

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN Y SUS GARANTÍAS

por Luigi Ferrajoli

1. Las concepciones puramente formales de la democracia

Antes de afrontar el problema de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales me parece oportuna una reflexión sobre la noción de *democracia*. Según la concepción predominante, la democracia sería un método de formación de las decisiones públicas. Más exactamente, consistiría en el conjunto de "reglas del juego" que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo, o a través de representantes, de asumir dichas decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica. También es la concepción de la "democracia" compartida, de manera casi unánime, por la mayor parte de sus teóricos: de Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl, de Popper a Waldron.¹ Y también es la concepción predominante en la actual filosofía jurídica, como se desprende de las muchas críticas que me han hecho en dos discusiones recientes en torno a mis tesis: una sobre los derechos fundamentales, aparecida en las páginas de la revista *Teoría Política* entre el año 1998 y 2000, y otra más reciente, publicada en el volumen *Garantismo*, a cargo de Miguel Carbonell y de Pedro Salazar.²

Con base en esta concepción, la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos es únicamente la *autonomía*, esto es, la libertad positiva que consiste en "gobernarse por sí mismo" y "en que la regulación de la propia conducta no dependa de otros, sino de uno".³ O el hecho, en

¹ Recuérdese H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), trad. it en Id., *La democrazia*, Il mulino, Bolonia, 1981 [trad. cast. de R. Luego Tapia y L. Legaz Lacambra, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977]; K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici* (1945), trad. it., Armando, Roma, 1973 [trad. cast. de E. Loedel, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1994]; J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), trad. it., Edizioni di Comunità, Milán 1955 [trad. cast. de J. Díaz García, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid, 1971]; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Turín 1984 [trad. cast. de J. F. Fernández Santillán, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996]; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bolonia, 1957; R. Dahl, *La democrazia e i suoi critici* (1989) trad. it., Editori Reuniti, Roma, 1990 [trad. cast. *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1993]; M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000 [trad. cast. de L. Córdova, *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002].

² Véase, en particular, A. Pintore, "Diritti insaziabili", en *Teoría política*, nº 2, 2000, págs. 3-20, ahora en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., págs. 179-200 [trad. cast. "Derechos insaciables", en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., págs. 243-265]. Véanse también los ensayos de Pedro Salazar Ugarte, de Pablo de Lora y de Andrea Greppi y, aunque en términos problemáticos, de Alfonso Ruiz Miguel en M. Carbonell, P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid 2005.

³ N. Bobbio, "Della libertà del moderni comparata a quella dei posteri" (1954), ahora en *Teoria generale della politica*, a cargo de M. Bovero, Einaudi, Turín, 1999, pág. 230 [trad. cast. de A. De Cabo y G. Pisarello, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003], donde la autonomía se define además como el "poder de darse normas a sí mismo y de no obedecer otras normas más que las dadas a sí mismo" (pág. 228). Es la noción rousseauniana de libertad como "l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite" (J. J. Rousseau, *Du contract social*, (1762), Garnier- Flammarion, París 1966, libro I, cap. 8, p. 56) [trad. cast. de M. J. Villaverde, *El contrato social*, Tecnos, Madrid, 1988], retomada por Kant: "Es mejor definir mi *libertad* externa (es decir jurídica) como la facultad de no obedecer a más leyes externas que a aquellas a las que he podido dar mi consentimiento" (*Per la pace perpetua* (1795), secc. II, en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Turín, 1965, pág. 292, nota) [trad. cast. de J. Abellán, *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1994]; "la libertad legal (es) la facultad de no obedecer a ninguna otra ley que no sea aquella a la que éstos (los ciudadanos) han dado su consentimiento" (*Principi metafisici della dottrina del diritto*

otras palabras, de que las decisiones sean tomadas, directa o indirectamente, por sus destinatarios, o de manera más exacta, por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la "voluntad" y de la "soberanía popular". Esta noción de democracia podría llamarse *formal o procedimental*,⁴ puesto que la identifica con las *formas y procedimientos* adecuados, precisamente, para garantizar que las decisiones alcanzadas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La democracia, en otras palabras, tendría que ver con el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, pero sería independiente de *qué* se decide, es decir, de los contenidos, aunque éstos fueran antiliberales, antisociales e incluso antidemocráticos.

En esta intervención, intentaré rebatir esta concepción simplificada de la democracia. Y comenzaré diciendo que es indudable que la dimensión formal de la democracia como poder basado en la voluntad popular expresa un rasgo absolutamente necesario, una *conditio sine qua non*, en ausencia de la cual no se podría hablar de "democracia". Ahora bien, ¿es ésta la única condición necesaria? La definición de un término debe indicar las condiciones no sólo necesarias sino también suficientes para predicarlo de un cierto caso. ¿Es suficiente una connotación puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es calificable como "democrático" y, en particular, como una "democracia constitucional"? Yo pienso que no. Y enumeraré cuatro razones, ligadas a otras tantas aporías, que requieren que la definición de democracia comprenda la idea de límites y vínculos *sustanciales* o de *contenido* como son, típicamente, los derechos fundamentales.

2. Cuatro aporías en la concepción puramente procedimental de la democracia

2.1. La primera razón es la falta de alcance empírico, y por consiguiente, de capacidad explicativa, de una definición de democracia limitada a sus connotaciones formales, esto es, a las condiciones en las que las decisiones políticas expresan, directa o indirectamente, la voluntad popular. Una definición de este tipo, en efecto, no permite dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, que resultarían, bajo esta óptica, no democráticas. Al limitarse a exigir que el pueblo ejerza como sea los poderes públicos, ignora, o peor, reniega del paradigma del estado de derecho, que no admite la existencia de poderes no sometidos a la ley,⁵ y más aún del estado constitucional de derecho, en el que el poder del pueblo no es en absoluto ilimitado.

[1797], en *Scritti politici...*, cit., 46, pág. 500) [trad. cast. de F. Ayala, *Principios metafísicos del derecho*, Espuela de Plata, Sevilla, 2004].

⁴ Para evitar equívocos, es necesario precisar que "formal" se usa aquí con referencia a la "forma" de los actos normativos, en oposición a su "sustancia" o "contenido" o "significado prescriptivo". La expresión, por tanto, tiene que ver con la dimensión formal de la validez y de la democracia, ligada, precisamente, al respeto de las formas de producción de las normas. Se trata de un sentido, como puede verse, completamente diferente al que yo mismo atribuyo al término como predicado meta-teórico de los conceptos teóricos, esto es, para designar los rasgos estructurales, independientes de los contenidos normativos, que esos revisten en los ordenamientos concretos. De manera análoga, el término "sustancial", asociado a la validez o la democracia, designa su "sustancia", su "contenido" o su "significado prescriptivo", ligado a su *coherencia* con las normas sustanciales sobre la producción de los actos normativos. En todo caso, la definición, incluso de estos conceptos, continúa siendo, como ocurre con todos los conceptos de la teoría, formal.

