

JUSPOSITIVISMO CRÍTICO Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*

Luigi Ferrajoli**

1. Positivism jurídico y constitucionalismo.

Según una opinión muy difundida, el constitucionalismo de nuestros días marcaría una revancha del jusnaturalismo sobre el positivismo jurídico. Existe, ciertamente, un argumento en sostén de esta tesis: allí donde el positivismo jurídico, en ausencia de constituciones rígidas, confiaba únicamente a la *forma* de la producción de las leyes –independientemente de sus contenidos– el criterio de reconocimiento tanto de su existencia como de su validez, el constitucionalismo jurídico condiciona la validez de las leyes también a la *sustancia* de las decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones. A la dimensión “nomodinámica”, como la ha llamado Hans Kelsen, y a la mera “racionalidad formal”, como la ha llamado Max Weber, del primer juspositivismo, que llamaré “formalista”, se han agregado así una dimensión “nomoestática” y una “racionalidad sustancial”, que ciertamente evocan los rasgos del viejo jusnaturalismo.

Sin embargo, creo que esta tesis debe ser invertida. Tanto la dimensión nomoestática como la racionalidad sustancial introducidas en el derecho por las constituciones rígidas, tienen precisamente en éstas, de hecho, su fundamento positivo. Consiguientemente, el constitucionalismo puede bien ser configurado como un complemento del positivismo jurídico. Él designa, en efecto, una concepción y un modelo de derecho en el que no sólo la *existencia* de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento de su *validez*, son puestos, artificialmente, por el propio derecho positivo. Con otras palabras, el derecho positivo disciplina positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas,

* Traducción del italiano por Lorenzo Córdova y Pedro Salazar.

** Universidad de Camerino.

que dependen de la correspondencia empírica entre su *forma* y las *normas formales* sobre su producción, sino también las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de sus *significados* y, por lo tanto, de sus contenidos, con *normas sustanciales* de grado sobre-ordenado a ellas: en breve, no sólo el ser sino también el deber ser del derecho. Claramente, en este sentido el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada.

Por otro lado, es sencillo reconocer, en el juspositivismo formalista y en el constitucional, el reflejo de dos modelos diferentes del derecho, que corresponden a dos diversas fases históricas de la civilidad jurídica moderna. El primer modelo es el fruto de la revolución que se produjo con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. El segundo modelo es el fruto de una segunda revolución institucional y de un nuevo cambio de paradigma de la experiencia jurídica: la sumisión también del legislador a normas jurídicas positivas, como los son los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas que están por encima de la legislación ordinaria. Las condiciones sustanciales de la validez de las leyes, que en el paradigma del derecho *jurisprudencial premoderno* se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista del *estado legislativo de derecho* habían sido removidas por el principio puramente formal de la validez como positivismo, penetran nuevamente en el paradigma del *estado constitucional de derecho* bajo la forma de principios positivos de justicia contenidos en normas superiores a la legislación.

Este sistema de normas meta-legales dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada, al legislador, es, precisamente, la *constitución*; es decir, el *acuerdo democrático* sobre lo *no-decidible*, o sea, el acuerdo sobre las prohibiciones correlativas a los derechos de libertad, y sobre lo *no-decidible que no*, o sea, sobre las obligaciones correlativas a los derechos sociales. Este acuerdo –en el que bien podemos reconocer la forma positiva concretamente asumida por el “contrato social” hipotetizado por las filosofías jusnaturalistas– no es otra cosa que el establecimiento de aquellas normas que son los “derechos fundamentales”: es decir, de

aquellos derechos elaborados por la tradición jusnaturalista, que están al origen del estado moderno, como “innatos” o “naturales”. Derechos que, una vez que han sido sancionados en los contratos sociales escritos que hoy llamamos constituciones modernas, se convirtieron en derechos positivos de rango constitucional.

En resumen, si el rasgo específico del *positivismo jurídico* que diferencia estructuralmente al derecho moderno de los sistemas jurídicos premodernos es, precisamente, su carácter positivo (y, por lo tanto, artificial y convencional); entonces, el rasgo específico del *constitucionalismo jurídico*, que diferencia al derecho de las democracias constitucionales modernas de los sistemas jurídico-positivos de tipo pre-o paleo-constitucional, es una característica no menos estructural y, por así decir, no menos juspositivista: la sujeción de las propias leyes al derecho, en virtud de la cual también el “deber ser” del derecho, es decir, las elecciones que deben presidir a su creación, son artificiales y positivizadas a través de normas sustanciales de derecho positivo.

