones y prohibiciones que son, por decirlo así, de primer grado.¹⁶ Bajo esta óptica, en el derecho fundamental a la integridad física nosotros podemos distinguir la dimensión de sus garantías primarias (o de sus lagunas primarias si faltasen) que consisten en la prohibición, establecida mediante normas jurídicas positivas, de atentar contra la vida de nuestros semejantes, y la dimensión de sus garantías secundarias (o de las lagunas secundarias si faltasen) relativa a la obligación de los órganos predispuestos a la aplicación de la ley de conminar las relativas sanciones a quienes violen lo que disponen las garantías primarias.

Pero la existencia de las garantías –primarias y secundarias– relativas a todos los derechos fundamentales no se da por descontada en un sistema dinámico como el derecho, pues, como se ha visto, ellas dependen de un preciso acto de voluntad, de una expresa estipulación por parte de un órgano autorizado a producir normas positivas. Puede suceder, como de hecho sucede con algunos derechos sociales y con los que pertenecen al derecho internacional, que efectivamente falten sus garantías sin que esta inexistencia, en la tesis de Ferrajoli, determine la inexistencias de los relativos derechos.

3. Democracia sustancial y justicia constitucional

Regresemos ahora a lo que se decía antes sobre los derechos fundamentales como principio que pone en acto la “caída” del paradigma iuspositivista y que genera el nuevo paradigma constitucionalista. Por el hecho de que ellos se confieran *ex lege* por su rango constitucional, por su carácter igualitario, universal e indisponible, se sigue que los de-

¹⁵ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., p. 28. Cursivas de Ferrajoli.

¹⁶ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., p. 29.

rechos fundamentales están connotados sustancialmente y que, a su vez, imprimen un signo distintivo al estado de derecho y a la democracia constitucional. Los derechos fundamentales son, entonces, sustanciales, relativos no solamente a la forma de su producción sino también a su contenido. La forma de su producción había sido puesta a “salvo” cuando se afirmó el paradigma iuspositivista contra el paradigma del derecho premoderno, mientras ahora la sustancia se re-introduce a partir del reconocimiento de los principios y de los derechos fundamentales establecidos en las constituciones, es decir, como un requisito para comprender mejor la esfera de las garantías. Si antes una norma jurídica era válida si respetaba los requisitos de competencia y de procedimiento, ahora estos requisitos son suficientes sólo para fundar el vigor, la vigencia, mientras que la validez vera y propia depende de su contenido o, mejor dicho, de la relación de ella con las normas de grado superior, en un nexo que se reproduce en todos los grados del ordenamiento. La esfera contenutístico-material del constitucionalismo de Ferrajoli tiene que ver entonces también con una dimensión sustancial de la democracia, en la que las decisiones de los poderes públicos están subordinadas, en razón de su contenido, a la constitución.

De esta manera, estableciendo un nexo entre el concepto de democracia sustancial y la misma definición de los derechos fundamentales, Ferrajoli configura en modo extremadamente convincente un marco en cuyo interior encuentra plena justificación la existencia de un órgano supraordenado al poder del legislador. Tal órgano no es otra cosa que un Tribunal Superior (Corte Constitucional, Tribunal Constitucional); como sabemos, una institución de ese tipo se puede, a vario título, identificar en las reflexiones del Abad Sieyès y en su *Jury constitutionnaire*.¹⁷

¹⁷ Sin necesidad de retroceder más en el tiempo hasta Platón y al Consejo nocturno evocado en el libro XII de Las Leyes y en el Aeropago aristotélico y sus reflexiones sobre el papel de los guardianes de las leyes. Al respecto P. P. Portinaro, “Il grande legislatore e il custode della costituzione”, en G. Zagrebelsky –P. P. Portinaro– J. Luther (coords.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, pp. 5-34. De Sieyès véase E.-J. Sieyès, *Opinion sur les attributions et l'organisation du juri constitutionnaire* (1795), trad. it. *Opinione sulle attribuzioni e l'organizzazione del giurì costituzionale*, en *Oper e testimonianze politiche*, Giuffrè, Milán, 1993, vol. II. El pensamiento de Sieyès siempre cada vez más viene considerado como un “paradigma de la teoría jurídica continental de la constitución” (P. P. Portinaro, “Il grande legislatore legislatore.”, cit., p. 19). En este sentido véanse también F. Furet (coord.), *L'eredità della rivoluzione francese. E.-J. Sieyès*, Laterza, Bari, 1980, y P. Pasquino, “Le républicanisme constitutionnel de E. Sieyès”, en “Droits”, 1993, IX.

Pero es bien sabido también que sólo con Kelsen y “su obra más amada”¹⁸, o sea sus, tesis acerca del control de constitucionalidad acogido en la Constitución austriaca de 1920, se viene a determinar en todo su alcance un modelo de justicia constitucional “continental”, después adoptado en todas las constituciones europeas después de la Segunda guerra mundial y diferente del modelo difuso estadounidense.

Las características del modelo kelseniano de justicia constitucional son bien conocidas y por ello no es el caso ahora detenerse en ellas en modo exhaustivo.¹⁹ Es suficiente, para los fines que se persiguen, subrayar el papel del modelo –coherente, entre otras cosas, con la visión nomodinámica kelseniana– como órgano encargado de controlar el funcionamiento del órgano legislativo, precisamente mediante el parangón del producto de tal actividad con la constitución. En esta óptica, la novedad de la propuesta de Ferrajoli se articula, a mi juicio, en dos puntos fundamentales. El primero de ellos consiste en acentuar el límite representado por los derechos fundamenales reconocidos en la constitución a la actividad del legislador, de hecho substrayéndoles de las decisiones de las mayorías políticas; se trata, evidentemente, de la esfera de lo que *no es lícito decidir*, es decir, de un aspecto particular del ámbito más general de la esfera de lo indecible. El segundo punto se refiere, siempre tomando como punto de comparación los derechos fundamenales, no tanto a lo que el legislador no puede decidir en razón del límite de dichos derechos, sino, más bien, a lo que *el legislador debe decidir* con base en los mismos derechos. Común a los dos puntos es el hecho de que configuran un constitucionalismo rígido y, sobre todo, su corolario lógico: un Tribunal constitucional.