⁵ Un sistema "democrático" donde la soberanía popular no estuviese sujeta a la ley correspondería a la noción de estado absoluto definida por Hobbes: "el soberano de un estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles. Al tener, en efecto, el poder de hacer y de derogar las leyes, bien puede liberarse de dicha sujeción derogando las leyes que le molestan y promulgando otras nuevas" (*Leviatano* (1651), trad. it., Bompiani, Milán, 2001, parte II, cap. XXVI, 6, pág. 433) [trad. cast. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1979]. También afirma: "Una cuarta opinión incompatible con la naturaleza del estado es la siguiente: *que quien detenta el poder soberano está*

En efecto, la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales. Si se atiende a la definición formal de democracia únicamente como "poder del pueblo", ¿habría que concluir que estos sistemas no son democráticos? ¿Que los derechos fundamentales recogidos en constituciones rígidas, al ser un límite heterónomo a la dimensión política de la democracia, son un límite a la democracia *tout court*, y que incluso corren el riesgo, en cuanto límites tendencialmente "insaciables", de convertirse en su negación?⁶ ¿O no habría que reconocer, más bien, que en ausencia, precisamente, de estos límites, aunque pudiera hablarse de "democracia" en sentido puramente político o formal, no podría seguramente hablarse de "democracia constitucional", que es la forma compleja y generalizada que la democracia asume hoy en los países avanzados?

2.2 La segunda razón consiste en la escasa consistencia teórica de un concepto de democracia solamente formal que pretenda ser consecuente consigo mismo. Algún límite sustancial, en efecto, es necesario para la supervivencia de cualquier democracia. Sin límites relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* (o al menos *puede no*) sobrevivir. En teoría, siempre es posible que con métodos democráticos se supriman, por mayoría, los propios métodos democráticos: no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los derechos políticos, el pluralismo político, la división de los poderes, la representación, en otras palabras, todo el sistema de reglas que constituye la democracia política. Obviamente, no hablo de hipótesis de laboratorio: piénsese en las terribles experiencias totalitarias del fascismo y del nazismo del siglo pasado, que conquistaron el poder de forma democrática y luego lo entregaron, "democráticamente", a un jefe que eliminó la democracia. Con frecuencia esta objeción se elude con la tesis de que los límites de la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales son "condiciones" o "precondiciones", o "presupuestos", o "límites" de la democracia.⁷ Pero una condición, cuando se considera

sujeto a las leyes civiles (...) Un soberano no está sujeto a las leyes que él mismo, es decir el estado, promulga, porque estar sujeto a las leyes es estar sujeto al estado, esto es, a su representante soberano, que precisamente es él. Lo suyo no es sujeción sino libertad de las leyes. Este error, al colocar las leyes por encima del soberano, pone sobre él también un juez y un poder que puede castigarlo. Y esto significa crear un nuevo soberano y después, por el mismo motivo, un tercero que castigue al segundo, y así continuamente hasta el infinito, con la consiguiente confusión y disolución del estado" (ibid., 9, pág. 529).

⁶ Es la tesis de A. Pintore, "Diritti insaziabili", cit. ["Derechos insaciables", cit.].

⁷ Véase, por ejemplo, N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, cit., pág. 6 [*El futuro de la democracia*, cit.], para quien "incluso (...) una definición mínima de democracia, como es la que sostengo" requiere, además del sufragio universal y del principio de mayoría, de una "tercera condición": la posibilidad de elección entre "alternativas reales" para cuya realización "es necesario que a los llamados a decidir les estén garantizados los llamados derechos de libertad, de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas previas que permiten el desarrollo del juego". En el mismo sentido, véase: M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., cap. II, 6, págs. 38-41; Id., "Democracia y derechos fundamentales", en *Isonomia*, nº 16, 2002, págs. 21-38, donde se critica el uso que he hecho de la palabra "democracia" para designar los rasgos sustanciales que los derechos fundamentales agregan a la "democracia constitucional". Bovero me había realizado una crítica diferente (al uso, esta vez, del predicado "sustancial" asociado a "democracia" para designar esos mismos rasgos) en "La filosofía política di Ferrajoli", en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli, Turín, 1993, págs. 399-406; véase mi respuesta en el mismo volumen, págs. 505-508.

necesaria, se convierte en un requisito esencial y debe, necesariamente, incluirse como condición *sine qua non* en la definición del término en cuestión.

2.3. La tercera razón consiste en el nexo insoluble, que las concepciones puramente formales de la democracia ignoran, entre soberanía popular, democracia política y todos los derechos fundamentales que he llamado "sustanciales"⁸ y que operan como límites o vínculos a la voluntad de otro modo absoluta de la mayoría. En primer lugar, los derechos de libertad. En efecto, la voluntad popular se expresa auténticamente sólo si puede expresarse libremente. Y puede expresarse libremente sólo a través del ejercicio, además del derecho de voto, de las libertades fundamentales por parte de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión y de asociación. Por eso, no existe soberanía popular sin derechos de libertad individual. La omnipotencia de la mayoría no sólo amenaza la democracia política y la propia soberanía popular (incluso la de las generaciones futuras, como diré más adelante) sino que una y otra se realizan y alimentan sólo a través del ejercicio constante de los derechos de libertad. Por otro lado, los derechos de libertad son efectivos siempre si se sustentan en la garantía de derechos sociales a prestaciones positivas: en el derecho a la subsistencia y a la salud y, aún más, obviamente, en el derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, tanto los derechos políticos como los derechos de libertad están destinados a permanecer en el papel. No existe participación en la vida pública sin la garantía de mínimos vitales, es decir, de derechos a la supervivencia, ni existe formación de voluntad consciente, sin educación e información.

2.4. La cuarta razón de la insuficiencia de una noción de democracia puramente formal está vinculada a una aporía de carácter filosófico-político. La concepción formal o procedimental se asienta, como se ha dicho, en la connotación de la democracia como "autonomía" o "autogobierno" o "autodeterminación" popular, es decir, como libertad positiva del pueblo a no someterse a otras decisiones, y por tanto, a otros límites o vínculos, que no sean los acordados por él mismo. Pero el pueblo es un sujeto colectivo, que sólo puede acordar por mayoría y, en la democracia representativa, a través de la elección de representantes. La ecuación entre autonomía y método de decisión basado en los principios de mayoría y representación encierra, por tanto, una concepción comunitarista, organicista y holista de la representación y de la democracia. Esta concepción se basa en la idea —exageradamente ideológica, populista, y en último término, fascista— de que el pueblo es un "cuerpo político",⁹ una suerte de organismo, un macro-sujeto dotado de una voluntad homogénea, y de que los principios de representación y de mayoría, antes que simples convenciones aptas para determinar los sujetos más representativos, serían en realidad las formas a través de las que se expresa la voluntad general y unitaria del pueblo como sujeto unitario y orgánico.¹⁰ Si abandonamos estas insidiosas

⁸ En *Diritti fondamentali*, cit. I, § 4, pág. 19 ; III, § 2, pág. 284 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.].