La primera de estas dos diferencias estructurales –la que distingue al derecho no codificado y jurisprudencial premoderno del derecho positivo del *estado legislativo de derecho* (o *estado de derecho en sentido débil*)– se puede expresar afirmando que mientras el lenguaje jurídico de los ordenamientos no codificados es un lenguaje natural, el lenguaje de los sistemas de derecho positivo es un lenguaje artificial dado que todas las reglas de uso se encuentran estipuladas y son acordadas positivamente. Son, por ejemplo, las leyes penales las que nos dicen qué es un “robo” y qué es un “homicidio” y, por lo tanto, las que condicionan, en tanto normas sustanciales sobre su producción, la validez de las decisiones jurisdiccionales correspondientes. De manera análoga, son las normas del código civil las que nos dicen qué es un contrato o, de manera más específica, qué es un mutuo o una compraventa y que, por lo tanto, constituyen en su conjunto las normas sustanciales sobre la producción de las sentencias civiles que determinan las condiciones de validez de los contratos. El positivismo jurídico, que se expresa a través del principio de mera legalidad, se funda, con el formalismo, sobre este conjunto de normas sobre la producción. El derecho no se deriva, en ningún sentido, de la moral o de la naturaleza o de los otros sistemas normativos, sino que es totalmente un objeto artificial, “puesto” o “producido” por los hombres, que, por lo mismo, conllevan toda la responsabilidad ya que el derecho es, por completo, como los hombres lo piensan, lo proyectan, lo producen, lo interpretan y lo aplican.

La segunda diferencia estructural –la que distingue entre el estado legislativo de derecho y el *estado constitucional de derecho* o *estado de derecho en sentido fuerte*– consiste en que, a partir del mismo lenguaje jurídico artificial o positivamente construido, se preestablecen, rígidamente, a través de normas superiores, tanto las reglas sintácticas sobre la forma de los signos como también las reglas semánticas que les vinculan el significado. No sólo las reglas sobre “cómo” decir el derecho sino también aquellas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir. Reiteradamente he denominado *principio de estricta legalidad* al sometimiento del derecho al propio derecho en virtud de lo cual las leyes no sólo son condicionantes, en tanto reglas de lenguaje, de las decisiones expresadas en lenguaje jurídico sino que están, a su vez, condicionadas, en tanto expresiones del lenguaje jurídico, por normas superiores que regulan su forma y su significado. La novedad del constitucionalismo iurídico reside en estas normas sustanciales que condicionan la validez sustancial de las leyes: ya sea que dichas normas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, o que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales. Y es en estas leyes en las que se manifiesta, con el acuerdo democrático, el paradigma jurídico de la democracia constitucional: el juego más allá de las reglas del juego democrático; el proyecto democrático más allá del método para llevarlo a cabo; la culminación más allá del positivismo jurídico, del estado de derecho, que busca que todos los poderes se sujeten a la ley y excluye la existencia de poderes absolutos sean éstos legislativos o de mayoría.

2. Constitucionalismo rígido y teoría de la validez. Juspositivismo dogmático y iuspositivismo crítico.

La primera alteración que produjo el constitucionalismo jurídico en el paradigma juspositivista se refiere a las condiciones de validez de las normas. Si con el traspaso del derecho premoderno al derecho positivo del estado legislativo de derecho la *existencia* de las normas se había dissociado de su *justicia*, con el traspaso al estado constitucional de derecho, la existencia o vigencia de las normas se disocian a su vez de su *validez*. La subordinación de las leyes a constituciones rígidas, no sólo en lo que respecta a las formas de su producción, sino también en lo que hace a los significados normativos producidos, hace posible que una

norma formalmente válida y, por lo tanto, existente, pueda ser, sin embargo, sustancialmente inválida porque su significado contradice las normas constitucionales sustanciales como, por ejemplo, el principio de igualdad o los derechos fundamentales. De lo anterior se desprende que, en el estado constitucional de derecho, ya no es verdadero que, como sostenía Kelsen, la validez del derecho depende sólo de requisitos puramente formales, ni que la razón jurídica moderna es solamente, como sostenía Weber, una “racionalidad formal”. De hecho, todos los derechos fundamentales –desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales– equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los *objetivos* y la *razón social* de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho.

