

# COMENTARIOS A *JUSPOSITIVISMO* *CRÍTICO Y DEMOCRACIA* *CONSTITUCIONAL* DE LUIGI FERRAJOLI

---

Por Ulises Schmill\*

Ferrajoli afirma que existen, en principio, dos significados posibles de la expresión “positivismo jurídico”. El primer significado identifica el positivismo jurídico con el “formalismo jurídico”, entendiendo éste último como “una concepción y un modelo del derecho que tiene como criterio de reconocimiento de la existencia y de la validez de las leyes solamente la forma de producción de las mismas, independientemente de su contenido”. Con toda razón Ferrajoli establece un contraste entre esta estrecha concepción y lo que él denomina el “constitucionalismo jurídico”. Esta expresión se refiere a la concepción que sujeta “la validez de las leyes a la *sustancia* y, por ello, a los contenidos, más allá de la forma de las decisiones, y fundando dicha validez en principios constitucionales como criterios de justicia y no sólo en las reglas de procedimiento como criterios de existencia y de validez formal de las normas”, con lo que, en su opinión, se ha reintroducido en el derecho una “validez sustancial”. Estas expresiones no son iusnaturalistas, por el hecho de que se refieren a normas positivas contenidas en las constituciones positivas, establecidas en un acto constituyente o por la costumbre, aunque sí entrañan juicios de valor cuando menciona a la “justicia” de esos principios, juicios de valor con los que concordamos subjetivamente, pero que no es el caso mencionarlos más ampliamente.

El segundo sentido de la expresión “positivismo jurídico” es más amplio y de carácter distinto. Esta expresión también se entiende como “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 y *validez* de las mismas son puestos, artificialmente, por el propio derecho positivo. Con otras palabras, el derecho positivo disciplina positivamente, tanto las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la

\* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

correspondencia empírica entre su *forma* y las *normas formales* de producción normativa, como las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de los *significados* normativos y, por lo tanto, de su contenido, con *normas sustantivas* a las que se encuentran subordinadas”.

Hasta aquí la exposición de las tesis es perfectamente correcta y encuentra su antecedente más conspicuo en la teoría de Kelsen. Es de sobra conocido que el positivismo kelseniano distingue con toda claridad, en las normas contenidas en la constitución, las que regulan el proceso de producción de las leyes y otra clase de normas, de las determinaciones sobre el contenido de dichas leyes y normas. Recuérdese que Kelsen habla de que el derecho es un conjunto de normas dinámico, en el sentido de que sus normas regulan el proceso de creación de las otras normas que integran el orden normativo del derecho y determinan sus contenidos. Esta tesis es conocida desde la segunda década del siglo pasado, cuando Kelsen aceptó la tesis de Merkl sobre la pirámide jurídica.<sup>1</sup>

Sin embargo, existen afirmaciones de Ferrajoli que implican o suponen ciertos conceptos que no resultan compatibles con las tesis que él mismo acepta. Habla de un *estado legislativo de derecho* y un *estado constitucional de derecho* y considera que en éste último existen “principios positivos de justicia contenidos en normas superiores de legislación”, a las que denomina “normas meta-legales”. Si bien las expresiones no son incorrectas, si acusan una tendencia a separarse del análisis puramente jurídico de las normas constitucionales, para infundirles un marcado carácter valorativo, énfasis que lo lleva a distinguir entre esos dos tipos de estados. Con base en ello, Ferrajoli afirma que la constitución es un “acuerdo democrático sobre lo no-decidible, ya sea porque no puede decidirse o porque no puede no ser decidido (es obligatorio decidir que y está prohibido decidir que). Este acuerdo —en el que podemos reconocer la forma positiva que asume el hipotético “contrato social” ideado 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 socia-

<sup>1</sup> Kelsen H: XLVI y ss; Kelsen TPD1: 109 y ss; Kelsen TPD2: 234; Kelsen TGE: 306; Kelsen TGDE: 130; Kelsen GJC: 115 y ss; Kelsen BR: 1400.

les escritos que hoy llamamos constituciones modernas, se convirtieron en derechos positivos de rango constitucional”.

