

LUIGI FERRAJOLI

**EPISTEMOLOGÍA
JURÍDICA
Y GARANTISMO**



Primera edición: 2004

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-479-0

© Luigi Ferrajoli

© Distribuciones Fontamara, S. A.

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen

Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.

Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Impreso y hecho en México

Printed and made in Mexico

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales objetivos de una teoría del derecho es suministrar las herramientas conceptuales necesarias para distinguir entre enunciados jurídicos verdaderos y falsos. Identificar las condiciones de verdad de estos enunciados y las condiciones en las que estamos justificados en sostener ciertas creencias acerca del derecho forman parte del repertorio clásico de los problemas epistemológicos que afligen recurrentemente a los juristas. No es difícil señalar ejemplos de estos problemas: ¿Qué determina la corrección de un argumento jurídico? ¿Cuáles son las diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación moral? ¿Es necesario construir diferentes teorías del derecho cuando se reconoce la relevancia de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo? Proporcionar una respuesta adecuada a estas interrogantes y a otras de similar tenor ha sido una parte central de diferentes programas de investigación en la filosofía del derecho contemporánea. Sin embargo, los recursos empeñados en el análisis de estas cuestiones no parecen guardar directa proporción con los avances acerca de la manera en que deben abordarse y resolverse estos problemas. Los juristas y filósofos del derecho parecen debatir interminablemente, y sin posibilidad cierta de progreso, acerca de lo que debe reunir una buena respuesta a los problemas centrales de su disciplina. De esta manera, la respuesta a la pregunta “¿Qué es lo que conocemos cuando conocemos el derecho?” parece siempre provisoria y abierta a debate.

A menudo, como señala Hart en un conocido párrafo de *The Concept of Law*, las dificultades que enfrentan los juristas cristalizan en afirmaciones paradójicas o extravagantes y, a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas en las que esas afirmaciones son descartadas sin mayor preocupación, en la teoría del derecho, ellas son con frecuencia el resultado de estudios elaborados por prestigiosos teóricos, bien familiarizados con su disciplina de trabajo. Aún más sorprendente es que esas afirmaciones extravagantes, normalmente son importantes y ponen de manifiesto aspectos relativamente descuidados de nuestras prácticas jurídicas. En este sentido, el análisis de los problemas conceptuales con que se enfrenta el jurista requiere de un esfuerzo consistente de discusión, depuración y reconstrucción de doctrinas y propuestas alternativas. Esta tarea no debe producir sorpresa ya que nos encontramos con similares propuestas en otras investigaciones filosóficas. En palabras de G. H. von Wright:

Cualquier argumento acerca de una posición básica, digamos, el determinismo, tendrá que superar o trascender los argumentos de un punto de vista opuesto. Superación, rara vez significa solamente refutación; normalmente, también involucrará una aceptación parcial de la posición opuesta. Una contribución a la filosofía bien fundamentada es un elemento en un diálogo que el próximo contribuyente no podrá pasar por alto si ha de estar al nivel con esos desarrollos [...] Gracias a este hecho, se puede hablar de *progreso* en filosofía, aún cuando no existan modos de *resolver* los desacuerdos básicos.¹

Tal vez la conclusión de von Wright acerca de la imposibilidad de resolver desacuerdos básicos sea demasiado pesimista.² Sin embargo, aunque puede haber dudas acerca de la natu-

¹ G. H. von Wright, "Intellectual Autobiography", en *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, P. Schilpp, et. al. (eds), La Salle, Open Court, 1989, p. 52.

² Para un enfoque diferente acerca de la solución de problemas conceptuales y progreso en teoría del derecho véase: J. Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 1-38.

raleza y posibilidad de solución de los problemas filosóficos, es más fácil acordar acerca de la necesidad de vincular el progreso en filosofía con la discusión racional de enfoques alternativos. Si esta caracterización del debate filosófico fuese correcta, entonces es posible extraer una importante conclusión, particularmente relevante para la filosofía del derecho: una discusión filosófica fructífera exige una buena presentación de doctrinas alternativas, un conocimiento sólido de los contextos en que han surgido sus principales ideas y una considerable dosis de talento para detectar sus novedosas consecuencias.