¹⁸ “sein geliebtestes Kind”. Cfr. H. Kelsen, *Wiedergabe einer Sendung des österreichischen Rundfunks, 8 Mai 1973*, en Hans Kelsen zum Gedenken (*** faltan los datos). Al respecto cfr. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milán, 1998, pp. 174 y sigs., y G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 170. Volpe si riferisce in tal senso a R. von Marcic, *Verfassungsgerichtsbarkeit als Sinn der Reinen Rechtslehre*, en *Die moderne Demokratie und ihr Recht*, II, Mohr, Tübingen, 1966, p. 481.

¹⁹ En efecto sobre este punto existe una literatura muy amplia, desde el clásico Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, (1928), Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Paris, 1986, con un prefacio del mismo Kelsen, a G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato*...., cit., y el óptimo trabajo de G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., espec. cap. 5.

4. Lo que el legislador no debe decidir

Sobre el primero de los puntos no hay nada que decir. Ferrajoli recupera en su tesis de la democracia sustancial el aspecto de la indisponibilidad de los derechos fundamentales en relación a la política –presente ya de alguna manera en el modelo kelseniano²⁰ y también de alguna manera parte de la idea, ampliamente difundida, del Estado constitucional de derecho. Si bien para algunos estudiosos el de Kelsen es aún un modelo en el que la democracia, “por cuanto corregida mediante la introducción de un control de constitucionalidad, seguía ... siendo una *democracia legislativa, o parlamentaria*”,²¹ en realidad para él estamos ya de frente a un núcleo indisponible para la esfera de la política, que se puede asimilar a la definición de derechos fundamentales y a la noción de democracia sustancial de Ferrajoli. Dice Kelsen, en efecto, “cuando proclama la igualdad de los ciudadanos de frente a la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad en su forma habitual de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc. que se garantiza a los individuos, la constitución dispone, en fondo, que las leyes no sólo deberán ser elaboradas en el modo establecido por ella, sino que también que no deberán contener disposiciones que atenten a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc.”. Esta enunciación se refleja –si bien en forma un tanto tímida– ya en el artículo 144 de la Constitución austriaca, donde se establece que la Corte Constitucional se expresa sobre las denuncias de quienes consideran que sus propios derechos, garantizados constitucionalmente, han sido violados. Éste, en efecto, constituye uno de los puntos centrales de la noción kelseniana de constitución, no sólo como “una regla de procedimiento sino también [como] una regla sustancial; de modo que una ley puede ser inconstitucional ya sea a causa de una irregularidad procedimental relativa a su formación, ya sea también a causa de un contenido contrario a los principios o a las directivas formuladas por el constituyente, cuando supera los límites prefijados”.²²

²⁰ Cfr. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato...*, cit., p. 192.

²¹ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, Il Mulino, Bolonia, 1999, p. 159.

²² Cfr. H. Kelsen, “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, en “Rev. Dr. Publ. et sc. pol.”, 1928, XXXV, pp. 197-257. trad. it. “La garanzie giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*,

El mérito de Ferrajoli sobre este argumento es haber recuperado, evidenciándolo en forma neta e inequívoca y articulándolo claramente en su teoría del constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho, el principio de la indisponibilidad de los derechos fundamentales. Este principio, a mi parecer, había ya sido individuado por Kelsen, si bien no lo hubiese desarrollado suficientemente, siendo tal vez él prisionero de su misma teoría del derecho.

De cualquier manera, es quizá sólo con el constitucionalismo de la segunda posguerra, como dice Ferrajoli²³ –y con él autores como Fioravanti–, que se concibe “la constitución como el lugar en el que se enunciaban los principios fundamentales y los grandes valores que caracterizaban el tipo de democracia que se quería construir, colocando los unos y los otros, en su objetividad, en una zona antecedente a la asociación política y su ley positiva, casi reproduciendo aquel modelo iusnaturalista que el mismo Kelsen siempre había, coherentemente, contestado”.²⁴ De alguna manera, en efecto, el modelo de justicia constitucional de Kelsen no es otra cosa que una consecuencia lógica de la *Stufenbau* del ordenamiento jurídico, donde sólo la norma fundamental y los actos de ejecución material no son, al mismo tiempo, aplicación y creación de derecho. De acuerdo con esto, la legislación constituye, coherentemente, aplicación de la constitución,²⁵ mientras que con respecto al reglamento y otros actos subordinados a la ley ordinaria constituye creación. Pero la aplicación así como la creación del derecho son comunes a todo grado del ordenamiento, excluidas la norma fundamental y los actos ejecutivos, de consecuencia que nace, en relación con la primera (la creación del derecho), un problema de regularidad, es decir de correspondencia entre un grado interior y un grado superior del ordenamiento.²⁶ Esta regularidad, como se ha dicho, constituye un aspecto común a todos los momentos, a lo largo de todo

Giuffrè, Milán, 1981, pp. 143-228, a p. 154. La cita precedente se encuentra en las pp. 153-154. Hay trad. al español por Rolando Tamayo y Salmorán, *La garantía constitucional de la constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2001.

²³ L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., pp. 34-35.

²⁴ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 159.

²⁵ H. Kelsen., “La garanzie giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 147.