⁹ Recuérdense los célebres párrafos de Rousseau: "Al instante, este acto de asociación produce, en el lugar de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral o colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública, que se constituye así por la unión de todas las demás, solía recibir hace tiempo el nombre de *ciudad*, y ahora, el de *república* o *cuerpo político*... En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *pueblo*" (*Du contrat social*, cit., libro I, cap. VI, pág. 52) [*El contrato social*, cit.]; "con el pacto social, hemos dado existencia y vida al cuerpo político; ahora se trata de darle, con la legislación, movimiento y voluntad" (ibid., libro II, cap. VI, pág. 73).

¹⁰ "¿Pero qué es el pueblo? —se pregunta Kelsen—: una pluralidad de individuos, sin duda. Y parece ser un presupuesto de la democracia que esta pluralidad se reduzca mediante ella a una unidad. Para la democracia el pueblo, como unidad, es tanto más importante cuanto que actúa, antes que como objeto, como sujeto del poder, o por lo menos, así ocurre en la teoría. Sin embargo, para una investigación atenta a la realidad de los hechos, no hay

metáforas, deberíamos en cambio reconocer, como escribió Hans Kelsen en polémica con Carl Schmitt, que no existe semejante voluntad unitaria, y que su asunción ideológica sólo sirve para legitimar el poder absoluto de la mayoría, y tal vez de su jefe, y para ocultar la pluralidad de intereses y opiniones y el conflicto de clases que existe en el llamado "pueblo".¹¹

3. Una redefinición de la soberanía popular compatible con el paradigma de la democracia constitucional

El reconocimiento de estas aporías, y por tanto, de la inadecuación de una definición solamente formal del concepto de democracia, impone a mi juicio replantear de manera radical la relación entre pueblo y democracia a partir de una redefinición de la noción de "soberanía popular" compatible con el actual paradigma constitucional de la democracia.

Esto obliga a reconocer, ante todo, que cualquier concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* está en contradicción no sólo con la idea de democracia constitucional sino con la idea misma de democracia, que se ha revelado histórica y lógicamente incompatible con la existencia de poderes soberanos o absolutos, incluida la omnipotencia de la mayoría del pueblo o de sus representantes.¹² Precisamente para salvar esta contradicción y para garantizar la democracia, se desarrolló el constitucionalismo del siglo veinte tras las experiencias de los fascismos que, mediante formas políticamente democráticas, habían conquistado el poder primero, y destruido la democracia después. De aquí el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Y ello a través de límites y vínculos que establezcan lo que en varias ocasiones he denominado la "esfera de lo no decidible (que y que no)" —lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado el "coto vedado"— sustraída a la potestad de cualquier mayoría. Pero está claro que estos límites y vínculos, impuestos a los poderes de la mayoría a través de la estipulación constitucional de los derechos fundamentales y de sus garantías, son normas no ya formales, sino sustanciales. Estas normas tienen que ver con los contenidos de las decisiones, condicionan su validez sustancial y no simplemente formal y, por lo tanto,

precisamente nada más problemático que esa unidad designada con el nombre de 'pueblo'. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas el pueblo aparece, a los ojos del sociólogo, más como una multiplicidad de grupos diferentes que como una masa compacta de naturaleza homogénea" (*Essenza e valore della democrazia*, cit., cap. II, págs. 50-51) [*Esencia y valor de la democracia*, cit.].

¹¹ H. Kelsen, "¿Quién debe ser el defensor de la constitución?" (1931), trad. it. en Id., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 275-276 [trad. cast. de R. J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Tecnos, Madrid, 1999].

¹² Escribe B. Constant, "Principes de politique", en *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), trad. it., *Principi di politica*, Editori Reuniti, Roma, 1970, cap I, pág. 54: "Cuando se establece que la soberanía del pueblo es ilimitada —añade Constant— se crea y se introduce en la sociedad humana un grado de poder tan grande que es un mal con independencia de a quien se entrega. Entregadlo a uno solo, a muchos, a todos, y será un mal. Culparéis a los depositarios de dicho poder y sucesivamente, dependiendo de las circunstancias, acusaréis a la monarquía, a la aristocracia, a la democracia, a los gobiernos mixtos, al sistema representativo. Os habéis equivocado; es necesario acusar no a los depositarios de la fuerza sino al grado de la misma. No es necesario actuar contra el brazo sino contra el arma. Hay pesos demasiado grandes para la mano de los hombres"; *ibid.*, pág. 60: "La soberanía del pueblo no es ilimitada; esta circunscrita a los límites que establecen la justicia y los derechos de los individuos. La voluntad de todo un pueblo no puede convertir en justo lo que es injusto" [trad. cast. de M. L. Sánchez Mejía, "Principios de política", en B. Constant, *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 3-205].

contradican la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, es decir, en reglas procedimentales que aseguran la representatividad popular a través del sufragio universal y del principio de la mayoría.

Hay sin embargo dos significados de “soberanía popular” que tienen que ver, uno con la noción general de democracia, y el otro con la más específica de democracia constitucional. El primer significado de “soberanía popular” compatible con la democracia es el literal, referido al pueblo entero, tal como aparece, por ejemplo, en el art. 1 de la Constitución italiana (“La soberanía pertenece al pueblo”) y en el art. 2 de la Constitución española (“La soberanía nacional reside en el pueblo español”).¹³ En este significado literal, el principio de la “soberanía popular” no es más que un principio de legitimación en negativo de la democracia política. Quiere decir, simplemente, que la “soberanía popular pertenece al pueblo” y *sólo* al pueblo; que reside en el pueblo y *sólo* en el pueblo. Fue el mismo Rousseau quien afirmó que “la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser alienada. Esencialmente, consiste en la voluntad general y la voluntad no se representa. O es ella misma, o bien es otra; no hay solución intermedia”.¹⁴ Esto quiere decir que el principio de la soberanía popular equivale a una *garantía negativa*, esto es, a la prohibición de usurparla. Significa que la soberanía, al pertenecer a todo el pueblo, no pertenece a nadie más y ninguna persona individual o grupo de personas — monarca o parlamento, presidente elegido por el pueblo o asamblea representativa— puede apropiarse de ella.¹⁵ En este sentido, el principio de la soberanía popular o nacional no contradice, con aparente paradoja, el principio del estado de derecho según el cual ningún hombre o grupo de hombres diferentes del pueblo entero disponen de poderes soberanos o *legibus soluti*. Por el contrario, representa su principal garantía.