Estas tres virtudes asociadas al desarrollo y progreso en filosofía, *imparcialidad* en la reconstrucción de alternativas teóricas, *dominio* de los acontecimientos culturales asociados al surgimiento y consolidación de propuestas teóricas o diseños institucionales, y *creatividad* en el análisis crítico, están presentes de manera sobresaliente en los diferentes trabajos que Luigi Ferrajoli ha publicado a lo largo de casi cuatro décadas de investigación en teoría del derecho, lógica deóntica, filosofía política y teoría moral.

Ferrajoli es un notable filósofo del derecho y su influencia no se agota en los ámbitos de la teoría del derecho. Por el contrario, al igual que otros conocidos teóricos, sus escritos también han marcado rumbos decisivos en otras disciplinas, por ejemplo en el derecho penal o el derecho constitucional.³ En *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ferrajoli muestra la importancia que tiene para el filósofo del derecho una clara comprensión de los problemas que ocupan a los juristas dogmáticos y a los encargados de desarrollar políticas sociales con

³ Los vínculos entre filosofía del derecho y los estudios de derecho positivo son muy importantes, y muchas contribuciones de filósofos del derecho son consideradas clásicas para el estudio del Derecho Internacional Público (e.g. Kelsen, Ross); Derecho Penal (e.g. Hart, Ross, Michael Moore, Luhman), Derecho Constitucional (Kelsen, Dworkin, Guastini). De igual modo, no es infrecuente que las doctrinas elaboradas en el contexto de análisis de una disciplina específica tenga una fuerte influencia entre los teóricos del derecho. En este sentido, un notable ejemplo es la influencia que Beccaria ejerció sobre el joven Bentham. Al respecto véase H. L. A. Hart, "Beccaria and Bentham", en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 40-52.

ayuda del derecho. En particular, en ese trabajo Ferrajoli delinea y defiende las tesis centrales del garantismo penal. Sus presupuestos conceptuales y sus herramientas de análisis están firmemente anclados en la filosofía analítica y el positivismo jurídico.

Las expresiones “filosofía analítica” y “positivismo jurídico” pueden suscitar confusión ya que no siempre son utilizadas de manera unívoca. No es este el lugar propicio para ofrecer una caracterización de estas corrientes de pensamiento y sólo destacaremos que una marca característica de la filosofía analítica es su interés por el lenguaje. Al respecto, Eugenio Bulygin ha señalado:

La preocupación constante por el lenguaje no sólo ha permitido afrontar con mayor rigor muchos problemas filosóficos tradicionales, sino que ha tenido efectos, por así decirlo, colaterales: el cultivo intensivo de la lógica y el nacimiento de una nueva disciplina filosófica, la semántica.⁴

La lógica y la semántica ocupan un lugar preponderante en los trabajos de Ferrajoli. Un buen testimonio de esta preocupación son los dos primeros trabajos de esta compilación: “La semántica en la teoría del derecho” y “La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y la aplicación de las leyes”. En estos trabajos, Ferrajoli enfrenta algunos de los problemas centrales de una epistemología del derecho, e.g. los diferentes objetos de conocimiento asociados a diferentes teorías del derecho, las diferencias epistemológicas entre punto de vista interno y externo, las tensiones entre normativismo y realismo jurídico, las conexiones y diferencias entre verdad empírica y verdad jurídica, la científicidad del discurso jurídico, etc.

Entre los aportes más relevantes de Ferrajoli a la teoría del derecho, se encuentra su reconstrucción teórica del garantismo.

⁴ Eugenio Bulygin, “Filosofía Analítica, logica e diritto”, en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turin, Giappichelli, 1996, p. 10.