²⁶ H. Kelsen., “La garanzie giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 148.

el ordenamiento, a través de los cuales el derecho se concretiza: no sólo de la ley en relación con la constitución, sino también del reglamento respecto de la ley, de la sentencia en relación con el reglamento, de la ejecución y del acto administrativo en relación con la sentencia. La no exclusividad, que es del todo conforme con la doctrina de la *Stufenbau* kelseniana, de la relación de regularidad (o, mejor, de conformidad) entre ley y constitución, viene de esta manera, a mi juicio, a “esconder” un aspecto relevante de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, contribuyendo a generar una especie de equívoco que consiste en considerar la justicia constitucional como una estrategia adecuada sólo para resolver el problema de la coherencia del ordenamiento. Distinguiendo así este modelo “concentrado” de justicia constitucional del así llamado modelo “difuso” presente en los Estados Unidos de Norteamérica, que nace precisamente de una exigencia de tutela de los derechos de los ciudadanos norteamericanos.²⁷ Un fruto de este equívoco, grave en el plano político no menos que en el jurídico, es, por ejemplo, la generalización de una concepción de la justicia constitucional como un instituto jurídico sin nexo alguno con la esfera de los derechos fundamentales, de alguna manera como si tuviera sólo el fin abstracto de vigilar sobre la constitución. En efecto, también con particular referencia a la Corte Constitucional italiana, se ha afirmado que ella no nace como una jurisdicción de la libertad y de los derechos fundamentales, sino que tiene en su base más bien una típica preocupación iuspositivista por la mera coherencia del ordenamiento.²⁸ Bajo esta óptica, se reserva, a la actividad de la justicia constitucional un espacio meramente residual, secundario, del todo contingente, muy cercano al que se le asignaba, en buena parte de la discusión desarrollada a finales del siglo XIX, a la justicia administrativa.²⁹

Me parece, por el contrario, que Ferrajoli va mucho más allá de esto, retomando las señales de Kelsen al respecto para llegar a colocar la

²⁷ Véase para todos M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Einaudi, Turín, 1998, p. 104. Como se sabe, la justicia constitucional estadounidense se desarrolla a partir del principio afirmado por el Chief Justice Marshall en la famosa sentencia de la Suprema Corte *Marbury v. Madison*, de 1803.

²⁸ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., p. 104. Juicio que, en parte, se atenua en una obra sucesiva: véase Id., *Costituzione*, cit., pp. 159-160.

²⁹ Sobre ello cfr. C. Mezzanote, *Il giudizio sulle leggi*, I, *Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milán, 1979.

esfera de los derechos fundamentales en el centro de su noción de justicia constitucional como núcleo de la indisponibilidad de éstos en relación al poder político, si bien sin disminuir la función de los Tribunales constitucionales como garantía de coherencia; a ellos, por ejemplo, se les destina la tarea de “escoger” entre los dos extremos de la antinomia que resulta cuando el legislador emana leyes contrarias a la constitución, asegurando la preeminencia de ésta. Para Ferrajoli, como se ha dicho, la correspondencia de la ley con la constitución se resuelve en una comparación que se desarrolla tanto en el plano de la forma (el quién y el cómo) cuanto en el plano del contenido (el qué); esta correspondencia sustancial, no menos que la formal, configura en Ferrajoli su teoría de la democracia sustancial y el constitucionalismo rígido del Estado de derecho, precisamente en razón de que coloca la constitución al reparo de los asaltos de las contingentes mayorías parlamentarias, las cuales deben tomar en consideración no sólo la forma sino también el contenido de las leyes que emanan, visto que sobre su actividad vigila un Tribunal Constitucional.

Quizá un tanto paradójicamente, es en la dimensión sustancial de la democracia que se pueden producir algunas dificultades para la intuición de Ferrajoli, pues este tipo de control de constitucionalidad, contrariamente al que se refiere a la dimensión formal, contiene el “germen” insidioso de la discrecionalidad. En efecto, el control de correspondencia formal (del quién y del cómo) pudiera resolverse a final de cuentas en una mera actividad empírico-cognoscitiva, expresada mediante un enunciado descriptivo verofuncional. Mientras que, viceversa, el control material, sustancial, no consiste absolutamente en una fría comparación entre hechos empíricos reconducibles a un enunciado que podemos calificar como verdadero o falso; al contrario, este control plantea en toda su problematicidad la cuestión, central en el derecho, de la interpretación. No es casual, en efecto, que la doctrina constitucionalista, en particular modo la que tiene como objeto particular la justicia constitucional, se ha puesto desde hace ya tiempo el interrogativo de si las sentencias de los Tribunales constitucionales tienen como objeto disposiciones o normas.³⁰

³⁰ Para todos cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977, pp. 147-150. ‘Disposición’ y ‘norma’ forman parte de la terminología iusrealista en el tema de argumentación. Esta terminología se puede “rastrear” ya en los estudios de V. Crisafulli (“Disposizione

Establecer, entonces, que una ley del parlamento es (o no es) inconstitucional en razón de su contenido (del qué), constituye un problema interpretativo que, como tal, a menos de no asumir una postura formalista al respecto, puede determinar el inconveniente de que nos encontremos de frente a una actividad que no es de mero accertamiento sino de voluntad. Ciertamente, se trataría, en consecuencia, de un problema que se podría resolver —o al menos circunscribir— mediante indicaciones de *legal drafting*, para establecer condiciones de limitar lo más posible la incerteza que puede nacer de la comparación entre dos contenidos que han sido expresados mediante el lenguaje (la ley y la Constitución).

5. Lo que el legislador debe decidir

Ferrajoli, por otra parte, va aún más allá cuando establece que este control de correspondencia sustancial (complementario del control meramente formal) no sólo se desarrolla en el plano de lo que no es lícito decidir por parte del legislador: él afirma en efecto otro plano de la esfera más general de lo no decidible, o sea, el plano de lo que no es lícito no decidir. Si el primer plano ve la función del órgano de la justicia constitucional como una actividad puramente *negativa*, de expulsión de la ley que contrasta con la constitución, este segundo plano se resuelve en una propuesta de actividad *positiva*, mediante la cual se puede indicar al legislador *cual* ley emanar para actuar los principios de la constitución y los derechos fundamentales establecidos en ella. Pero existe una diferencia relevante entre estos dos tipos de actividad que va mucho más allá del simple hecho de ser una *negativa* y la otra *positiva* y que es oportuno ahora evidenciar.