Se desprende, en consecuencia, un cambio de paradigma en la ciencia jurídica, que se expresa en una nueva función crítica y de proyecto, que las nuevas y, cada vez más complejas, condiciones de validez de las normas imponen a dicha ciencia. En el viejo paradigma paleopositivista, la crítica y la proyección del derecho sólo eran posibles desde un punto de vista externo, en el plano ético o político, no dejando espacio para vicios jurídicos internos a la legislación. Al contrario, dentro un sistema normativo complejo, como lo es el estado constitucional de derecho, que –como he dicho– no sólo disciplina las formas de la producción jurídica sino también los significados normativos producidos, se abre espacio para una crítica y una proyección jurídica también desde el punto de vista interno, o sea, del derecho mismo. En tal sistema, en efecto, tanto la incoherencia como la falta de plenitud, las antinomias y las lagunas, son, hasta cierto punto, vicios inevitables, vinculados a los desniveles normativos en los que se articula su misma estructura formal.

Estos vicios retroactúan en la ciencia del derecho, otorgándole un papel crítico y de proyecto ante su propio objeto que es ajeno a la razón jurídica del viejo juspositivismo formalista. Los mismos se traducen en la tarea, a la vez científica y política, de detectar las antinomias y las lagunas existentes y de proponer, *desde adentro*, las soluciones previstas por las técnicas garantistas de las que dispone el propio ordenamiento, o bien, en la tarea de elaborar y sugerir, *desde afuera*, nuevas formas de garantía idóneas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Por ello he denominado *juspositivismo crítico* a la visión del derecho requerida por el constitucionalismo rígido, en oposición al *juspositivismo dogmá-*

tico, que tiende a ignorar la disociación entre validez y vigencia y, por lo mismo, los vicios de legitimidad del derecho vigente. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica y al resto de la jurisprudencia un papel crítico de frente al derecho vigente dirigido a identificar y remover las antinomias, el vicio de la falta de plenitud le confiere un papel innovativo, dirigido a promover la remoción de las lagunas mediante la introducción de nuevas normas y nuevas técnicas de garantía.

Tomado en serio, el constitucionalismo, como proyección jurídica del derecho –es decir: como derecho sobre el derecho, mediante el cual el derecho se proyecta a sí mismo, vinculándose a los principios establecidos constitucionalmente– confiere, en otras palabras, un sentido nuevo, de tipo constructivo y proyectual, a la ciencia jurídica. Precisamente, el constitucionalismo le exige a la teoría del derecho la elaboración de modelos y técnicas de garantía orientados a otorgar efectividad a los principios constitucionales de los ordenamientos estudiados. Es decir: a remover las antinomias, a través de procedimientos de invalidación, y a colmar las lagunas, por medio de procedimientos obligatorios. También exige un papel crítico y una responsabilidad civil y política de la dogmática jurídica, requiriendo que el intérprete, sea juez o jurista, identifique las antinomias y lagunas concretas, promoviendo que sean superadas a través de las garantías existentes, o bien, por medio de la introducción de las garantías que han sido elaboradas por la teoría.

3. Constitucionalismo rígido y teoría de la democracia. Democracia política y democracia constitucional.

Hay luego una segunda –y no menos importante alteración producida en el viejo modelo juspositivista por el constitucionalismo garantista. La revisión de la teoría puramente formal de la validez, inducida por el paradigma constitucional y basada en la disociación entre la *vigencia*, relativa a la *forma*, y la *validez*, relativa a la *sustancia*, de las decisiones, implica, paralelamente, una revisión de la concepción puramente formal de la democracia. La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una *dimensión sustancial*, que se añade a la *dimensión formal o política* tradicional. Quiero decir que la dimensión sustancial

de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.

De hecho, las dos dimensiones de la democracia –la formal y la sustancial– están garantizadas por las propias normas constitucionales que presiden, respectivamente, a la vigencia y a la validez: a) por las normas formales sobre el *quién* y el *cómo* de las decisiones, que garantizan, con la igualdad en derechos políticos, la representatividad de las instituciones parlamentarias y el gobierno de la mayoría; b) por las normas sustanciales sobre *qué cosa* se debe o no se debe decidir, las cuales se identifican con los derechos de libertad, que el estado no debe violar y con los derechos sociales que éste debe satisfacer. El primer tipo de normas, que corresponde a la *forma* de las decisiones, está a la base, no sólo de la vigencia y de la validez formal de las normas, sino también de la dimensión “formal” de la democracia y del estado de derecho en sentido lato o débil. Mientras que el segundo tipo de normas, que corresponde a la *sustancia* o al contenido de las decisiones, está a la base, no sólo de la validez sustancial de las normas, sino también de la dimensión que podemos denominar “sustancial” de la democracia, es decir del estado de derecho en sentido estricto o fuerte. De hecho, gracias a esta segunda clase de reglas se introdujo en la estructura misma del principio de legalidad, que corresponde al estado constitucional de derecho de nuestros días, una racionalidad sustancial que se añadió a la racionalidad formal del viejo positivismo jurídico, fundado en la primacía absoluta del legislador, así como del paradigma rousseauiano de la democracia política entendida como omnipotencia de la mayoría.