Entre los diversos sentidos de esta expresión, Ferrajoli se interesa principalmente por las referencias a:

- (I) el Estado de Derecho y sus niveles de deslegitimación;
- (II) a la teoría del derecho y a la crítica jurídica, y
- (III) a la filosofía del derecho y la crítica de la política.⁵

Al respecto, él señala:

Estas tres acepciones de “garantismo”, de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo [...] Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente, es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad –de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral– estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas –jurídicas y políticas– que permiten poner de manifiesto.⁶

Este párrafo ilustra, claramente, que Ferrajoli no defiende una teoría positivista del derecho o una ideología de exaltación del derecho positivo.⁷ Su adhesión al positivismo jurídico, en cambio, se limita a su enfoque o metodología, y por ello sostiene que “el principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser...”⁸ A su vez, otra de las tesis

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 851-854.

⁶ *Ibid.*, p. 854.

⁷ Para una diferencia entre un enfoque positivista, una teoría positivista y una ideología del derecho positivo, véase Bobbio.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón...*, *op. cit.*, p. 854.

características de un enfoque positivista, la dependencia del derecho de decisiones de las autoridades, se afirma una y otra vez a lo largo de su obra. Así, al analizar las relaciones entre garantismo y positivismo jurídico, afirma:

La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma "legal", "convencional", o "artificial", es decir, "positiva" del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se autonomiza como "objeto" o "universo" empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas.⁹

Algunas veces la filosofía analítica y el positivismo jurídico han sido cuestionados por su esterilidad, su énfasis en aspectos formales de los fenómenos sociales sin comprometerse ni resolver problemas sociales o filosóficos sustantivos.¹⁰ En este sentido, David Dyzenhaus ha impugnado que el positivismo jurídico pueda ofrecer una respuesta interesante a, por ejemplo, el papel que los jueces tienen en un Estado de Derecho:

Se sigue que el positivismo jurídico [...] no juega ningún papel en los debates políticos acerca del rol de los jueces en la sociedad. Así, parece que la filosofía del derecho, al menos tal como es concebida por el positivismo jurídico, es una empresa aún más esotérica que lo que sus críticos suponen que es. Por ejemplo, no tendría casi nada que decir acerca de los debates que crecen en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América acerca del papel apropiado para los jueces en la revisión de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review in public law*).¹¹

⁹ *Ibid.*, p. 869.

¹⁰ Acerca de esta crítica a la filosofía analítica, véase Dummet, M., *The Logical Basis of Metaphysics*, pp. 1-8.

¹¹ Dyzenhaus, D., "The Legitimacy of Law: A Response to Critics", en *Ratio Juris*, núm. 7, 1994, p. 81.

No es nuestra intención abrir una polémica sobre las afirmaciones de Dyzenhaus, pero es probable que ellas causen sorpresa a quienes están familiarizados con los textos de Ferrajoli. A lo largo de su extensa obra, Ferrajoli ha intentado responder de manera articulada a la pregunta de cuál es el papel que los jueces deben jugar en el moderno Estado de Derecho, que ejemplifica una diversidad de pautas normativas (*i.e.* reglas y principios) y una apertura explícita y sin precedentes al discurso moral. Un claro testimonio de la preocupación de Ferrajoli por los compromisos de jueces y juristas en un Estado Constitucional se refleja en su trabajo, "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el estado constitucional de derecho", incluido en este volumen. Allí, Ferrajoli no sólo insiste en el desarrollo de recursos teóricos inherentes al positivismo y critica a quienes (*i.e.* los "paleopositivistas") se niegan a admitir los cambios que ha representado el modelo constitucional de Estado de Derecho, sino que también advierte sobre la necesidad de una ciencia jurídica militante en la defensa de la libertad, la igualdad y la justicia.

En los modernos Estados de Derecho, la autoridad normativa ha subordinado la validez de las normas a su adecuación a contenidos sustantivos expresados mediante principios constitucionales. En este sentido, no sólo los jueces sino también los juristas tienen que distinguir cuidadosamente entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. La validez de las normas jurídicas está subordinada a su adecuación a pautas morales, y ello significa que las probables antinomias que se encuentran en los ordenamientos jurídicos entre preceptos constitucionales y las leyes ordinarias no tienen sólo una importancia teórica sino también un profundo ingrediente moral y una directa repercusión sobre la democracia. Por esa razón, Ferrajoli afirma en el último trabajo incluido en este volumen, "Iuspositivismo Crítico y Democracia Constitucional", que:

...la dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De

la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.¹²

Tal vez estas respuestas a las relaciones entre las estructuras normativas, nuestras expectativas morales y un adecuado diseño institucional no sean definitivas, pero son indudablemente valiosas. Como hemos señalado al comienzo de esta presentación, tal vez la búsqueda de una respuesta definitiva a los problemas filosóficos sea sólo una ilusión, pero indudablemente, el progreso en teoría del derecho no será posible sin un amplio debate de las ideas y aportes de Ferrajoli.