Por un lado, la primera actividad, la *negativa*, que tiene por objeto el campo de lo que no es lícito decidir, consiste de algún modo en un acto constitutivo, en el sentido de que declarar la inconstitucionalidad de una ley equivale a hacerla ineficaz.³¹ Por lo menos este es el sentido

(e norma), en “Enciclopedia del diritto”, Giuffrè, Milán, 1964, vol. XIII), y es utilizada ampliamente, por citar algunos ejemplos, por autores como Giovanni Tarello y Riccardo Guastini (si bien parece acogida también por otros autores, de matriz normativista, como Mario Jori: M. Jori, “Interpretazione”, voz en M. Jori – A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1995, 2a. ed., p. 205).

³¹ No creo que haya necesidad de entrar en los detalles técnico-jurídicos conectados con esta cuestión, como por ejemplo la irretroactividad de los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad. Omito también cualquier observación relativa a las modalidades de publicación de las sentencias de este tipo.

que Kelsen atribuye a su modelo, cuando sostiene que “si se desea una eficaz garantía de la constitución es necesario que el acto sometido al control del tribunal constitucional, en el caso de que se reconozca como irregular, se anule directamente por este último. La decisión, aunque se refiera a normas generales –y este es el caso principal– debe poseer fuerza de anulamiento”.³² Naturalmente no es que las palabras de Kelsen sean definitivas a este respecto: él mismo en varias ocasiones subraya el hecho de que no deben existir soluciones uniformes para todas las constituciones.³³ En efecto, sobre este argumento alguien ha sostenido, siguiendo las huellas de algunas categorías conceptuales presentes en el derecho procesal, que las decisiones adoptadas por los Tribunales constitucionales, en modo especial en la experiencia italiana, tienen el carácter de un mero accertamiento.³⁴ Es verdad, como se decía, que la pérdida de eficacia es un efecto que se sigue de la sentencia de inconstitucionalidad, pero también es verdad que tal efecto, al menos en el ordenamiento italiano, se instituye en el ordenamiento constitucional y como resultado de la actividad del tribunal. A éste, de consecuencia, se le precluye “cualquier determinación relativa a la suerte del acto legislativo que se declare inconstitucional”.³⁵

Existen sin duda dificultades objetivas acerca de la ineficacia inmediata de una ley declarada inconstitucional. Se trata, en primer lugar, de una cuestión de publicidad, en el sentido simple de hacer del conocimiento público la sentencia de inconstitucionalidad, algo no muy sencillo; en efecto, un número del Diario Oficial de la Federación (o cualquier otro nombre que se dé al órgano oficial donde se hacen públicos los actos del Estado) tiene como objeto medidas “viejas”, tomadas en

³² H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, cit., pp. 190-191.

³³ Por ejemplo en “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, cit. p. 175. Algunos Tribunales constitucionales incorporan en su práctica las así llamadas “sentencias bilaterales”, mediante las cuales la sentencia de inconstitucionalidad no comporta la nulidad sino más bien una orden dirigida al legislador para que sea él quien resuelva la cuestión. Sobre esto, E. Aja-M. González Beilfuss, “Conclusiones generales”, en E. Aja (coord), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998. En un cuadro más general, véase G. Pisarello, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en M. Carbonell –J. A. Cruz Parceró– R. Vázquez (coords), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, pp. 111-135.

³⁴ Cfr. G. Zagrebelsy, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 145.

³⁵ G. Zagrebelsy, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 145.

días anteriores. Pero no es ésta la dificultad mayor, pues en realidad, si vemos bien, este aspecto es común a las decisiones emanadas en la sede legislativa³⁶. Mucho más arduo, por el contrario, es considerar inmediatamente constitutiva una sentencia de inconstitucionalidad, fundamental para el funcionamiento del Estado, que se origina en un órgano que se considera parte del poder judicial³⁷ pero cuya actividad, dada su naturaleza no político-representativa, quizá sería más oportuno calificar como de mero acertamiento. A la base de todo esto, evidentemente se pone una más que legítima preocupación acerca de la separación entre los poderes del Estado, ya examinada en su momento por Kelsen y declarada como inexistente por considerar a los Tribunales constitucionales como órganos del poder legislativo y no del poder judicial. La diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa –sostiene Kelsen– consiste sobre todo en el hecho de que ésta crea normas generales mientras aquella crea sólo normas individuales. Ahora, anular una ley significa crear una norma general, siendo, por decirlo así, una formación de signo negativo, y de consecuencia una función legislativa. Y un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es de consecuencia órgano del poder legislativo”.³⁸

Es un hecho, a pesar de todo, que a la sentencia de inconstitucionalidad de una ley sigue, como efecto mediato o inmediato, su ineficacia: el carácter mediato o inmediato constituye un mero aspecto contingente, relativo al modo específico en que se articulan las diversas constituciones cuando se dotan de un tribunal constitucional.

Diferente en parte (quizá sólo más acentuada en relación con sus puntos problemáticos) es la situación por lo que respecta a la actividad *positiva* de los tribunales constitucionales, es decir, el campo de lo que no es lícito no decidir por el legislador, siendo que la constitución, según el modo de ver de Ferrajoli, establece *aquello que debe ser*. Para entendernos, estamos aquí en el terreno de los llamados derechos sociales, que consisten *grosso modo* en lo que Ferrajoli denomina “expec-

³⁶ Al respecto se debe notar como, para tratar de resolver el problema, es habitual indicar el momento preciso en que una medida legislativa entra en vigor.

³⁷ Cfr. G. Zagrebelsy, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 145-146.