Ambas clases de reglas se encuentran en todas las constituciones. En la primera parte de las mismas se encuentran las normas sustanciales que sancionan, a través de los derechos fundamentales, los *finés* del ordenamiento. En las partes sucesivas se encuentran las normas formales que instituyen a los órganos del estado, en tanto *instrumentos* para la observancia de dichos derechos. Así pues, el estado constitucional de derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aque-

llos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos.

Aquello que llamamos *constitución* consiste precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene como destinatarios a los titulares del poder. Esta es la definición de “constitución” estipulada hace dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos de 1789: “*Tout société dans la quelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*” (Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes está determinada, no tiene constitución). Las constituciones se caracterizan por ser un conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, incluso aquel de mayoría, que están obligados por ellas a la separación recíproca y al respeto de los derechos fundamentales de todos. De esto se desprende que las constituciones, estando los derechos fundamentales a la base de la igualdad *en droits*, son siempre, directa o indirectamente, establecidas como garantía de la igualdad: de la igualdad política por medio del otorgamiento de los derechos políticos, de la igualdad civil a través de la garantía de los derechos civiles, de los niveles mínimos de igualdad social por medio de la satisfacción de los derechos sociales. Desde este punto de vista, las constituciones no sólo representan la culminación del estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, incluso el legislativo, sino que también constituyen un programa político para el futuro: la estipulación de imperativos negativos y positivos dirigidos hacia los poderes públicos como su fuente de legitimación pero también, y diría sobre todo, de deslegitimación. Las constituciones son, por decirlo de alguna manera, utopías de derecho positivo, que aunque jamás serán realizables a la perfección establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en la dirección de la igualdad en los derechos fundamentales.

La función de las constituciones como límite y vínculo de la mayoría que garantiza los derechos de todos, bastaría para excluir que éstas se encuentren a disposición de la mayoría misma y también para reconocerles su naturaleza de pactos fundacionales dirigidos a garantizar la paz y la convivencia de los extremos. Si deben garantizar la convivencia civil

entre sujetos virtualmente hostiles, estos pactos deben conllevar, ante todo, el acuerdo entre las fuerzas políticas contrapuestas y extremas. Dado que se trata del conjunto de las reglas del juego, no pueden no estar establecidas por todos los jugadores. Si tienen como destinatarios los poderes constituidos, las mismas no pueden ser modificadas o derogadas por éstos, sino que pueden serlo sólo por poderes constituyentes que contraten nuevamente las formas y los vínculos de cualquier poder constituido. Sobre todo, si las normas constitucionales sustanciales no son otra cosa que derechos fundamentales, éstas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los mismos. Es en esta titularidad común que reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular.

Esta naturaleza contractual es, en su conjunto, intrínseca a la noción misma de constitución. Lo es en el plano filosófico y lo es en el plano histórico. En el plano filosófico, ésta es el fruto de la idea contractualista, formulada por Hobbes y después desarrollada por el pensamiento jurídico iluminista, de que el Estado no es, como en la concepción clásica y premoderna, un hecho natural, sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para tutelar sus necesidades o derechos naturales; el derecho a la vida según Hobbes, los derechos de libertad y propiedad según Locke, los derechos políticos y sociales tal como se han venido adicionando con el constitucionalismo moderno. Esta idea básica de la civilización jurídica moderna invierte la concepción aristotélica del derecho y de la comunidad política: lo que es natural no es el derecho o el Estado, sino la ausencia del derecho y el estado de naturaleza, es decir, los seres humanos de carne y hueso con sus necesidades elementales; mientras el Estado es un artificio que se justifica sólo como un instrumento para tutelar a las personas naturales. En este sentido, la idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia constitucional en sus dos dimensiones: de la democracia política o formal, dado que la legitimidad del poder público se funda a través de ella en el consenso de los contratantes; del estado de derecho y de la democracia sustancial, dado que este consenso está condicionado por el respeto de aquellas cláusulas contractuales que son los derechos “naturales” de todos, transformados -gracias a su estipulación- en “positivos” o “constitucionales”.