*José Juan Moreso**
*Pablo E. Navarro***

¹² Ferrajoli, Luigi, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional". Se cita según la versión publicada en *Isonomía*, núm. 16, 2002, p. 13.

* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

** CONICET, Argentina.

PRIMERA PARTE

METATEORÍA DEL DERECHO

LA SEMÁNTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO*

1. LA EXTENSIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Por “objeto” o “universo del discurso” o “modelo semántico” de la (o de una determinada) teoría del derecho entiendo aquí, sumariamente, el conjunto de cosas y/o de experiencias de las cuales la (o una determinada) teoría del derecho habla. El único presupuesto metateórico de esta noción tan general es que la teoría del derecho se conciba como una teoría que no es ni analítica ni filosófica, sino empírica: es decir, como una teoría cuyos términos y cuyas tesis mantienen una relación semántica con un determinado ámbito de la experiencia o de la realidad. Este ámbito de la experiencia o de la realidad es precisamente aquel que convenimos en denominar con la palabra “derecho”. Precisamente –si se acepta que el denominado “derecho natural” no se corresponde con ningún ámbito de la experiencia o de la realidad empírica– se trata del derecho positivo (o de los derechos

* El presente escrito ofrece los resultados de una primera reflexión sobre la semántica de la teoría del derecho conectada con un trabajo de teoría del derecho en curso de elaboración. Quedan fuera del presente trabajo el examen de la dimensión pragmática y de la dimensión sintáctica del lenguaje teórico-jurídico que requieren un tratamiento separado. Traducción de José Juan Moreso.

positivos) espacialmente e históricamente observable (u observables).¹

Es cometido de la (metateoría) semántica de la teoría del derecho la identificación del conjunto de cosas y/o experiencias que forman el objeto de la teoría del derecho y respecto de las cuales las tesis en ésta formuladas pueden ser interpretadas y verificadas. Distinguiré la cuestión del "objeto o "universo" de la teoría del derecho, o bien de su "interpretación semántica", en dos cuestiones más precisas que se corresponden grosso modo a los dos significados de "significado", comúnmente distinguidos en la teoría lógica. La primera cuestión es la que puede denominarse de la "extensión" de la teoría del derecho, es decir, del campo de investigación por ella denotado. La segunda cuestión, es aquella que puede llamarse de la "intensión" de la teoría del derecho, es decir, de los contenidos conceptuales en ella expresados o connotados.

La cuestión de la extensión de la teoría del derecho se identifica con la de los ámbitos de la experiencia a los cuales la teoría puede aplicarse y en referencia a los cuales sus tesis deben resultar verdaderas. Se relaciona, ciertamente, la extensión de la teoría con el (discutible) carácter "general" comúnmente asociado a la teoría del derecho en la locución "teoría general del derecho". De la extensión me limitaré a decir, en estas páginas, que queda confiada a la libre elección del teórico y, en cualquier caso varía, con arreglo a un conocido principio lógico, en relación inversa con la intensión de la teoría.² Pueden conjeturarse dos casos límites. Puede darse el caso de una teoría del derecho

¹ Hay un nexo evidente entre "empirismo jurídico" o concepción de la teoría del derecho como teoría empírica en lugar de filosófica, y "positivismo jurídico" o identificación del objeto de la teoría y de la ciencia del derecho con el derecho "positivo", o bien, según las palabras de Norberto Bobbio, con el derecho "como hecho" en lugar de "como valor", o con el "derecho real" en lugar de con el "derecho ideal", o con el "derecho como es" en lugar de con el "derecho como debe ser" (Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1961, pp. 190 y 196; *Id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità, 1965, p. 105; *Id.*, *Intervento alla Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 70).