El segundo significado que puede asociarse a la expresión “soberanía popular”, de acuerdo con el paradigma de la democracia constitucional, se refiere a su nexos con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Ya he dicho que todos los derechos fundamentales dan forma y contenido a la “soberanía popular” y a la “voluntad popular”, la cual no puede manifestarse de manera auténtica si no puede expresarse libremente, y no puede expresarse libremente si no dispone de garantías no sólo para los derechos políticos sino también para los derechos de libertad y para los derechos sociales. En este segundo sentido, la fórmula “la soberanía popular pertenece al pueblo” quiere decir, por tanto, que pertenece al conjunto de sus ciudadanos, es decir, a todas y cada una de las personas que componen el pueblo. Esto significa, en concreto, que la soberanía popular no es otra cosa que la suma de

¹³ “La souveraineté réside dans le peuple”, afirmó el art. 25 de la Declaración de los derechos que precedió a la Constitución de 1793; y el art. 7 añadió: “Le peuple souverain est l’universalité des citoyens français”. Afirmaciones análogas se encuentran en casi todas las principales constituciones actuales: en el art. 1 de la Constitución japonesa de 1946; en el art. 20 de la Constitución alemana de 1949; en el art. 3 de la Constitución francesa de 1958; en el art. 1 de la Constitución griega de 1975; en los art. 1 y 3 de la Constitución china de 1975; y en los art. 1, 2 y 3.1 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹⁴ J. J. Rousseau, *Du contrat social*, cit. libro III, cap. XV, p. 134.

¹⁵ B. Constant, “La sovranità del popolo e i suoi limiti”, en los *Principes de politique* (1818), con posteriores añadidos y cambios, en *Antología degli scritti di Benjamín Constant*, ed. de A. Zanfarino, Il Mulino, Bolonia, 1962, p. 59, nota 1: “El axioma de la soberanía del pueblo ha sido considerado un principio de libertad. Sin embargo es un principio de garantías. Está destinado a impedir que un individuo se apropie de la autoridad que pertenece a toda la sociedad; pero no decide nada sobre la naturaleza y los límites de esta autoridad” [“Principios de política”, cit.]. Recuérdese también el art. 3 de la Constitución francesa de 1958, que después de haber establecido en el primer punto que “la soberanía pertenece al pueblo” afirma en el segundo que “ninguna fracción del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio”.

poderes y contrapoderes de todos —los derechos políticos, civiles, sociales y de libertad— que la constitución estipula como derechos fundamentales. Estos derechos, por consiguiente, no son solamente límites a la democracia política. Son, además, la sustancia democrática, puesto que se refieren al pueblo en un sentido más concreto y vinculante que la propia representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros en carne y hueso. Por eso, estos derechos son, para cada persona, fragmentos de la soberanía de todo el pueblo. Por eso, cualquier violación de estos derechos no es sólo una lesión a las personas titulares de los mismos, sino una violación de la propia soberanía popular. Recordemos el famoso artículo 34 de la Declaración que precedió a la Constitución francesa de 24 de junio de 1793: “Existe opresión contra el cuerpo social cuando uno sólo de sus miembros está oprimido. Existe opresión contra todos los miembros cuando el cuerpo social está oprimido”¹⁶.

4. La rigidez de la constitución y las garantías constitucionales

Llego así al tema de mi ponencia. Si lo dicho hasta aquí es verdad, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia. Varias veces he articulado la noción de democracia constitucional a partir de su relación con las cuatro clases de derechos en las cuales, a su vez, he dividido la categoría de derechos fundamentales: la *democracia política*, asegurada por la garantía de los *derechos políticos*; la *democracia civil*, asegurada por la garantía de los *derechos civiles*; la *democracia liberal* (o liberal-democracia) asegurada por la garantía de los *derechos de libertad*; la *democracia social* (o social-democracia), asegurada por la garantía de los *derechos sociales*.

De aquí se desprende una noción cuatri-dimensional de la democracia como modelo normativo. Las dos primeras dimensiones son “formales”, puesto que tienen que ver con la forma democrática (el “quien” y el “cómo”) de las decisiones, y con los derechos-poder de autonomía política y civil que la aseguran. Las otras dos son “sustanciales”, y tienen que ver con la sustancia de las decisiones (el “qué” no está permitido decidir o dejar de decidir) y con los derechos sustanciales de libertad y sociales que la garantizan.¹⁷ En este sentido, el garantismo, explicado en sus cuatro dimensiones (*política, civil, liberal y social*, dependiendo de la clase de los derechos garantizados) es la otra cara del constitucionalismo y constituye el presupuesto jurídico de la democracia.

¿En que consisten las “garantías constitucionales”? Normalmente, esta expresión alude a la “rigidez” de la Constitución, es decir, al hecho de que los principios, derechos e instituciones que ésta prevé sólo pueden modificarse a través de procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que la contradigan. En realidad, se trata de una noción compleja que aquí descompondré en varias nociones diferentes. Por un lado, la rigidez, que es uno de los rasgos distintivos de las normas constitucionales; por otro, el conjunto complejo y articulado de sus garantías, que a su vez requieren ser diferenciadas y analizadas.

¹⁶ Recuérdese también el nexo entre “garantía social” de los derechos, que consiste en “la acción de todos” en su defensa, y “soberanía nacional”, instituido por el art. 23 de esa misma Declaración.

¹⁷ Remito a mi *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., III, 6, págs. 318-320 y 2, págs. 282-288 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.].