Pero es también la génesis histórica de las constituciones la que confirma su naturaleza contractualista, como contratos sociales en forma escrita y positiva, impuestos a los soberanos con la finalidad de limitar

y vincular sus poderes que, de otro modo, serían absolutos. Todas las constituciones dignas de este nombre nacieron como rupturas con el pasado y, a la vez, como convenciones programáticas para el futuro. La idea del contrato social no es sólo una categoría filosófica. Ésta se identifica con la idea misma de la liberación revolucionaria y de la refundación sobre bases pactadas de la convivencia civil, por obra de los pactos constitucionales con los cuales los padres constituyentes del moderno estado de derecho decretaron el fin del absolutismo de los reyes. Bajo este aspecto fueron constituciones revolucionarias no sólo la norteamericana y la francesa, sino también la mayor parte de las europeas, para cuyo establecimiento se realizaron los movimientos que reivindicaron los estatutos durante toda la primera mitad del siglo pasado. Ninguna de estas constituciones fue concedida de manera espontánea desde lo alto, ni fue elaborada sobre una mesa por los juristas. Todas fueron el fruto de luchas muchas veces sanguinarias y de negaciones de los antiguos regímenes: la Constitución italiana, nacida de la Resistencia y de la guerra de liberación frente a la dictadura fascista; la Ley Fundamental alemana, fruto del repudio al nazismo; las Constituciones española y portuguesa, frutos de la ruptura con los regímenes de Franco y Salazar; la misma Carta de la ONU y la declaración universal de los derechos de 1948, nacidas de la ruptura de aquel *ancien régime* internacional que era la anarquía de las relaciones entre los Estados basada en la guerra y en su soberanía salvaje.

4. El constitucionalismo del futuro. Jusnaturalismo, juspositivismo. constitucionalismo.

Si es cierto todo lo anterior, el constitucionalismo no es sólo una conquista y una herencia del pasado, tal vez la herencia más importante del siglo xx. Es también, y diría que sobretodo, un programa para el futuro. En un doble sentido. Ante todo, en el sentido de que los derechos fundamentales promulgados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente. Y, en segundo lugar, en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es aún un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una tri-

ple dirección: 1) ante todo, para garantizar todos los derechos, no sólo los derechos de libertad sino también los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo los poderes públicos, sino también los poderes privados, no sólo del Estado, sino también del mercado; 3) en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal, sino también del derecho internacional.

Se trata de tres expansiones, todas igualmente indispensables, del paradigma garantista y constitucional llegado hasta nosotros por la tradición. Este paradigma, como sabemos, nació para tutelar los derechos de libertad, fue declinado como sistema de límites sólo para los poderes públicos y no para los poderes económicos y privados que la tradición liberal ha confundido con los derechos de libertad, y se ha quedado anclado a los meros confines del estado-nación. El futuro del constitucionalismo jurídico, y con éste de la democracia, depende, por el contrario, de una triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, en adición al de corte liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, en adición al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, en adición al estatal.

Creo que una expansión de ese tipo está en la lógica misma del constitucionalismo. La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras Declaraciones de derechos y en las constituciones del siglo diecinueve, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del último siglo, hasta los nuevos derechos a la paz, al medioambiente, a la información y otros que hoy son reivindicados y aún no han sido constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído de lo alto, sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales norteamericana y francesa, luego los pronunciamientos del siglo diecinueve a favor de los estatutos, finalmente las luchas obreras del siglo pasado y de este siglo. Todas las diversas generaciones de derechos, podemos sostener correctamente, equivalen a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: liberales, socialistas, feministas, ecológicos, pacifistas. No sólo. Siempre, los derechos fundamentales –del derecho a la vida a los derechos de libertad, así como el derecho a la subsistencia– se han afirmado como *leyes del más débil* como alternativa a la ley del más fuerte que tenía vigencia y que seguiría teniéndola si aquellos faltaran; de quién es más fuerte fisi-

camente en el estado de naturaleza hobbesiano; de quién es más fuerte económicamente como en el mercado capitalista; de quién es más fuerte militarmente como en la comunidad internacional.