² E. Nagel, *La struttura della scienza*, trad. it. de C. Sbiorgi y A. Monti, Milano, Feltrinelli, 1968, pp. 111 y 159.

que asuma como referencia empírica propia todos los derechos positivos existentes y pasados, o incluso aquellos posibles o pensables, de los ordenamientos jurídicos de las comunidades primitivas a aquellos evolucionados y complejos de los Estados modernos hasta el derecho internacional. Puede darse, en el extremo opuesto, el caso de una teoría del derecho cuyo universo del discurso sea programáticamente circunscrito a un sólo sistema jurídico: por ejemplo, el derecho positivo italiano del día 31 de diciembre de 1982, o el derecho positivo romano en la época de las XII Tablas. En el primer caso, especialmente difundido entre los filósofos del derecho de formación idealista, tendremos una teoría del derecho tendencialmente filosófica, dedicada a la elaboración de conceptos jurídicos universales en cuanto idóneos para ser aplicados o interpretados en todos los ámbitos de la experiencia jurídica posibles y que, por lo tanto, será una teoría del derecho no sólo extremadamente general sino también extremadamente genérica y elemental, dotada de la máxima extensión pero de una intensión mínima, y por ello con escasa capacidad analítica y explicativa en relación con las estructuras tan diferenciadas exhibidas por los diversos derechos positivos. En el segundo caso tendremos, por el contrario, una teoría del derecho que tiende a identificarse con la dogmática jurídica del derecho positivo específico con referencia exclusiva al cual sus tesis deben resultar verdaderas, y que por lo tanto será una teoría del derecho ni general ni generalizable, de un alcance explicativo limitado al ámbito específico de experiencia asumido como su campo de observación, y por ello dotada de una intensión máxima pero de una mínima extensión o alcance empírico.³

³ Es dudoso, en los dos casos límites examinados, que sea lícito hablar de la teoría del derecho en el sentido de "teoría empírica". En el primer caso, se corre el riesgo de que se diluya el carácter "empírico" de la teoría, puesto que en cuanto orientada a establecer normativamente las condiciones abstractas o ideales en presencia de las cuales se puede hablar de "derecho" se dedica a la formulación de conceptos *a priori* de la experiencia, no anclados en ningún campo de observación, y por ello tendencialmente filosóficos. En el segundo caso, se corre el riesgo de que se diluya el carácter de "teoría" del discurso elaborado, puesto que en cuanto referido exclusivamente a un ámbito específico de la experiencia jurídica no se distinguiría de los discursos observacionales desarrollados por la dogmática jurídica.

Las teorías del derecho más importantes desarrolladas en este siglo representan una vía intermedia: no son teorías “generales” (aunque a menudo reivindican esta calificación), en el sentido que no son interpretables o verificables en todos los ámbitos de la experiencia jurídica existentes y pasados o incluso posibles, sino que sólo lo son con referencia a sistemas jurídicos históricamente determinados como son los derechos estatales modernos. Y tampoco son teorías del derecho de alcance o extensión limitada a un sólo sistema jurídico, puesto que la capacidad explicativa y el alcance empírico de sus términos y de sus tesis hacen referencia a varios sistemas de derecho positivo, si bien homogéneos entre sí. Lo que aquí importa dejar sentado es que toda teoría del derecho, en cuanto teoría *empírica*, tiene siempre un campo de observación espacial y temporalmente determinable, cuya extensión es inversamente proporcional a la intensidad de la teoría; y que por otra parte el atributo “general”, asociado habitualmente a “teoría del derecho”, es una expresión a la vez equívoca y redundante, que alude solamente al alcance empírico más amplio que cualquier teoría del derecho, en cuanto *teoría*, posee en relación con las dogmáticas específicas de los sistemas específicos del derecho positivo.