³⁸ H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)”, cit., p. 173. Si bien en otros puntos se genera la sensación de que Kelsen cambia de idea, véase *Ibidem*, p. 174, cuando evidencia la libertad que caracteriza la actividad legislativa y al círculo implícito en la actividad de anulación de una ley.

tativas positivas”, relativas no a la simple ausencia de obstáculos sino, por el contrario, a la presencia objetiva de determinadas condiciones que hagan posible, por ejemplo, el goce efectivo de un derecho fundamental como el derecho a la salud. Puede suceder, en efecto, que un determinado ordenamiento instituya en su propia constitución este derecho extendiéndolo a todos los ciudadanos, pero que falten las leyes secundarias (ley ordinaria, decreto, reglamento) relativas; es decir se determina una situación en la que un derecho se establece constitucionalmente pero en la práctica no se le hace efectivo. De la falta de garantías de un derecho, que Ferrajoli distingue en garantías primarias y garantías secundarias, no se deduce la inexistencia del derecho mismo,³⁹ de manera que con su tesis acerca de la democracia sustancial con una constitución rígida, se viene a generar un problema de plenitud del ordenamiento, el cual se articula en dos direcciones: una relativa a las lagunas primarias, o sea la falta de obligaciones y prohibiciones en que consisten las garantías primarias, y la otra relativa a las lagunas secundarias, es decir a la ausencia de los órganos encargados de sancionar (o reparar) las violaciones contenidas en las garantías primarias. Es del todo evidente que el uso del término ‘laguna’ en Ferrajoli asume un significado que va más allá del que comúnmente se acoge en la doctrina, según el cual, laguna es aquella circunstancia concreta cuya solución no está prevista por norma jurídica alguna. En el contexto de los derechos fundamentales, en efecto, Ferrajoli utiliza este vocablo para referirse a la falta de una o más normas, mas no en relación a una circunstancia concreta que necesita una solución jurídica, sino para evidenciar como esta ausencia se debe a la comparación de un hecho empírico con el contenido de una circunstancia abstracta de nivel constitucional. No entro ahora en el detalle de la operación redefinitoria de Ferrajoli, si bien, de cualquier modo, veo con extrema simpatía su resultado final, o sea, la

³⁹ Cfr. L. Ferrajoli, “Diritti fondamentali”, cit., pp. 10-11. Ferrajoli polemiza con D. Zolo (“La strategia della cittadinanza”, en Id., (coord.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 29-35) y R. Guastini (“Diritti”, en *Analisi e Diritti 1994*, a cargo de P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 163-174) quienes, con modalidades diferentes, sostienen que la no efectividad de un derecho determina de algún modo la inexistencia del derecho mismo. La polémica se puede extender, con toda razón, a pensadores como F. A. von Hayek (*Law, Legislation and Liberty* (1982), trad. it. di P. G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milán, 1994, espec. en el apéndice al capítulo 9, intitulado “giustizia e diritti individuali”).

exhortación en el plano metateórico dirigida a legisladores y juristas – teóricos y prácticos– a tomar en serio las palabras del derecho y a concretizar la constitución.

Para Ferrajoli, entonces, si no me equivoco, la actividad de un tribunal (o corte) constitucional se articula en dos principales actividades: la *negativa*, de substracción de la esfera de los derechos fundamentales a la acción de la mayoría política, distinguiendo entre validez formal (o vigor) y validez sustancial (o validez vera y propia), anulando las leyes cuyo contenido contraste con la constitución, y la *positiva*, que consiste en colmar las lagunas primarias y secundarias que resulten de la comparación entre los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y la realidad que los individuos viven. Ferrajoli, a decir verdad, no entra en los detalles, al menos en el ensayo que aquí se examina, de las posibles dificultades de estas dos modalidades de intervención, empeñado como está en un discurso que tiene finalidades diferentes. Sobre la primera de ellas, la *negativa*, no me parece que haya mucho más que agregar, dado todo lo que ya se ha dicho poco antes, y sobre todo de frente a una copiosa literatura ya existente al respecto. Es sobre la segunda de las dos modalidades, la *positiva*, donde se concentran quizá las mayores dificultades, de orden no solo técnico-jurídico sino también, y sobre todo, de naturaleza política, y es sobre este punto que tal vez se puede intentar un desarrollo crítico.

6. Juez constitucional y Parlamento

Desde una perspectiva técnico-jurídica, emerge un primer problema relativo a las modalidades mediante las cuales un tribunal constitucional puede colmar las lagunas, en el sentido que se ha evidenciado. Se pueden, tal vez, individuar dos alternativas al respecto. En primer lugar el tribunal constitucional puede enviar invitaciones (o recomendaciones, exhortaciones u órdenes, etc.) al legislador para que proceda a emanar las leyes que hagan justiciable el derecho enunciado en la constitución; o bien, en segundo lugar, el tribunal podría sustituir al legislador, confiriendo a sus propios actos (de juez constitucional) las características que posee la legislación. Sobre la primera vía, inmediatamente nos confrontamos con una actitud de política del derecho quizá común a muchos estudiosos que, a cuanto me resulta, es sostenida en modo

explícito por pocos; por ejemplo, Riccardo Guastini sostiene que “en los sistemas jurídicos modernos el legislador no puede ser obligado a legiferar”. “Cierto –agrega Guastini– si la constitución es rígida [...], el juez constitucional puede anular toda ley que viole un derecho social. Pero ningún juez puede anular la inexistencia de una ley (es decir una ley inexistente). La omisión de proveer, por parte del legislador, carece de toda sanción”.⁴⁰ Guastini, creo, capta el punto crítico implícito en la propuesta ferrajoliana: ¿cómo puede el juez constitucional, en efecto, obligar al legislador a colmar una laguna con la emanación de las garantías primarias y secundarias necesarias para hacer justiciable un derecho? ¿Cuáles características debe poseer una medida adoptada por el juez constitucional para hacer que la laguna sea colmada? El punto crucial, en efecto, reside en el hecho de desear o no que el juez constitucional intervenga sobre este “vacío”, esta laguna, esta no existencia de una ley. Si se desea dotar al juez constitucional de un poder normativo (o para-normativo) en modo de hacer vinculante su decisión en relación al legislador, una solución se puede encontrar, si bien encontrar su lugar adecuado en el marco de la arquitectura constitucional no sea nada sencillo. Por ejemplo, hipotizo, cuando se individúe una laguna en el sentido en que se ha hablado, se indica al legislador que debe colmarla, estableciendo un límite temporal⁴¹ después del cual, si no se ha emanado la ley, se pueda imaginar una sanción como la desaparición de poderes o la pérdida del curul de los miembros de la respectiva Comisión parlamentaria.⁴² Sabemos bien, por otra parte, que la resistencia por parte del legislador a hacer efectiva la constitución es todo menos que una remota posibilidad: en el caso específico italiano, para la misma creación efectiva de la Corte constitucional y otros organismos previstos en la Constitución de 1948, se tuvo que superar el obtáculo

⁴⁰ Cfr. R. Guastini, “Diritti”, cit., p. 171.