La rigidez constitucional no es, propiamente, una garantía, sino más bien un rasgo estructural de la constitución, vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa. Las constituciones, por consiguiente, son rígidas por definición, en el sentido de que una constitución no rígida no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria.¹⁸ La rigidez, en suma, tiene que ver con el rango superior de las normas constitucionales respecto de todas las otras fuentes del ordenamiento, es decir, con la normatividad de las primeras respecto de las segundas. En el caso de las normas constitucionales que establecen expectativas universales bajo la forma de derechos fundamentales, la rigidez les confiere una doble normatividad: como expectativas negativas de su no derogación o vulneración y, al mismo tiempo, como expectativas positivas de su desarrollo.¹⁹

Como puede verse, la cuestión de la rigidez constitucional —o mejor, del grado de rigidez que deba atribuirse a una constitución y, en particular, a los diferentes tipos de normas constitucionales— ocupa un papel central en la teoría de la democracia, y plantea problemas similares a los que suscita la relación entre democracia política y derechos fundamentales. A ella se contraponen, desde siempre, dos tesis, una garantista y otra “democrática”. Ambas están condicionadas por el diferente sentido y valor que otorgan al poder y al acto constituyente. La primera, sostenida por Benjamín Constant, defiende la no modificabilidad de al menos algunos principios que el poder constituyente ha establecido como fundamentales.²⁰ El argumento que justifica esta afirmación es que no existe ningún poder constituido superior al poder constituyente y que éste se agota, en realidad, con su ejercicio. La segunda tesis se remonta a Sièyes y mantiene que el poder constituyente puede modificar, en cualquier momento, cualquier principio constitucional. Esto es así porque el poder constituyente es un poder constantemente activo, la expresión permanente de la soberanía popular y de la democracia política.²¹

El argumento principal que sostiene esta segunda tesis es que una excesiva rigidez de las constituciones supondría limitar los poderes constituyentes de las generaciones futuras y, en general, los principios de la democracia política. “Atar las manos”, como se ha dicho de manera eficaz. Este argumento de la primacía de la voluntad popular se encuentra recogido en el artículo

¹⁸ Sobre el carácter estructural o, si se quiere, “natural” de la rigidez de las constituciones en cuanto tales, véase A. Pace, “La ‘naturale’ rigidità delle costituzioni scritte”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pág. 4085 y siguientes, e Id., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Cedam, Padua 1996.

¹⁹ Sobre la noción de “derecho subjetivo” como expectativa positiva (a prestaciones) o negativa (a no lesiones), me remito a mi *Diritti fondamentali*, cit., I, pág. 5 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.].

²⁰ Es la tesis, sostenida por B. Constant, *Réflexions sur les constitutions* (1814), en Id. *Cours de politique constitutionnelle*, Slatkine, Genève-Paris, 1982, pág. 265 y siguientes, según la cual por vía legislativa no se pueden modificar las normas sobre la forma de gobierno y aquellas sobre los derechos constitucionalmente establecidos.

²¹ La tesis se remonta a Sièyes: “Una nación no puede alienar ni prohibirse el derecho de querer; e, independientemente de cual sea su voluntad, no puede perder el derecho de cambiarla cuando su interés lo exija” (*¿Che cosa è il terzo stato?* (1788), trad. it. Editori Riuniti, Roma, 1992, cap. V, pág. 59 [trad. cast. de J. Rico Godoy, *¿Qué es el estado llano?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990]. El principio está además enunciado en el artículo 1 del título VII de la Constitución francesa de 1791: “L’Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution” (y a tal fin prevé, en los artículos 2-8, un procedimiento especial de revisión) y después en el art. 28 de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793: “Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”. La misma tesis la expresó T. Paine, *Rights of Man* (1791-1792), trad. it, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cargo de T. Magri, Editori Riuniti, Roma, 1978, pág. 122: “Cualquier generación es y debe ser capaz de afrontar todas las decisiones requeridas por las circunstancias de su tiempo” [ed. bilingüe de A. Lena, *Los derechos del hombre*, Universidad de León, León, 1999].

28 de la Constitución francesa del 1793, que establece que “todo pueblo tiene derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución” y que “una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Mi opinión es que, si se toma en serio el constitucionalismo, a este argumento se le puede dar la vuelta. Ya he hablado del valor sustancialmente democrático de los derechos fundamentales y de su nexos con la soberanía popular como poderes y contrapoderes otorgados a todos y cada uno, y por tanto al pueblo entero, sobre todo en el momento constituyente, caracterizado por la existencia de un velo de ignorancia respecto de los intereses contingentes de parte. El principio del derecho permanente de todas las generaciones a decidir su futuro se puede utilizar, con aparente paradoja, para apoyar la tesis exactamente opuesta a la de la existencia de un poder constituyente permanente y radical, expresión de la soberanía popular. Puede esgrimirse en apoyo de la tesis según la cual la rigidez de la constitución es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de las futuras mayorías. Con esa base debe impedirse la revisión, al menos, de los principios constitucionales supremos, puestos en defensa permanente de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría. Por ejemplo, el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los derechos de libertad y quizás los derechos sociales, que forman el presupuesto elemental de los derechos políticos. La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que estas *amputen* las manos de las generaciones futuras. Esto quiere decir que un pueblo puede decidir, “democrática” y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías y de las generaciones futuras.

Aclarado el sentido de la rigidez de las constituciones, es fácil aclarar también la naturaleza de sus garantías constitucionales. Otorgo aquí a “garantías” el significado que le he atribuido en otras ocasiones:²² las obligaciones y prohibiciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas establecidas normativamente. Por lo tanto, hablaré de *garantías negativas* para designar las prohibiciones que corresponden a las expectativas negativas y de *garantías positivas* para designar las obligaciones que corresponden a las expectativas positivas. Además, hablaré de *garantías primarias* para designar la suma de las garantías positivas y de las negativas y de *garantías secundarias* para designar las garantías de justiciabilidad, que intervienen en caso de vulneración de las expectativas normativas y de sus garantías primarias.

5. Las garantías constitucionales negativas: primarias y secundarias

La tesis que sostendré es que la rigidez de las normas constitucionales impone al legislador ordinario dos tipos de *garantías constitucionales*. Estas garantías son dos caras de una misma moneda y se corresponden con la doble naturaleza de los derechos fundamentales constitucionales: como expectativas negativas y como expectativas positivas. Las *garantías negativas* consisten en la prohibición de derogar; las *garantías positivas* en la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen.

²² Sobre la distinción entre “garantías primarias” y “garantías secundarias”, me remito a *Diritti fondamentali*, cit. I, § 2, pág. 11 [*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.], y a “Garanzie”, en *Parole-chiave*, nº 19, 1999, pags. 15-32.

Las *garantías constitucionales negativas*, es decir, las que consisten en prohibiciones, tienen que ver con la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario y procuran impedirle la producción de normas contrarias a ella. Son dos: a) las normas sobre la reforma constitucional, que excluyen toda reforma o que sólo la permiten mediante procedimientos más gravosos que los previstos para las leyes ordinarias; b) las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de los preceptos, por comisión u omisión, por razones de forma o de sustancia, contrarios a las normas constitucionales. Estas dos clases de normas no se identifican en absoluto con la rigidez, que como he dicho es un rasgo estructural de la constitución generado por su posición en la cúspide de la jerarquía de las fuentes. Son más bien sus garantías negativas. Precisamente, las normas sobre la reforma son la *garantía negativa primaria* de la rigidez. Esta garantía consiste en la prohibición incondicionada, o condicionada a la adopción de un procedimiento legislativo agravado, de producir normas legales que violen o deroguen normas constitucionales. Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, en cambio, la *garantía negativa secundaria* de la rigidez, y consisten en la anulación o en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria.