2. EL NORMATIVISMO Y EL REALISMO JURÍDICO

La segunda cuestión, indicada al comienzo, referida al objeto o universo de la teoría del derecho es bastante más compleja. Ya no trata de la extensión de la palabra “derecho” o de los ámbitos de experiencia a los cuales la teoría del derecho es aplicable, sino de las connotaciones intensionales de los términos y de las tesis teóricas que a ellos se refieren. Y requiere por ello que sea elucidada la naturaleza específica de la experiencia empírica en relación con la cual es posible determinar la verdad de las tesis de la teoría.

¿Qué se entiende por “experiencia empírica”? En un sentido aproximado, pero suficientemente claro para nuestros fines, se entiende el conjunto de hechos que en el lenguaje común llama-

mos “hechos observados”, sean cuales fueren los instrumentos, los métodos y los procedimientos usados para su observación.⁴ El problema semántico que en sede de metateoría del derecho debemos afrontar es entonces: ¿cuáles son los “hechos observados” de la teoría del derecho, y más en general de la ciencia jurídica?

Esta pregunta tiene dos posibles y diferentes respuestas. La primera respuesta es que los “hechos observados” de la teoría, y más en general de la ciencia del derecho, son las *normas jurídicas*, es decir el conjunto de reglas más o menos codificadas que componen los sistemas de derecho positivo. Estos hechos, como es sabido, tienen una naturaleza particular: son hechos lingüísticos, esto es, fenómenos que aun si no expresados en textos lingüísticos codificados, son en cualquier caso representables como proposiciones con sentido y que tienen función prescriptiva. En los derechos positivos modernos, como resultado de la unificación, concentración y reglamentación estatal de las fuentes de producción del derecho, estas proposiciones se hallan incluso formuladas y sistematizadas en documentos normativos cuyo conjunto se presenta como un universo lingüístico complejo y articulado --el discurso del legislador, expresado en un lenguaje legal más o menos tecnificado-- caracterizado por una unidad interna, una coherencia relativa y una tendencial completud.

Pero existe una segunda respuesta que puede darse a la pregunta acerca de la naturaleza de la experiencia empírica estudiada por la ciencia jurídica. Consiste en afirmar que los “hechos observados” por la teoría y por la ciencia del derecho son, en general, los *fenómenos jurídicos*, entendiendo por esta expresión los comportamientos de los seres humanos con relación a un determinado sistema de derecho positivo y el modo en que éste concretamente funciona. Estos fenómenos no son únicamente hechos lingüísticos ni mucho menos son sólo proposiciones normativas. Consisten, en lugar de en normas, en actividades,

⁴ Braithwaite, R. B., *La spiegazione scientifica*, trad. it. de G. Jesurum, Milano, Feltrinelli, 1966, p. 8.

acaecimientos, personas, relaciones entre personas, procedimientos, orientaciones interpretativas, prácticas legales o ilegales de los órganos públicos y en particular de aquellos responsables de las decisiones jurisdiccionales; esto es, en el conjunto de todas las cosas y las experiencias de las que habla (y tal vez de las que no habla) el discurso del legislador y que, en cualquier caso, son en relación con dicho discurso jurídicamente calificables.

Como es sabido, estas dos diversas respuestas a nuestra interrogación sobre la naturaleza de la experiencia empírica asumida como universo del discurso de la teoría del derecho han sido ambas ofrecidas en sede de filosofía de la ciencia jurídica. La primera respuesta, es aquella que caracteriza la teoría del derecho como una teoría *normativista* y la ciencia jurídica como una ciencia normativa, en el sentido que más adelante será precisado, además de descriptiva (de normas jurídicas). La segunda respuesta, es aquella que caracteriza la teoría del derecho como una teoría *realista* y la ciencia jurídica como una ciencia sociológica puramente descriptiva (de los fenómenos jurídicos). Los universos del discurso de estos dos enfoques teóricos distintos son, como es obvio, profundamente diversos, y se corresponden a dos distintos modelos semánticos o de interpretación empírica del derecho. El primer modelo es aquel que representa la *dogmática jurídica*, que tiene por campo de observación inmediato las normas vigentes puestas por el legislador de las cuales determina el sentido y las condiciones formales de validez, y sólo mediatamente los fenómenos jurídicos de los cuales las normas hablan. El segundo modelo está representado por la *sociología jurídica*,⁵ que tiene como campo de observación in-

⁵ La expresión "sociología jurídica" (o "del derecho") es aquí usada en el sentido muy extendido indicado por Alf Ross, esto es, para referirse a los estudios no sólo sociológicos, sino también politológicos, "psicológicos e históricos sobre el derecho en acción", es decir entendido como fenómeno de la vida social (Ross, A., *Diritto e giustizia*, trad. it., de G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1965, p. 20, nota 1).