⁴¹ Algo semejante se puede ver en R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (trad. de Ernesto Garzón Valdez), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 482-501. Estas páginas aparecen en forma de artículo en R. Alexy, “Derechos sociales fundamentales”, en M. Carbonell – J. A. Cruz Parceró – R. Vázquez (coords.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., pp- 67-85, espec. p. 81.

⁴² Al respecto véanse las sentencias 295 de 1991, 88 de 1992 y 243 de 1993 de la Corte constitucional italiana, y G. Bongiovanni, “Diritti sociali e giurisprudenza della Corte costituzionale: il rapporto Corte-potere legislativo nel mutamento costituzionale”, en G. Gozzi (coord.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bolonia, 1997, pp. 341-369.

de la conocida distinción acerca de las disposiciones constitucionales que veía unas como preceptos veros y propios y otros como meros programas.

Tenemos, por otro lado, la segunda alternativa: atribuir a las medidas del juez constitucional las mismas características de las decisiones del legislador, es decir, dotarles de fuerza normativa cuando exista resistencia por parte de éste. Sostener, para oponerse a una estrategia de este tipo, que no existe un ordenamiento donde ésto ha sido realizado, es falaz, pues del ser no podemos deducir el deber ser, como es bien sabido. Ello no significa, entonces, que no habiéndose tomado esta vía, por razones que se pueden comprender, no se pueda hacer. Solo que, de consecuencia, el punto crucial deviene ya no meramente técnico-jurídico sino más bien político, tanto en general como de política constitucional en modo particular. La principal razón que está a la base de un rechazo de una opción de esta naturaleza es el hecho de considerar que el tribunal constitucional forma parte del poder judicial y que sus decisiones, si se asimilaban a las de la legislación vera y propia, contrastarían con el principio clásico de la separación de poderes. Y, además, se trataría de un órgano no representativo que se opondría a otro, éste si democráticamente electo. Es algo que, si no desde un punto de vista estrictamente jurídico, desde una perspectiva política parecería colocarse fuera de las concepciones corrientes acerca del funcionamiento de las modernas democracias.

7. ¿Un juez constitucional que legisla?

El punto crucial, político y no jurídico, es entonces si los tribunales deban ser considerados como una expresion del poder judicial o bien del poder legislativo. Para Kelsen, como se decía antes, aún con algunas oscilaciones, los tribunales constitucionales formar parte del poder legislativo ya que así como la función legislativa crea normas generales, así, del mismo modo, la del juez constitucional, aún si nos limitamos a considerar sólo su aspecto negativo de declarar la nulidad de una ley, posee carácter de generalidad dado que en ambos casos estamos en presencia de una validez *erga omnes*. De manera que, viendo con atención, si desde el punto de vista del principio de la *separación* de pode-

res pudiéramos considerarla una invasión de competencias, es también cierto que podemos ver la cuestión, desde el punto de vista de principio de la *división* de poderes, como una integración en dos niveles del poder legislativo con los tribunales constitucionales, que entra en juego sólo cuando el legislador ordinario se demuestra incapaz o reticente para hacer efectiva la Constitución. Pero ello, como se decía antes, no es ya una pura cuestión jurídica, sino que forma parte de la esfera —diferente si bien no desconectada de la otra— de la política en general y de la política del derecho y de la Constitución en modo particular. Se trataría, evidentemente, de transitar de una tradición donde se considera al tribunal constitucional como un legislador negativo (si no es que se le ve como parte del poder judicial) a una concepción en la que se le considera como un legislador positivo, con todas las virtudes y defectos que eso comporta.⁴³

A decir verdad, la doctrina constitucionalista desde hace tiempo ha tomado conciencia de que la imagen del juez constitucional sólo como legislador negativo constituye una ficción que sirve sólo para ocultar lo que no nos agrada de cuanto sucede en la praxis concreta. Me refiero a lo que subyace a la calificación de “manipuladoras” de las decisiones de los tribunales constitucionales cuyo fin es modificar el alcance normativo de los textos de ley, y en manera particular, de aquellas que “pretender valer positivamente, para innovar el ordenamiento a través de la introducción de normas diversas de aquellas expresas con anterioridad o que se pueden recabar de los textos”.⁴⁴ Entre éstas, las así llamadas “aditivas”, es decir las que se adoptan en presencia de disposiciones de ley con un alcance normativo más restringido de lo que uno se espera viendo a la Constitución, mediante las cuales se pretende introducir en el ordenamiento un contenido normativo que colme este “vacío”;⁴⁵ ellas

⁴³ Para un examen de las dificultades véase, para todos, G. Zagrebelsky (*La giustizia costituzionale*, cit., pp. 147 e ss.), sobre todo cuando él, refiriéndose al caso italiano, habla “de la función meramente negativa del control de constitucionalidad de la ley y analiza el caso de las sentencias aditivas (*aggiuntive*) y sustitutivas.

⁴⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 156.