Es posible que exista una contradicción implícita en estas afirmaciones, fundamentalmente las que afirman que esos principios de justicia, aunque en su origen eran tesis jusnaturalistas, se han convertido en normas positivas de rango constitucional. Si bien la teoría del contrato social como ideología fundadora de los órdenes normativos no es posible sostenerla en esta etapa del desarrollo teórico de la teoría política y del Estado, lo que me parece extraño es que diga que estos principios incorporados en normas positivas, derivadas de un “acuerdo democrático” son “no-decidibles”. Esto puede ser entendido de dos maneras, ninguna de las cuales es aceptable:

- a) como una tesis jusnaturalista que se ha inmiscuido dentro de la concepción positivista del derecho;
- b) como el intento de expresar la función de estos principios constitucionales en relación con las leyes y otras normas dependientes de la constitución.

En relación con el punto a), si el derecho positivo es un conjunto de normas positivas, producidas por actos de voluntad humanos, no puede predicarse de sus contenidos la no-decidibilidad, pues eso implicaría que son contenidos necesarios de los que no puede prescindirse, creados por la conciencia y la conducta humana, que son, en una palabra, “naturales”. Con ello, contradice su afirmación contenida en el segundo párrafo de su escrito, de que esas normas del derecho positivo son puestas “artificialmente”.

En relación con b), la expresión “no-decidible” puede entenderse como el intento de expresar la función que desempeñan las normas constitucionales que establecen estos principios sustanciales, interpretación que puede apoyarse con las palabras que la siguen: “ya sea porque no puede decidirse o porque no puede no ser decidido (es obligatorio decidir que y está prohibido decidir que)”. Mas adelante, expresando la misma idea dice: “...estas normas sustantivas sancionan lo que podemos denominar la *esfera de lo no-decidible* constituida por principios y derechos fundamentales que tutelan los intereses y las necesidades primarias y vitales. Derechos que consisten en expectativas negativas como son las li-

bertades fundamentales a las que corresponden prohibiciones para decidir y derechos que consisten en expectativas positivas como son los derechos sociales a los que corresponden obligaciones de decir”.

Con respecto a las leyes estos principios funcionan de la manera que explicita más adelante Ferrajoli: “No sólo las reglas sobre “como” decir el derecho sino también aquellas sobre “que cosa” es derecho no puede decir y sobre “que cosa” debe decir”. Y para finalizar la exposición de estos pensamientos del autor italiano, transcribo las siguientes líneas: “La novedad del *constitucionalismo jurídico* reside en estas normas sustantivas 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”.

Si la interpretación anterior es correcta, podemos decir que Ferrajoli sostiene las siguientes tesis sobre las normas sustantivas de la constitución:

- 1) condicionan la validez sustancial de las leyes;
- 2) establecen derechos fundamentales;
- 3) establecen derechos de libertad;
- 4) establecen obligaciones, como en el caso de los derechos sociales.

Considero que sólo la primera de las cuatro tesis es correcta (en lo cual no abundaré), mientras que las otras tres, si bien posibles, no son del todo correctas. Veamos porqué. Para ello, me veo en la necesidad de exponer cómo ha surgido el concepto de derecho subjetivo, para demostrar que los derechos fundamentales no son sino el producto de aplicar el método de construcción del concepto del derecho subjetivo a las normas constitucionales, las que deben entenderse como normas que establecen facultades de modo fundamental. Ello implica una concepción diferente de la sostenida por nuestro autor y la presento como una propuesta a ser discutida y analizada.

### **El concepto de facultad (inglés *empowerment*; alemán *Ermächtigung*)**

Es de llamar la atención el hecho de que la casi totalidad de los autores conciben a los derechos fundamentales desde los puntos de vista que

aportan los conceptos que, en la teoría de Kelsen, encuentran su lugar teórico en lo que denomina *Estática jurídica*, debido a la circunstancia de que se concibe de manera implícita al derecho objetivo como un conjunto de normas que establecen fundamentalmente derechos subjetivos y obligaciones y, en relación con la ilicitud o antijuridicidad, la conciben como la negación del derecho, pues es el incumplimiento de una obligación o la violación de un derecho subjetivo. En el fondo, en esto se encuentra presente la concepción imperativista del orden jurídico. El esquema de la relación entre los derechos subjetivos y la obligación (bilateralidad) se ha intentado aplicar, para comprender a las normas constitucionales, lo que, en realidad, ha impedido captar su significado verdadero y su operancia efectiva. Los conceptos jurídicos mencionados no son aplicables a las normas constitucionales y, en general, a las normas procesales, es decir, aquellas que regulan los procesos de creación de otras normas.