Las *garantías constitucionales negativas primarias* representadas por las normas sobre la reforma pueden ser más o menos vinculantes, según el grado de rigidez que estas garanticen. Podría tratarse de una rigidez absoluta, en la que la reforma esté radicalmente excluida; o de una rigidez relativa, en la que se establezcan formas más o menos agravadas de revisión. En el primer caso estaríamos frente a límites *absolutos*, que algunas constituciones —como la francesa del 3 de septiembre de 1791, el artículo 79.3 de la Constitución alemana de 1949 o el artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976— formulan en términos relativamente precisos y taxativos.²³ En el segundo caso estaríamos ante *límites relativos*, que permitirán hablar de un grado más o menos elevado de rigidez relativa, según el grado de dificultad que el procedimiento de reforma previsto suponga respecto de los procedimientos legislativos ordinarios. Pero además de los *límites explícitos* a la reforma estipulados por la propia constitución, existen también *límites implícitos*, hoy ampliamente reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como son los relativos al método democrático y a los derechos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución italiana declara “inviolables” los “derechos del hombre, como individuo y en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad”. Y una sentencia de la Corte Constitucional, la número 1146 de 1988, estableció que los “principios supremos del ordenamiento” —que la sentencia no enumera de manera expresa, pero que pueden identificarse, en el plano teórico, con los implícitos en la noción misma de constitución democrática y de rigidez constitucional— están sustraídos al poder de reforma.

Esta diferenciación de las garantías constitucionales negativas primarias, por otro lado, siempre ha tenido lugar (o no) en ausencia de diseño teórico alguno. Una ciencia de la constitución, en mi opinión, debería por el contrario teorizar y proponer diferentes grados de rigidez para las diferentes normas constitucionales, justificados por su diferente relevancia democrática. Así, por ejemplo, debería postular la rigidez absoluta de las normas que establecen el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales —cuyo alcance podría

²³ El título I de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 establecía: “Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l’exercise des droits naturels et civils consignés dans le présente titre et garantis par la Constitution”. El art. 79.3 de la Ley Fundamental alemana de 1949 establece: “No cabe ninguna modificación de la presente Ley fundamental que afecte la articulación del Bund en Länder, o la participación, en general, de los Länder en la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 a 20”. El artículo 288 de la Constitución portuguesa enumera catorce materias sustraídas al poder de reforma.

reforzarse pero no reducirse— así como los principios de la representación política y de la separación de poderes. En cambio, debería establecer formas más o menos agravadas de rigidez para las normas sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos; y forma leves de rigidez para las normas menos importantes.

También las *garantías constitucionales negativas secundarias*, que consisten en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden ser más o menos incisivas. Desde el punto de vista histórico, como se sabe, se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad de las leyes:

a) el control difuso, que se ha impuesto en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos y que consiste en la no aplicación en el caso concreto, aunque no en la anulación, de la norma inconstitucional. Ésta, por tanto, permanece en vigor aun después del reconocimiento de su ilegitimidad, aunque condicionada por el valor vinculante del precedente, sobre cuando ha sido establecido por los tribunales supremos;

b) el control concentrado, difundido en Italia y en otros muchos países europeos en la segunda posguerra, a partir del modelo kelseniano adoptado por la constitución austriaca del 1920. Este sistema de control comporta la anulación de los preceptos legales inconstitucionales por parte de un tribunal constitucional que se pronuncia a partir de una cuestión planteada por un juez en el curso de un litigio, siempre que la considere relevante y no manifiestamente infundada.

De los dos modelos, el más eficaz sin duda es el segundo: “Una constitución en la que falte la garantía de la anulación de los actos inconstitucionales —escribió Kelsen— no es, en sentido técnico, completamente obligatoria”.²⁴ Pero este modelo presenta también múltiples límites. En términos objetivos, porque afecta, por ejemplo en el derecho italiano, no a cualquier acto normativo contrario a la constitución sino sólo a las fuentes primarias, es decir, a las leyes ordinarias y a todos los actos que se puedan equiparar a ellas. Y en términos subjetivos porque, como ocurre también en Italia, quienes están normalmente legitimados para elevar la cuestión de inconstitucionalidad no son los sujetos lesionados por las normas sospechosas de ilegitimidad sino, incidentalmente, los jueces, cuando la consideren fundada y relevante en los casos sometidos a su juicio.

Desde el punto de vista objetivo, el control se podría ampliar perfectamente a actos no legislativos, como por ejemplo la participación en la guerra, cuyo solemne rechazo, enunciado en el artículo 11 de la Constitución italiana (excepto en el caso de “defensa” previsto por el artículo 52) no está tutelado por ninguna garantía jurisdiccional. Bastante más difícil y problemática es en cambio, como diré más adelante, la extensión del control de constitucionalidad a las lagunas, es decir, de las violaciones de la constitución no por comisión —como ocurre con las antinomias generadas por normas inválidas— sino por omisión. Este control, de hecho, está previsto por la Constitución portuguesa y por la brasileña. Sin embargo, tiene como límite insuperable la

²⁴ H. Kelsen, “La garanzia della costituzione”, en *La giustizia costituzionale*, cit., 22, p. 199: “Aunque en general no se tenga conciencia de ello”, sostiene Kelsen, “una constitución en la que los actos constitucionales, y en particular las leyes, permanecen válidos (porque de su inconstitucionalidad no se deriva la anulación) equivale más o menos, desde el punto de vista jurídico, a un voto carente de fuerza obligatoria. Cualquier ley, reglamento o incluso acto jurídico general aplicado por los individuos tendría una fuerza jurídica superior a la de una constitución de este tipo, a la que sin embargo estarían subordinados y de la cual obtendrían su validez” [trad. cast. de J. Ruiz Manero, “La garantía jurisdiccional de la constitución”, en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, págs. 109-155].

naturaleza del juicio de anulación y caducidad del acto constatado como inválido, propia de la jurisdicción de legitimidad.²⁵

Desde el punto de vista subjetivo, sería necesario extender a otros sujetos, además de a los jueces *a quo*, la legitimación para elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Pienso en la figura del *juicio de amparo*, presente en muchos ordenamientos latinoamericanos y en el español, y que puede ser activado por cualquier individuo contra cualquier medida que dañe un derecho constitucionalmente establecido. Pero pienso, sobre todo, en la propuesta realizada por Hans Kelsen, de la institución, en la corte constitucional, de un fiscal general, que él llama “defensor de la constitución”, con la función de objetar la ilegitimidad de cualquier acto del parlamento que considere inconstitucional.²⁶

6. Las garantías constitucionales positivas. Las lagunas de garantías

Todavía más importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente descuidadas, o peor, ignoradas por la doctrina, pese a que son indispensables para la efectividad de los derechos fundamentales establecidos por la constitución. Estas garantías consisten en la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos. En la obligación, en otras palabras, de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados.