Se comprende que los conceptos de "dogmática jurídica" y de "sociología del derecho", como el de "teoría del derecho" aparecen aquí distinguidos en el plano metodológico a los fines de la diferenciación y caracterización semántica de los lenguajes y discursos respectivos. En la práctica, naturalmente, discursos teóricos, discursos dogmáticos y discursos sociológicos aparecen mezclados, y mezclados a su vez con

mediato los comportamientos humanos, con referencia a los cuales ella establece las condiciones sustanciales y el grado de efectividad de las normas que a dichos comportamientos se refieren. Por hacer uso de una conocida distinción propuesta por Herbert L. A. Hart, se puede decir que el primer modelo considera el derecho desde "el punto de vista interno", y el segundo desde "el punto de vista externo".⁶

Es claro que a estos dos modelos semánticos y a sus respectivos puntos de vista o universos del discurso corresponden instrumentos de observación y métodos de investigación y de control empírico diversos. El universo del discurso de la dogmática jurídica y de la teoría del derecho de corte normativista, consistiendo en un universo a su vez lingüístico, requiere como método específico de observación el *análisis del lenguaje legal*, es decir la interpretación jurídica⁷ de aquellos datos empíricos que consisten en las proposiciones normativas de las cuales se compone el discurso del legislador. Por el contrario, el universo del discurso de la sociología jurídica y de la teoría del derecho de corte realista, consistiendo en gran medida en un universo

discursos meramente factuales, juicios de valor, tesis de crítica del derecho o de la interpretación jurídica, tesis de política del derecho, tesis de metodología de la ciencia y de la interpretación jurídica.

⁶ Hart, H. L. A., *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. A. Cattaneo, Torino, Einaudi, 1965, pp. 68 y ss., 105 y ss., 121. El uso de la distinción entre "punto de vista externo" y "punto de vista interno" para explicar la diferencia en el enfoque para el estudio del derecho entre sociología jurídica y ciencia jurídica de corte iuspositivista (aquí llamada "dogmática") es propuesta por Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità, 1965, pp. 53-58.

⁷ Bobbio, N., "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 2, 1950, pp. 342-367, reeditado en U. Scarpelli, U., (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizione di Comunità, 1976, pp. 287-324. Es seguramente innecesario señalar el doble significado en el cual es usada, en estas páginas, la palabra "interpretación": en la expresión "interpretación semántica" o "empírica" de una teoría, designa, como será precisado en el apartado 5, la atribución de significado a los conceptos y a los enunciados de la teoría a través de proposiciones de correspondencia o de reducción idóneas para conectarlos con los datos empíricos observados; en la expresión "interpretación jurídica" designa la actividad misma de observación del jurista que, por la naturaleza lingüística del objeto observado, tiene carácter de análisis o reconocimiento del significado de los conceptos y de los enunciados empleados en el lenguaje normativo o legal o del legislador.

extralingüístico, requiere prevalentemente como métodos de investigación los instrumentos de la *observación sociológica*.

3. VERDAD JURÍDICA Y VERDAD FACTUAL

La diversidad de los modelos semánticos, antes mostrada, comporta también una diversidad de las condiciones en presencia de las cuales se puede afirmar que una proposición dogmática o sociológica de la ciencia del derecho es empíricamente verdadera. De hecho, mientras la verdad de las proposiciones de la sociología del derecho es una *verdad factual*, en sentido estricto, determinada como la de las proposiciones observacionales de cualquier otra ciencia empírica por su correspondencia con aquello que de hecho sucede, es bien diferente la verdad empírica predicable de las proposiciones de la dogmática jurídica, que es determinada por su correspondencia con el discurso normativo dictado por el legislador. Para establecer este segundo tipo de verdad, que convenimos en denominar *verdad jurídica*, lo que en realidad debe contemplarse no son los acaecimientos sino sólo las normas, o si se quiere los enunciados y los documentos normativos,⁸ que en la dogmática ocupan el lugar no sólo de la base observacional sino también del criterio exclusivo de verificación empírica.⁹ El significado de “normativismo” más que en la