Hay un concepto jurídico fundamental cuyo significado ha recibido relativamente poca atención, pero que, si embargo, en mi opinión es de una importancia teórica extraordinaria, porque permite comprender el carácter y el *modus operandi* de una pluralidad muy grande de contenidos de normas jurídicas. Me refiero al concepto de *facultad* (en inglés *empowerment*; en alemán *Ermächtigung*). Es posible demostrar que este concepto es el concepto central de toda la jurisprudencia, en tanto todos los demás contenidos de las normas jurídicas que se describen con los otros conceptos jurisprudenciales pueden concebirse como modalidades del concepto de la facultad, en la medida en que son la dimensión material de los actos de producción jurídica. El propio Ferrajoli lo expresa con gran claridad, basado en una intuición jurídica perfectamente aceptable: “Por ejemplo, las leyes penales son las que nos dicen que es un “robo” y que es un “homicidio” y, por lo tanto, las que condicionan, en tanto normas sustantivas sobre su producción, la validez de las decisiones jurisdiccionales correspondientes. De manera análoga, las normas del código civil nos dicen que es un contrato o, de manera más específica, que es un mutuo o una compraventa y, por lo tanto, constituyen en su conjunto las normas sustantivas sobre la producción de las sentencias civiles que determinan las condiciones de validez de los contratos”. Esto es absolutamente correcto, pues es la expresión del entendimiento de las normas sustantivas a través del concepto de la facultad, como se verá más adelante. No abundaré más en esto, pues no es el tema fundamental de

estos comentarios. A pesar de ello, Ferrajoli se aparta de esta concepción al afirmar que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, como veremos más adelante.

El concepto de la facultad hace referencia a todos aquellos contenidos normativos que establecen los procesos de creación de normas jurídicas, especificando todos los ámbitos de validez correspondientes. Esto significa que en el derecho encontramos normas que establecen los procesos de producción de otras normas y se determinan las dimensiones de realización de los actos que integran esos procesos. Es decir,

$$(F_1) \quad n_1 F(a_r(p, m, t, e))$$

lo que significa que existe una norma  $n_1$  que establece una facultad consistente en la determinación de los diversos actos que integran un proceso  $a_r$ , con  $r = 1, 2, 3 \dots n$  y determina las dimensiones de realización personal, material, temporal y espacial de esos actos, *i.e.*,  $(p, m, t, e)$ . Es de suma importancia indicar que los actos facultados, es decir, los actos que integran el proceso de creación de otra u otras normas, no se consideran bajo las perspectivas aportadas por el significado de los conceptos de la permisión, de la obligación o de la prohibición, en virtud de que estos conceptos no tienen en su significado referencia alguna a la creación de otras normas. Las normas constitucionales que establecen el proceso de creación de las leyes (el proceso legislativo) no establecen obligaciones o prohibiciones, ni siquiera permisiones pues éstas tienen que comprenderse en relación con los otros dos conceptos. Los actos del proceso legislativo integran la realización del ejercicio de una facultad y, en el caso, no puede válidamente afirmarse que el órgano legislativo se encuentra en la obligación de realizar el proceso legislativo, o que tiene la prohibición de no seguirlo regularmente si quiere crear una ley. No se tipifica adecuadamente la función de las normas constitucionales si se usan estos conceptos, pues los mismos no tienen en su connotación referencia alguna a la creación de otras normas. Por tanto, podemos afirmar que *el concepto de la facultad identifica a los contenidos de las normas jurídicas objetivas que establecen los actos creadores, en todas sus dimensiones de realización, de otras normas*. Lo anterior no excluye la posibilidad jurídica de que el ejercicio de una facultad pueda tener carácter obligatorio, en el caso de que exista otra norma distinta de la que esta-

blece la facultad, que sancione la omisión del ejercicio de la facultad o su ejercicio con ciertas modalidades.