De esta manera, llego a la cuestión central del garantismo —la de la relación entre derechos fundamentales y garantías— en torno a la cual se ha reproducido hace poco una ya antigua polémica. Me refiero a las críticas que dirigen a mis tesis Riccardo Guastini, Danilo Zolo y Pablo de Lora, quienes sostienen que, en ausencia de garantías, es decir de las obligaciones o de las prohibiciones correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos, no se estaría, como yo sostengo, ante una laguna sino ante la inexistencia de los derechos establecidos. Se estaría, en definitiva, y a pesar de su estipulación constitucional, ante la inexistencia no sólo de las garantías sino de los propios derechos.²⁷

²⁵ El artículo 283 de la Constitución portuguesa de 1976 y el artículo 103 de la Constitución brasileña de 1988, dedicados a la “inconstitucionalidad por omisión” se limitan a prever que el tribunal constitucional señale la laguna al órgano legislativo y, en el caso de la constitución brasileña, le invita a colmarla “en el plazo de treinta días”.

²⁶ “Una figura completamente nueva pero que merecería la más seria consideración sería la de un defensor de la constitución ante el tribunal constitucional que, a semejanza del ministerio fiscal en el proceso penal, debería introducir de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad para los actos que considerase irregulares. El titular de una función similar debería tener evidentemente las más amplias garantías de independencia posibles en relación tanto con el Gobierno como con el Parlamento. Por lo que respecta a los recursos contra las leyes, sería de extrema importancia atribuir el derecho de proponerlos también a una minoría cualificada del parlamento” (H. Kelsen, *op. ult. cit.*, 19, pág. 196) [“La garantía jurisdiccional de la constitución”, *cit.*].

²⁷ Es la teoría defendida por R. Guastini, “Tre problemi di definizione”, en *Diritti fondamentali*, *cit.*, págs. 43-48 [“Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, págs. 57-62], y por D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*, *ibid.*, págs. 49-55 [“Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, págs. 75-104]. Véase mi respuesta en *ibid.*, págs. 156-171 [en la misma obra citada]. Una tesis análoga defiende P. de Lora en “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, *cit.*, 3, págs. 255-259.

No retomaré aquí todos los términos de este debate. Me limito a señalar que en la base de estas críticas se encuentra la confusión entre derechos y garantías, validada por la autoridad de Kelsen. Según Kelsen, como se sabe, el derecho subjetivo sería sólo el “reflejo de un deber jurídico”,²⁸ es decir, de lo que yo he llamado aquí “garantía primaria”. Es más, añade Kelsen, tener un derecho equivale a tener “la posibilidad jurídica de obtener la aplicación de la norma jurídica apropiada que prevé la sanción”:²⁹ en otras palabras, a poder activar la que yo he llamado aquí “garantía secundaria”. Kelsen —a lo mejor porque sus referencias sólo son a derechos patrimoniales, que en efecto son el producto de actos negociales junto a los correspondientes deberes— opera con dos identificaciones: una entre derechos y garantías primarias, y otra entre derechos y garantías secundarias.

Este singular debilitamiento de los derechos respecto a las garantías es el precio que Kelsen paga por su concepción imperativista del derecho, basada en la centralidad de la sanción. Se trata, sin embargo, de un precio muy alto, que contradice las premisas normativistas y iuspositivistas de su propia teoría. En efecto, según esta posición derechos formalmente puestos o producidos por actos normativos válidos, pero sin garantías, serían simplemente derechos inexistentes. Las normas que los estipulan serían inexistentes (simples *flatus vocis*); catálogos enteros de derechos —gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos en convenios internacionales— serían no-derechos, no-normas, sólo porque carecen de garantías, tanto primarias como secundarias.

Esta tesis contradice, empero, dos postulados del normativismo, al mismo tiempo metateóricos y teóricos. En primer lugar, contradice el postulado del positivismo jurídico, puesto que desconoce la positividad de las normas jurídicas. En un sistema nomodinámico las normas existen si se han establecido o producido, y no en razón de un arbitrario principio teórico (la producción, en correspondencia con los derechos constitucionalmente establecidos, de los correlativos deberes), como si la teoría pudiese desarrollar funciones legislativas. En segundo lugar, contradice el postulado del constitucionalismo, puesto que desconoce el rango superior respecto de cualquier otra fuente de las normas constitucionales y de los derechos reconocidos en ellas, cuya existencia no puede estar subordinada a la producción (obligatoria) de sus leyes de desarrollo, ya que una tesis de este tipo equivaldría, como escribe correctamente Michelangelo Bovero, a decretar el poder del legislador de neutralizar, de abrogar o, en cualquier caso, de derogar la constitución, ocultando así su violación³⁰.

²⁸ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit, 29, a, pág. 150 [*Teoría pura del derecho*, cit.]: “Si se define como ‘derecho’ la relación entre un individuo (frente al que otro individuo está obligado a un cierto comportamiento) con este último individuo, el derecho en cuestión es solamente un reflejo de este deber”; Id. *Teoría generale del diritto e dello stato*, cit., parte I, VI, A, pág. 76 [*Teoría general del derecho y del estado*, cit.]: “por lo tanto, no existe ningún derecho para alguien sin un deber jurídico para otro. El contenido de un derecho es en definitiva el cumplimiento del deber de otra persona”; véase: C, a, pág. 77: el derecho “no es sino el correlativo de un deber”.

²⁹ H. Kelsen, *Teoría*, cit., C, d, 82-83 [*Teoría general del derecho y del estado*, cit.]. “En este sentido —prosigue Kelsen— esta norma constituye ‘su’ ley. Solamente si la aplicación de la norma jurídica, la ejecución de la sanción, depende de la voluntad de un individuo dirigida a este objetivo, solamente si la ley está al servicio de un individuo, ésta se puede considerar ‘su’ ley, su ley objetiva, y esto significa un ‘derecho subjetivo’”. Entonces: “El derecho subjetivo debe consistir no ya en el interés presunto, sino en la protección jurídica (...) El derecho subjetivo, en suma, no es más que el derecho objetivo” (ibid., C, c, pág. 81); “la esencia del derecho subjetivo, que no es más que el simple reflejo de un deber jurídico, consiste en el hecho de que una norma jurídica atribuye a un individuo el poder jurídico de hacer valer el incumplimiento de un deber jurídico mediante una acción judicial” (*La dottrina pura*, cit., 29, d, pág. 159) [*Teoría pura del derecho*, cit.].