⁴⁵ Zagrebelsky menciona varios ejemplos al respecto en el ámbito italiano, entre ellos las sentencias Nos. 190 de 1970 y 64 de 1972, con las que se establecía la inconstitucionalidad del art. 304 bis (cod. proc. pen. entonces vigente), en la parte donde se preveía que los defensores presenciaran la realización de algunos actos preparatorios del proceso, con base en el derecho a la defensa, previsto en el art. 24 de la Constitución. Cfr. *La giustizia costituzionale*, cit., p. 157.

reflejan, sin lugar a dudas, esta imagen “positiva” del juez constitucional. Examinando las sentencias aditivas y también las sustitutivas, aunque sean un tanto diferentes, algunos estudiosos concluyen que estamos en presencia de una ampliación de los poderes del juez constitucional que debemos rechazar, pues “pretendiendo introducir algo en el ordenamiento desarrollan una función sustancialmente paralegislativa, sustitutiva de la del parlamento y ajena a las funciones del tribunal constitucional”.⁴⁶ A esta observación crítica de la función positiva, otros estudiosos replican minimizando el alcance de la actividad aditiva, sosteniendo que la norma que se agrega ya está contenida en el ordenamiento; se trata, luego, de una legislación, para decirla con la expresión utilizada por su creador, “a rimas obligadas” dado que el juez constitucional no se inventa nada que no está ya latente en el sistema normativo vigente.⁴⁷

8. ¿Cómo concluir?

La teoría de Ferrajoli acerca de los derechos fundamentales como vínculo y límite no está, en consecuencia, suspendida en el vacío;⁴⁸ por el contrario, él presenta en modo articulado, insertándola en un marco general del todo coherente, una percepción ya presente en la doctrina constitucionalista italiana y subraya en modo claro los términos, los presupuestos y los resultados de la contraposición que se genera acerca de una presunta función positiva del juez constitucional. En este sentido, él contribuye también a extender a los terrenos de la filosofía política y de la teoría del derecho un debate cuya importancia es del todo evidente. Además, a partir de un panorama en el que no se limita a considerar las sentencias aditivas, las cuales derivan de cualquier manera —como su nombre lo indica— de una norma que recoge sólo parcialmente lo que prescribe la Constitución, él va más allá, poniendo en evidencia aún el caso en el que falte del todo tal norma. Nos encontramos, luego,

⁴⁶ Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 158.

⁴⁷ Cfr. V. Crisafulli, “Relazione generale”, en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, a cargo de N. Occhicupo, Il Mulino, Bolonia, 1978, y V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, Cedam, Padua, 1984.

⁴⁸ Cfr. G. Bongiovanni, “Diritti sociali e giurisprudenza della Corte costituzionale: il rapporto Corte-potere legislativo nel mutamento costituzionale”, cit.

con una perspectiva en la que el carácter positivo de la actividad del juez constitucional se considera normativo en su sentido más amplio. En este sentido, a decir verdad, Ferrajoli no desarrolla de manera exhaustiva aquello que de todos modos parece estar implícito en su construcción y que por ende contribuye a hacer más necesario un debate articulado y amplio, no sólo con respecto a lo que el legislador no debe decidir sino también, sobre todo, con respecto a lo que debe decidir. De este último aspecto ya ha sido evidenciado su carácter problemático, por ejemplo, por de Anna Pintore, quien individua un posible riesgo en la noción ferrajoliana de democracia sustancial precisamente porque incorpora “una referencia a contenidos (en realidad a un completo catálogo de derechos civiles, políticos, sociales y de libertad)” y que por ello termina “por alejarse notablemente del significado lexical de la expresión ‘democracia’, que históricamente ha siempre incorporado una referencia al ‘quién’ y al ‘cómo’ decidir, y no al ‘qué cosa’ decidir [...]”.⁴⁹ Crítica seria, como se puede ver, a la que Ferrajoli responde con claridad pero que de cualquier modo no parece tener como objeto las implicaciones de la esfera del indecidible y en particular la que ahora estamos examinando: en efecto, a Pintore parece interesarle más que nada la definición ferrajoliana de democracia sustancial, contrapuesta a la de democracia político-formal pero sin distinguir en modo neto los dos aspectos de la esfera de lo indecidible.

Focalizar la atención, como he tratado de hacerlo en este escrito, sobre el elemento “positivo” de la esfera ferrajoliana de lo indecidible (aquello que no es lícito no decidir), conduce a algunas consideraciones. En primer lugar, es evidente que en el desarrollo de las tesis de Ferrajoli se ponen en discusión tanto la raíz como el papel y la naturaleza misma del juez constitucional: ¿su actividad se debe considerar como parte del poder judicial o bien como parte del poder legislativo? Si es una de las instancias del poder judicial, entonces nos conforta la conocida fórmula según la cual los jueces no crean derecho (porque lo encuentran ya hecho) y entonces el juez constitucional no puede tener un papel creativo y tampoco de orientación para la actividad del legislador. Pero si, por el contrario, se le considera parte del poder legislativo, entonces él podría estar legitimado, si no a emanar medidas con valor

⁴⁹ A. Pintore, “Diritti insaziabili”, en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, (a cargo de E. Vitale), cit., pp. 179-200, a pp. 181-182.

directamente normativo, cuando menos a “orientar” la actividad del legislador con miras a colmar las lagunas que se generan a partir de la comparación entre la Constitución y la ley. Los pros y los contra de ambas posiciones son muchos, y aún no siendo ahora posible ahondar a fondo en la cuestión, me parece de todos modos útil subrayar que la respuesta más acreditada, o sea que el juez constitucional forma parte del poder judicial, produce a su vez otros interrogativos. En efecto, si es verdad que el juez en general aplica la ley estableciendo obligaciones y derechos y también conminando sanciones, ¿cuál ley aplica el juez constitucional y cuál sanción deriva de su actividad?