La norma que establece una facultad tiene sus respectivos ámbitos de validez, que son los contenidos normativos que determinan las diversas dimensiones de realización de los actos de creación normativa que ejecutan dicha norma. Entre ellos se encuentra el ámbito material de validez *m*, el cual puede tener diversas modalidades. Puede estar indeterminado o puede tener diversos contenidos. Si es indeterminado, el órgano ejecutor de la norma que establece la facultad puede válidamente dotar a la norma que creará con cualquier contenido, pues no tiene limitación material alguna. Sin embargo, no es esto lo común. Las constituciones escritas de los estados constitucionales de derecho no sólo tienen lo que se ha denominado *parte orgánica*, sino que contienen una pluralidad de normas que integran la denominada *parte dogmática*, que contienen precisamente los contenidos de los actos integrantes del proceso de creación de otras normas, como, entre otras, las leyes inmediatamente subordinadas a la constitución. Estos contenidos pueden asumir tres modalidades principales: son contenidos *necesarios* de las normas subordinadas, son contenidos *excluidos* de ellas o son contenidos *potestativos* de las mismas. Si utilizamos la simbología de la lógica modal y simbolizamos los contenidos *necesarios* como  $Lx$ , los *excluidos* como  $L\sim x$  y los potestativos como  $\sim L\sim x$ , entonces nuestro esquema ( $F_1$ ) adquiere la siguiente forma:

$$(F_2) \quad n_1 F(a_1(p, m(Lx, L\sim x, \sim L\sim x), t, e))$$

Obsérvese la terminología: los contenidos *necesarios* no constituyen una obligación, ni los *excluidos* una prohibición, así como los *potestativos* no son una permisión. Para percatarse de ello basta la siguiente observación: si un legislador, un Parlamento por ejemplo, da un contenido a una ley que esté en oposición o se aparte de un contenido necesario establecido en la constitución, no está realizando un acto antijurídico o prohibido (debido a que no existe una norma que sancione al órgano legislativo), ni la ley es nula por ser inconstitucional, pues esta cualidad de la inconstitucionalidad *no está dada* con la sola emisión legislativa, sino que es menester establecerla de manera positiva por un órgano competente y la consecuencia de ello, si llega a realizarse, *no es una sanción* que se deba imponer al Parlamento, sino su anulación, general o

particular para el caso concreto, que no es otra cosa que la determinación positiva de la fecha final del ámbito temporal de validez de la norma emitida, sujeta a la condición de su inconstitucionalidad. Por lo tanto, no es en manera alguna correcto referirse a estos contenidos materiales de las normas constitucionales con expresiones como “...son los principios ético-políticos positivizados en las constituciones rígidas”, como lo dice Ferrajoli.

Por lo tanto, estos contenidos sustanciales de las constituciones no establecen obligaciones para los órganos estatales, como pretende Ferrajoli en la tesis 4) anterior. Nos corresponde ahora demostrar que tampoco constituyen derechos subjetivos.

### **Los derechos subjetivos como “reflejos subalternos”**

Lo que me importa exponer en este lugar como tesis previa es la que afirma que muchos de los fenómenos jurídicos que se consideran normalmente derechos subjetivos no son otra cosa que *reflejos subalternos* de las normas que establecen obligaciones o restricciones de normas que establecen prohibiciones o, incluso, la ausencia de normas obligatorias. Para ello, debemos primeramente exponer los elementos que se han considerado constituyen derechos subjetivos, en las diversas teorías sobre el tema. Un resumen apretado puede ser el siguiente:

1. Derechos a la propia conducta: a) conducta lícita; b) derechos reales.
2. Derechos a la conducta ajena: derechos personales
3. Autorizaciones.
4. Poderes o facultades