Naturalmente el cambio de paradigma del derecho y de la democracia —que se ha producido a través de formas aún frágiles en el derecho público de los ordenamientos estatales y que aún son embrionarias en el derecho internacional y en el de las relaciones industriales— es un hecho político y cultural, aún antes que ser institucional. Su presuposición elemental es por lo tanto una revisión del positivismo jurídico en el plano de la filosofía del derecho, y de la teoría meramente procedimental de la democracia en el plano de la filosofía de la política. Las filosofías jurídica y política, por otro lado, son siempre un reflejo de las estructuras institucionales y de las experiencias jurídicas concretas de su tiempo: el jusnaturalismo fue la filosofía jurídica dominante, a pesar de todas sus variantes, de la época premoderna mientras que se careció de un sistema formalizado de fuentes y del monopolio estatal de la producción jurídica; el juspositivismo lo fue después de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno; el constitucionalismo lo es hoy luego de la invención de las constituciones rígidas. A cada uno de estos cambios ha correspondido una mutación de las fuentes de legitimidad y de los criterios de validez.

Por lo tanto, tres culturas, tres paradigmas, tres nociones de validez, cada una de las cuales corresponde a un diverso sistema político: el *ancien régime*, el estado paleoliberal de derecho, el estado constitucional de derecho. Pero también tres distintos paradigmas epistemológicos de jurisdicción y de ciencia jurídica y tres diversos modelos de sistema político. Es evidente el progreso de uno a otro sistema. El primer contenido del pacto social fundador de la convivencia civil es que se acuerde aquello que es ilícito como una garantía para los derechos de todos: que una ley establezca previamente, en contra de la arbitrariedad judicial, lo que está prohibido y está penado, de manera tal que el juez esté vinculado, como sujeto imparcial, a aplicarla luego de verificar los presupuestos de hecho estipulados por ella. El segundo contenido, producido por la segunda revolución institucional, es que la misma ley esté vinculada a principios sustanciales y positivos de justicia. Gracias a esta segunda revolución deja de tener validez la presunción apriorística de legitimidad del ordenamiento. Y el entero sistema jurídico se encamina, al menos en el plano normativo, hacia la tutela y satisfacción de los derechos

fundamentales estipulados constitucionalmente. Ello no debilita en absoluto la vieja separación juspositivista entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo: precisamente, la autonomía de la moral y aquello que reiteradamente he llamado la “primacía del punto de vista externo” al derecho, impiden, en efecto, aquella variante del legalismo ético y del juspositivismo ideológico que sería el constitucionalismo ético.

Por desgracia la idea de democracia constitucional —articulada en la dimensión sustancial de los derechos de libertad y de los derechos sociales y además en la dimensión formal de los derechos políticos— no está para nada descontada. Por el contrario, desde siempre, y hoy más que nunca, en la cultura política y en el sentido común prevalece una concepción opuesta en muchos sentidos. La democracia —según el concepto simplificado predominante en la tradición del pensamiento político democrático— consistiría esencialmente en un sistema de normas encaminado a hacer valer la soberanía popular: por lo tanto, la voluntad de la mayoría y, por ello, en ausencia de límites, su omnipotencia. Una idea no nueva, aunque sea planteada en su versión democrática. Se trata, en efecto, de la idea, viejísima en la historia del pensamiento político, del *gobierno de los hombres* contrapuesta al *gobierno de las leyes* y ya criticada por Platón y Aristóteles. Dado que también el principio de la soberanía popular y el conexo principio de la mayoría tienen que ver en todo caso con *quién* toma las decisiones, es decir, la legitimidad democrática de los sujetos facultados para decidir, y no con los vínculos sustanciales a sus decisiones.

Por lo demás, una concepción análoga parece afirmarse también hoy en el uso de las palabras *liberal* y *liberalismo*: las cuales se han venido identificando en el sentido común con la falta de reglas y de límites a la libertad de empresa. De la conjunción de estos dos sentidos de los conceptos de “democracia” y de “libertad” ha resultado una total inversión del sentido de la expresión “*liberal-democracia*”. Hasta hace pocos años “*liberal-democracia*” era una palabra noble que designaba un sistema democrático encaminado a tutelar las libertades individuales, a respetar el disenso y las minorías, a defender el estado de derecho y la división de poderes, así como a marcar una rígida separación entre la esfera pública del Estado y la privada del mercado. Exactamente lo contrario, en suma, de la palabra “*absolutismo*”. En el uso que hoy se hace de ella por parte de la cultura neoliberal y que ya ha penetrado en el lenguaje co-

riente, ella ha terminado, contrariamente, por designar la convergencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado; la omnipotencia de la mayoría y la ausencia de límites para la libertad de empresa; la intolerancia por las reglas y los controles tanto en la esfera pública como en la esfera económica. Por ello, una cultura jurídica que tome en serio las constituciones tiene la tarea y la responsabilidad de restablecer, junto al significado de las palabras, el sentido mismo de la democracia y de sus garantías.