En segundo lugar, quizá no es inútil reflexionar, en términos menos problemáticos tanto desde un punto de vista teórico como desde una perspectiva meramente de política del derecho, acerca de uno de los fines menos discutidos de la justicia constitucional ya mencionado anteriormente: su finalidad de solucionar el clásico problema de la coherencia del ordenamiento. No digo nada nuevo, cierto, aseverando que el instituto de justicia constitucional, en la forma que asume en los países de tradición continental a partir de la experiencia austriaca, se ha venido configurando como un instrumento que tiende a resolver este problema. En mi parecer, sin embargo, dentro del problema de la coherencia es posible reconocer como ya incluido el problema de las lagunas, o sea, de la plenitud del ordenamiento. Y si ésto es cierto, entonces desde el punto de vista teórico vendría a menos el obstáculo principal que impide atribuir a la justicia constitucional un carácter normativo, positivo, además de aquel meramente negativo de “expulsión” de una norma anticonstitucional. Se sabe que a pesar de todo, el ordenamiento jurídico presenta lagunas, y no solo lagunas por así decirlo, de primer nivel, relativas a la inexistencia de la norma para resolver una controversia concreta, sino también aquellas lagunas que mediante una pequeña forzadura podríamos llamar de “segundo nivel”, es decir allá donde, paradójicamente, la cuestión no es tanto de ausencia sino de exceso de normas. Ello sucede cuando, para colmar una laguna de primer nivel con una norma de clausura de un tipo u otro, se abre el camino a soluciones diferentes configurando así la laguna de segundo nivel. Un ejemplo, parafraseando crónicas relativas a hechos realmente acaecidos, puede hacer más clara la cuestión. Supongamos que dos mujeres establezcan un acuerdo mediante el cual una, que sufre de una malformación en el útero, pague una suma de dinero a la otra para que en el úte-

ro de ésta se desarrolle una gravidez a partir de un óvulo suyo (de la primera) fecundado in vitro: la clásica situación de la madre surrogada. Una vez terminada la gravidez, la segunda mujer se niega a entregar a la primera el ser que ha venido a la luz, si bien –como es obvio– no le haya transmitido su herencia genética. La primera mujer, entonces, se dirige a un tribunal pretendiendo una declaración de validez, jurídicamente vinculante, del acuerdo establecido, con la finalidad de obtener que se le entregue su hijo genético. ¿Cuál vía ha de seguir el juez, en presencia de una laguna (de primer nivel) como ésta? Él tiene, al menos, dos caminos a seguir: darle la razón al actor, la mujer infértil, interpretando extensivamente la disciplina que regula los contratos entre particulares incluyendo ahí la controversia, es decir, usando una norma de clausura de naturaleza inclusiva, ordena a la segunda mujer de respetar el acuerdo y de entregar el hijo a la madre genética; o bien, puede darle la razón al demandado, la segunda mujer, razonando *a contrario*, utilizando una norma de clausura de carácter exclusivo para establecer que en la disciplina relativa a los contratos no ha sido explícitamente previsto un acuerdo como el que han establecido las dos mujeres, declarándolo nulo desde el punto de vista jurídico y concediendo de ese modo a la segunda mujer el derecho de conservar el hijo, aunque no sea genéticamente suyo. El ejemplo trata una materia muy compleja y no es posible en esta sede evidenciar todos sus aspectos problemáticos; pero de cualquier modo parece claro que nos encontramos frente a dos respuestas contradictorias que se han generado ya no a partir de la laguna de primer nivel sino en la de segundo nivel. La laguna de primer nivel, en esta óptica, podría ser considerada como una expresión de un problema ya no de falta de normas sino de exceso de normas y, en consecuencia, reconducible a la cuestión de la coherencia del ordenamiento. La laguna de segundo nivel, que nace como consecuencia de la presencia de la laguna de primer nivel, se resuelve ahora, en efecto, en un problema de coherencia y no de plenitud. La acción de un Tribunal constitucional desarrollada en el plano de lo que no es lícito no decidir podría, luego, ser vista en realidad como una integración de la misión que desarrolla en el plano de lo que no es lícito decidir, es decir, como expresión diferente de una institución que tiende a resolver el problema de la coherencia.

Las conclusiones a las que se llega en este escrito, desarrolladas mediante las observaciones anteriores, se colocan, en cierto sentido, más

allá de la construcción teórica que se utiliza como punto de partida. Aún colocándose en el ámbito descriptivo de la teoría del derecho, es también evidente que a veces ellas “caen” en el terreno de la política del derecho y de lo normativo. Parecería entonces que tales observaciones se separan quizá demasiado de su terreno original. Pero después de todo, quizá las cosas no están exactamente de esta manera y, para tratar de demostrarlo, haré una última observación acerca del carácter –descriptivo o bien normativo– de las tesis ferrajolianas.

Ferrajoli distingue, en modo neto, sus tesis acerca de los derechos fundamentales y la democracia, tesis que él llama explicativas, pertenecientes a la teoría del derecho, de tesis por el contrario normativas, de competencia de la filosofía o de la teoría de la justicia; tampoco, por otro lado, él desea pronunciarse en modo absoluto acerca de las soluciones que se dan (o que se pueden dar) en un determinado contexto, cuestión que es de competencia de las disciplinas jurídicas positivas. Para él, en efecto, sus tesis se limitan “a dar cuenta de un hecho: que los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, nos guste o no, límites y vínculos sustanciales, más o menos determinantes según el grado de rigidez, a la democracia política que se expresa mediante las decisiones de las mayorías contingentes. Se trata, en suma, de tesis explicativas, no normativas, pues ofrecen únicamente una explicación de la estructura del Estado (“constitucional” y no meramente “legislativo”) de derecho [...]”.⁵⁰ Quizá la calificación que Ferrajoli hace de sus tesis como meramente explicativas no rinde del todo justicia a un complejo edificio teórico del que, a final de cuentas, no se ha puesto en duda la coherencia estructural ni el modo mediante el cual su autor concatena una tesis con la otra. En este sentido, me parece que a sus conclusiones en tema de derechos fundamentales y democracia sustancial conviene sólo en manera reductiva la calificación de meras descripciones. Pueden también considerarse como indicaciones de carácter normativo, prescriptivo, si bien a condición de que se tome muy en serio lo que establecen las Constituciones y, además, de que se posea la suficiente imaginación jurídica para no retroceder en el largo y sangriento recorrido que en Europa ha conducido al constitucionalismo rígido y al Estado constitucional de derecho.

⁵⁰ Cfr. L. Ferrajoli, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, cit., p. 320.