La siguiente es una breve explicación de estos elementos: los autores afirman que hay derechos subjetivos a la propia conducta y a la conducta ajena. Los primeros son derechos que cada individuo posee para llevar a cabo conductas propias. La conducta lícita es el contenido de un derecho a la propia conducta, pues, se dice, tengo el derecho de amar, de pasear, etc. para referirse a todas aquellas conductas que no son el contenido de un deber. También se determina, conforme algunas teorías, que los derechos reales son derechos a la propia conducta del sujeto en relación con ciertas cosas o bienes, consistentes en usarlos, aprovecharlos o disfrutarlos y disponer de ellos. En los derechos personales esta-

mos frente a una situación completamente distinta: el derecho personal siempre es un derecho frente a sujetos individualmente determinados por el que puedo exigirles la realización de una cierta conducta específica. También se declara derecho subjetivo a las autorizaciones para llevar a cabo determinadas conductas y la posibilidad jurídica de cambiar mi situación jurídica por medio del ejercicio de poderes jurídicos o facultades.

La pluralidad de elementos comprendidos bajo el concepto de derecho subjetivo hacen inutilizable este concepto, pues esos elementos tienen características completamente distintas y casi todos son reducibles a otros conceptos jurídicos distintos.

A tales derechos subjetivos se les califica de *reflejos subalternos* de contenidos normativos que se explican con otros conceptos jurídicos fundamentales, excepto los marcados con el número 4. Debe tenerse presente que el concepto de derecho subjetivo surgió de la preocupación por determinar la situación jurídica de sujetos particulares en su relación con las normas del derecho objetivo. Kelsen lo expresa con mucha claridad:

Por lo demás, precisamente en aquellos casos en que la norma general enlaza ya a la manifestación de voluntad de un hombre el correspondiente deber jurídico de otro, es decir, ante todo en aquellos casos del llamado Derecho público, la teoría jurídica no muestra inclinación a hablar de un derecho subjetivo en sentido de una facultad de quien está investido del poder de mando sobre la conducta del obligado a la obediencia. Precisamente aquí la idea de derecho subjetivo retrocede a un segundo plano; pues para aquellos desde cuyo punto de vista fue desarrollada toda la teoría del derecho subjetivo —*el punto de vista que afirma un titular del interés, situado frente al orden jurídico; el punto de vista que se pregunta: ¿hasta qué punto me interesa el orden jurídico considerado como un medio útil para el logro de mis fines?; un punto de vista, por tanto, no inmanente sino trascendente al derecho*— la norma jurídica que estatuye un deber de obediencia a los mandatos de la autoridad, no es considerada en modo alguno como “su” derecho.<sup>2</sup>

Veamos cómo pueden estos conceptos aplicarse a los diversos casos que han considerados como derechos subjetivos. En relación con una

<sup>2</sup> Kelsen. TGE: 75.

conducta que no se encuentra regulada jurídicamente como obligatoria o como prohibida, se dice que está jurídicamente permitida. Si preguntara cuál es la situación de un sujeto respecto a ese conjunto de normas se le podría contestar que tiene el derecho de realizar todas las conductas permitidas. La afirmación de tal derecho subjetivo se *reduce* a la afirmación de que no existe norma alguna en el orden normativo en cuestión que lo obligue a la conducta contraria o establezca como prohibida dicha conducta. La ausencia de normación específica de una conducta no amerita atribuirle un concepto jurídico fundamental, todos los cuales se refieren siempre a contenidos específicos de normas jurídicas positivas. Por esto se dice que tal derecho subjetivo es meramente un *reflejo subalterno* de las normas que regulan otras conductas con diversas modalidades normativas.

Lo mismo respecto de los otros casos. Los derechos reales son concebidos como reflejos de la obligación universal de respeto de todos los demás de no intervenir en ciertas cosas, las que son propiedad de un sujeto precisamente por esa obligación *erga omnes*.