³⁰ M. Bovero, “Derechos, deberes, garantías”, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo*, cit., págs. 237-238.

Por el contrario, la estructura nomodinámica del derecho positivo impone la distinción entre los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sus garantías legislativas. Y es que en un sistema nomodinámico, como el propio Kelsen ha enseñado, la existencia de las normas está ligada a un hecho empírico, esto es, al acto de su producción. Por tanto, es muy posible que, estipulado un derecho fundamental en una norma constitucional, no exista (aunque debería existir) la obligación o la prohibición correspondiente, a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preverlas. Asimismo, es muy posible que, contemplada la facultad de un comportamiento, por ejemplo un derecho de libertad, exista (aunque no debería existir) la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé. Es muy posible, en otras palabras, que en ordenamientos complejos, articulados en varios niveles, se produzcan *lagunas* y *antinomias*. Esta posibilidad es un corolario del constitucionalismo rígido, cuyo rasgo característico es, por lo tanto, el espacio virtual que éste abre a la existencia de un *derecho ilegítimo* originado en el posible desconocimiento por parte del legislador de su obligación de aplicar las normas constitucionales.

Es precisamente esta obligación —la obligación de una legislación de desarrollo, que consiste en la introducción de las garantías primarias y secundarias ausentes— la que completa la garantía constitucional positiva de los derechos constitucionalmente establecidos. No es verdad, por lo tanto, que la ausencia de garantías legislativas primarias y secundarias equivalga a la ausencia para el legislador de toda obligación, de manera que, como escribe Guastini, debamos, o abandonar la definición de “derecho subjetivo” como expectativa a la que corresponde un deber, o bien negar la existencia del derecho aunque estuviese constitucionalmente establecido.³¹ Como bien ha indicado Michelangelo Bovero,³² sí que existe una obligación, y es precisamente la de introducir las garantías correspondientes en el derecho estipulado. Esta obligación de una legislación de aplicación, precisamente, es la garantía constitucional positiva primaria de los derechos constitucionalmente establecidos. Se trata, ciertamente, de una *garantía débil* bajo un doble aspecto. En primer lugar, por la dificultad de asegurar su eficacia a través de una garantía constitucional positiva secundaria como sería el control jurisdiccional de constitucionalidad de las lagunas. En segundo lugar, porque ésta sería, por decirlo así, una meta-garantía, que consistiría en la obligación de introducir legislativamente las *garantías fuertes* constituidas por las *garantías primarias y secundarias* que corresponden al derecho constitucionalmente establecido.

Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, por lo demás, requieren una legislación de desarrollo que estipule sus garantías, ya que éstas no se producen, como sucede con los derechos patrimoniales, al mismo tiempo que los derechos garantizados. Tómese como ejemplo la estipulación constitucional del derecho a la vida o de un derecho de libertad como el *habeas corpus*, o incluso de un derecho social como el derecho a la salud. En ausencia de la prohibición penal del homicidio, o de las garantías procesales de la libertad personal, o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias—, tales derechos están destinados a permanecer sobre el papel. Pero no diremos, ciertamente, que éstos no existen sólo porque no exista, como exige la definición de derecho subjetivo, la prohibición o la obligación que les corresponde. Existe, de hecho, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes, es decir, de colmar la laguna, lo cual respalda y satisface, como garantía constitucional positiva, la tesis teórica del nexo de implicación entre derechos y garantías.

³¹ R. Guastini, “Tre problemi...”, cit., págs. 43-44 [“Tres problemas...”, cit.].

³² M. Bovero, “Derechos, deberes y garantías”, cit., págs. 238-243.

Ahora bien, es precisamente en la laguna o en la ineficacia de las garantías legislativas, esto es, de las leyes de desarrollo de los derechos constitucionales establecidos (en especial de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación y a la subsistencia) donde reside hoy el principal factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos. La ausencia de garantías es casi total en el derecho internacional. Con la sola excepción de la Corte Penal Internacional instituida para juzgar los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional prácticamente carece de instituciones de garantía. Esto es a tal punto así que podemos identificar la globalización, en el plano jurídico, como un vacío casi total de una esfera pública, esto es, de garantías a la altura de todos los derechos fundamentales proclamados de manera solemne en declaraciones y convenios internacionales de derechos humanos.

Pero también en el plano estatal las democracias constitucionales están incompletas en relación con los prolijos catálogos de principios y de derechos establecidos en sus rígidas constituciones. Ante todo, faltan en muchos ordenamientos las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y sobre todo, faltan técnicas jurídicas idóneas para obligar a los poderes públicos a introducirlas. Faltan incluso, en muchos casos, las técnicas garantistas adecuadas para impedir o reparar el desmantelamiento en curso en muchos países de las garantías sociales existentes. También para los derechos de libertad, por otro lado, las clásicas garantías primarias que prohíben su lesión y las secundarias que condenan su vulneración y anulan las normas contrarias a ellos, resultan de todo punto inadecuadas frente a las viejas y nuevas insidias y agresiones por parte, no sólo de los poderes políticos, sino también de los grandes poderes económicos privados. Incluso los derechos políticos se pueden frustrar, allí donde el ordenamiento no disponga de eficaces defensas jurídicas, en razón de los métodos electorales adoptados, de la concentración de los medios de información y de las lesiones provocadas a la representación por las derivas plebiscitarias y los conflictos de intereses.

Todas estas lagunas y estos diferentes elementos de ineficacia deben leerse como otros tantos factores de ilegitimidad. Podemos, en efecto, identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional con el grado de eficacia de las garantías de los derechos constitucionales que se reconocen en ella. Y podemos, también, identificar su ilegitimidad con sus vulneraciones, o peor, con su laguna. Precisamente, la identificación de estos rasgos de ilegitimidad es la tarea más relevante, tanto científica como política, que el constitucionalismo confiere hoy a la ciencia jurídica. Ésta no resulta ni concebible ni practicable como mera contemplación y descripción del derecho vigente, según el viejo método técnico jurídico. Por el contrario, la propia estructura jerárquica del ordenamiento la inviste de un papel crítico respecto de las antinomias y de las lagunas que los diferentes desniveles generan en éste, así como de un papel propositivo respecto de las técnicas de garantía idóneas para superarlas o al menos para reducirlas.