El “derecho” a disponer libremente sobre las cosas propias, lo mismo que el “derecho” a la conducta no prohibida, no es otra cosa que el reflejo subalterno de las normas que estatuyen deberes jurídicos. El contenido jurídicamente relevante de toda expresión afirmativa de tal “derecho subjetivo”, agótase en el establecimiento del deber jurídico de otro de abstenerse de toda intervención en “mis” cosas (las cuales se hacen “mías” precisamente en virtud de ese deber); jurídicamente aparece, pues, un derecho frente a las cosas, un derecho de usar, abusar, etc., de las cosas. Pero cuando se afirma: yo tengo derecho a respirar, a trabajar, a pasear, a amar, etc., no quiere decirse sino que no existe ninguna norma jurídica que me obligue a lo contrario.<sup>3</sup>

Los llamados derechos personales o de crédito no tienen consistencia propia, pues son meramente la expresión del punto de vista de la contraparte del obligado, beneficiado con la conducta de éste. Si un sujeto está obligado a entregar a otro un cierto bien, su situación jurídica se expresa diciendo que la contraparte, que recibe el bien, tiene el derecho subjetivo personal a la recepción del mismo, tiene el derecho de que

<sup>3</sup> Kelsen, TGE:74.

el obligado se lo entregue. Esta perspectiva del sujeto beneficiado por la conducta del obligado se expresa por medio del concepto de derecho subjetivo, pero carece de toda consistencia jurídica, pues solamente es un punto de vista posible (ni siquiera el fundamental) para describir la situación jurídica en la que se encuentra la contraparte. La afirmación jurídicamente relevante se agota en la afirmación de que otro está obligado a entregarle al sujeto en cuestión, de modo normativamente obligatorio, un bien o cosa determinada o de realizar en relación con él una determinada acción. La afirmación de tal derecho subjetivo, por carecer de consistencia propia y ser sólo el producto de una perspectiva específica utilizada para describir el contenido de una obligación, constituye meramente un *reflejo subalterno* de la norma que establece la obligación.

Lo mismo respecto de la autorización. Con ella estamos frente a una norma general que prohíbe una cierta conducta. La autorización es el acto por el cual se exime o excluye a cierto individuo del ámbito personal de validez de esa norma. Es un *reflejo subalterno* de la restricción a una norma prohibitiva.

Como se ha podido observar, se dice que son derechos subjetivos las relaciones de ciertos sujetos con las normas jurídicas, que resultan beneficiados por ellas, que sus intereses son satisfechos por medio de ellas. Es precisamente esta relación de beneficio la que determina la subjetivación de las normas objetivas. Un sujeto puede decir del derecho positivo que es “su” derecho en la medida que su posición frente a él permite predicar que con la aplicación de esas normas se satisfacen sus intereses particulares. Este es el punto de vista expresado por la doctrina de Ihering, la que ha determinado, desde la Ilustración, el uso de la palabra “derecho”. El propio Ferrajoli dice que los derechos fundamentales “tutelan los intereses y las necesidades primarias y vitales”.

La acción procesal y los derechos políticos son contenidos de normas jurídicas que no pueden ser reducidos a las normas que establecen obligaciones o modalidades de las normas que establecen prohibiciones, porque llevan a cabo una función diferente: la creación de normas jurídicas, la constitución de situaciones jurídicas por medio de la producción o establecimiento de normas generales o individuales. Esta función debe comprenderse con los conceptos relacionados con el concepto de la facultad.

## Los derechos fundamentales como reflejos subalternos de las normas que establecen facultades.

Conforme lo expuesto en este ensayo, la norma que establece una facultad, *i.e.*, el contenido típico de una norma superior contiene los siguientes elementos:

1. La especificación detallada de los diversos actos integrantes del procedimiento de creación de las normas inferiores o subsecuentes; que sea detallada la especificación significa que la norma que establece la facultad correspondiente debe determinar las dimensiones de realización de cada uno de los actos integrantes del proceso de creación, es decir, el quién, el qué, el cuando y el donde de todos y cada uno de los actos; y
2. Dentro del ámbito material de validez de la norma que establece una facultad, se contienen los preceptos que determinan los contenidos que han de tener de manera *necesaria, excluida o potestativa* las normas que han de crearse por medio del procedimiento respectivo. Estos elementos del ámbito material de validez de la norma que establece una facultad, son la base sobre la cual se van a construir los derechos fundamentales.

Debe notarse, primeramente, que este ámbito material de validez de la norma que faculta ha sido entendido como preceptos que restringen el ejercicio de las facultades de manera obligatoria o prohibida. Es lógico que esto acontezca, pues puede establecerse una coordinación estructural entre el concepto de la obligación y el contenido *necesario*, de la prohibición y el contenido *excluido* y la permisón y el contenido *potestativo*. La negación de una facultad no es una prohibición, en el sentido en que se ha definido este concepto más arriba y es claro que la negación de una prohibición no es el otorgamiento de una facultad. Por tanto, la siguiente pregunta: los órganos del Estado encargados de elaborar y crear las leyes ¿están obligados a respetar los contenidos necesarios establecidos en la Constitución y tienen prohibido dar a sus normas el contenido excluido por la Constitución?, debe ser contestada de manera negativa, por la razón de que los órganos legislativos, por ejemplo, ejercitan facultades, pues la constitución es fundamentalmente un conjunto de normas que establecen las facultades de los principales órga-

nos del Estado y las modalidades que éstas pueden asumir. El concepto de órgano está indisolublemente unido al concepto de facultad: es órgano en tanto y en la medida que ejerce facultades jurídicas. Estarían obligados a ejercer la facultad sólo si existiera otra norma distinta de aquella que les otorga la facultad, que sancionara la realización irregular de los actos facultados.

Ahora bien, la parte dogmática de la Constitución tiene como sujeto referente a los órganos del Estado. En efecto, las normas que regulan el proceso legislativo, por ejemplo, establecen las conductas que han de realizar los órganos encargados de llevarlo a cabo con el objeto de crear una ley determinada. Por tanto, el ámbito personal de validez de las normas constitucionales está constituido principalmente y de modo directo y fundamental por los órganos del Estado.

Como hemos visto anteriormente, el concepto de derecho subjetivo, en sus usos más comunes, se formula asumiendo el punto de vista de los particulares, de los gobernados, de aquellos que se encuentran frente a una pirámide de normas que le exigen obediencia y cumplimiento. ¿Qué pasa, qué obtenemos, si contemplamos a la norma jurídica que establece una facultad desde la perspectiva o la posición jurídica en la que se encuentra el sujeto (súbdito) de la norma subordinada que es posible sea creada por el sujeto facultado? Para saber ello, debe relacionarse al súbdito (como sujeto destinatario de la norma inferior creada) *con todos los elementos normativos contenidos en la norma condicionante (superior)* y contemplar la relación correspondiente como el *reflejo subalterno* de cada elemento de la norma condicionante. Con el objeto de hacer más fácil la exposición permítaseme utilizar los siguientes signos:

O<sub>s</sub> - para el súbdito, para el sujeto destinatario de la norma creada en ejercicio de una facultad, desde cuya perspectiva se formula el derecho subjetivo entendido como reflejo subalterno;

O<sub>f</sub> - para el sujeto facultado para crear la norma inferior o subsecuente;

a<sub>r</sub> - para los diferentes actos que integran el proceso de creación de una norma;

L<sub>x</sub> - para el contenido *necesario* establecido en la norma condicionante o superior;

L~x - para el contenido *excluido* establecido en la norma condicionante o superior;

$\sim L\sim x$  - para el contenido *potestativo* establecido en la norma condicionante o superior;  
 m, t, e - para los ámbitos material, temporal y espacial de la norma condicionante o superior

Con ello, obtenemos los siguientes derechos fundamentales (reflejos subalternos) de las normas que establecen facultades:

$D_1(O_s, a_r)$  - derecho subjetivo (como reflejo subalterno) a la regularidad del procedimiento de creación  $a_r$  de una norma;

$D_2(O_s, O_f)$  - derecho subjetivo (como reflejo subalterno) a ser súbdito del sujeto facultado  $O_f$  y sólo de  $O_f$ ;

$D_3(O_s, m(Lx))$  - derecho subjetivo (como reflejo subalterno) a que la norma inferior sea conforme con el contenido *necesario*  $Lx$  establecido en la norma superior;

$D_4(O_s, m(L\sim x))$  - derecho subjetivo (como reflejo subalterno) a que la norma inferior sea conforme con el contenido *excluido*  $L\sim x$  establecido en la norma superior;

$D_5(O_s, m(\sim L\sim x))$  - derecho subjetivo (como reflejo subalterno) a que la norma inferior sea conforme con el contenido *potestativo*  $\sim L\sim x$  establecido en la norma superior;

$D_6(O_s, t)$  - derecho subjetivo (como reflejo subalterno) a que los actos procesales se ejerciten en el tiempo ordenado en la norma;

$D_7(O_s, e)$  - derecho subjetivo (como reflejo subalterno) a que los actos procesales se ejecuten en el lugar ordenado en la norma.

El punto de vista asumido para afirmar un derecho subjetivo es el de los sujetos sometidos a las normas, de los individuos que se encuentran frente a una pirámide de normas, todas las cuales les exigen cumplimiento y obediencia. Esto explica que concibamos a los derechos subjetivos como relaciones diádicas, lo que explica que el primer término de la relación siempre es  $O_s$  en las relaciones  $D_{1-7}$ .

Cada uno de estos derechos expresa la relación normativa del sujeto sometido a la norma creada, *i.e.*, del sujeto que colma el ámbito personal de validez de la norma creada, en relación con los diversos elementos que integran la norma que establece una facultad. Esta posición o situación es el tipo de relación que tiene el sujeto mencionado con las normas condicionantes (superiores).

Estos derechos son “fundamentales” en la medida que se tenga, como referencia para hacer la construcción correspondiente del *reflejo subalterno*, a los preceptos de la Constitución que establecen facultades jurídicas, que es la norma fundamental positiva de un orden jurídico.

Por lo tanto, como conclusión puede decirse que los derechos subjetivos fundamentales son, conforme al uso corriente de estos vocablos, los correlatos de las normas condicionantes, *los reflejos subalternos que expresan los intereses y posiciones de los individuos particulares en relación con las normas del derecho que establecen facultades, respecto de cada uno de los elementos de éstas.*

De lo anterior se observa que los derechos fundamentales surgen teóricamente en el momento en que los métodos para construir los derechos subjetivos como los reflejos subalternos, se aplican a los contenidos normativos que caen en el dominio del concepto de facultad.

### **Complementariedad.**

Dada esta concepción de los derechos subjetivos fundamentales, o mejor, dada nuestra construcción conceptual de uso de la expresión “derechos fundamentales”, es siempre posible invertir la relación central determinante del concepto de derecho subjetivo y expresar el objeto y la función fundamental que determina el reflejo subalterno. Se trata de hacer a un lado el reflejo y ver el objeto o la operación reflejada en el concepto del derecho subjetivo fundamental. Entonces encontramos únicamente el concepto de la facultad y el ejercicio regular de ellas. La irregularidad en el ejercicio de las facultades se traduce, en la terminología de los derechos subjetivos fundamentales, como violación de estos derechos fundamentales, cuya consecuencia es la anulación del acto o de la norma violatorio de tales derechos, *i.e.*, de la norma o el acto irregular.

Obras de Hans Kelsen citadas en la nota No. 1 del texto anterior:

Kelsen, Hans. H *Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado*. Editorial Porrúa, S. A. 1987. Trad. Wenceslao Roces. Notas, revisión y presentación de Ulises Schmill.

Kelsen, Hans. GJC *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)* en Escritos sobre la Democracia y el Socia-

- lismo. Editorial Debate. Madrid. 1988. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero.
- Kelsen, Hans. **TPD1** *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1946. Trad. Jorge G. Tejerina.
- Kelsen, Hans. **TPD2** *Teoría Pura del Derecho*. UNAM. México. 1979. Trad. Roberto J. Vernengo.
- Kelsen, Hans. **TGE** *Teoría General del Estado*. Editorial Labor, S.A. 1934. Trad. Luis Legaz Lacambra.
- Kelsen, Hans. **TGDE** *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprenta Universitaria. México. 1949. Trad. Eduardo García Maynez.
- Kelsen, Hans. **BR** *Der Begriff der Rechtsordnung* en *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, editado por Hans Klecatsky, René Marcic y Herbert Schambeck. Europa Verlag. 1968.