⁸ Sobre la oportunidad de distinguir entre “enunciados normativos” y “normas”, entendidas como el resultado o producto de la actividad interpretativa sobre los primeros, *cf.* Tarello, G., “Studi sulla teoria generale dei precetti. I. Introduzione al linguaggio precettivo”, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Milano, Giuffrè, 1968, reeditado en *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 135-269; *Id.*, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 63-67. La distinción es ciertamente útil, con la cautela de que sea claro que la interpretación del enunciado normativo producida por la actividad interpretativa no es una norma, sino un enunciado sobre (aquello que dice) una norma, la cual es a su vez el mismo enunciado normativo en cuanto interpretado por el enunciado interpretativo. (Que la interpretación pueda ser el resultado o el producto de una decisión o de una propuesta en lugar de una constatación no la priva de su carácter asertivo, de igual forma a como tal carácter no es excluido por los postulados y por las definiciones de una teoría aunque éstos estén fundados, en el plano pragmático, de un modo análogo).

⁹ Naturalmente, en un sentido amplio de la palabra “factual” —es decir, en el sentido de “empírico” o “no analítico”— también la verdad jurídica es una verdad factual,

centralidad teórica asignada al concepto de "norma", reside precisamente en esta asunción metateórica de las normas como referencia semántica de los discursos de la ciencia jurídica. Esta referencia se manifiesta en el segmento metanormativo "una norma *n* dice que" (o "con arreglo a" o "conforme a la norma *n*" o similares) que siempre puede anteceder a las descripciones dogmáticas de los fenómenos jurídicos y que desempeñan la misma función en dicho contexto que la expresión "sucede (en el lugar *l* y en el tiempo *t*) que" frente a la descripción de los fenómenos empíricos: es decir, la función de aseverar una proposición descriptiva enunciando la correspondencia semántica con la realidad objeto de la investigación y que en el caso de las proposiciones de la dogmática está constituida por aquello que dicen las normas jurídicas positivas. (Una cuestión distinta, que remite a la semántica y a la pragmática del lenguaje normativo, es aquella que será analizada más adelante y que se refiere al grado de "decidibilidad" —o inversamente de "opinabilidad"— de la verdad jurídica aseverada con arreglo a la observación o interpretación de lo que las normas dicen).

El primero y más importante aspecto sugerido por la distinción entre verdad factual y verdad jurídica es que éstas son habitualmente divergentes. A la pregunta "¿cómo está castigado el hurto en el derecho italiano?" el jurista dogmático responderá dando lectura a los artículos 624 y 625 de nuestro código penal, es decir que "el hurto está castigado (o bien todos los hurtos están castigados) con reclusión hasta tres años y con la multa de doce mil a doscientas mil liras o con las penas superiores o inferiores previstas por las eventuales circunstancias agravantes o atenuantes". El sociólogo del derecho responderá por el contrario, previa lectura de los anuarios estadísticos y los sucesivos cálculos de las medias de las denuncias y de las condenas

puesto que es una verdad empírica referida a aquellos hechos lingüísticos específicamente observados por el jurista que son las normas jurídicas o, más precisamente, los enunciados y documentos o las fuentes normativas. Dicho lo anterior, las expresiones "verdad factual en sentido estricto" o simplemente "factual" y "verdad jurídica" bien pueden usarse inequívocamente para referirse, en el sentido que será definido, la primera a los acaecimientos de hecho y la segunda a aquello que de éstos dicen las normas.

por hurto en el periodo analizado (supongamos, el último decenio), que “sobre el 96% de los hurtos denunciados no son castigados y sus autores permanecen desconocidos” y que por lo tanto “no todos los hurtos (sino sólo una mínima parte de ellos) son castigados”. Las dos respuestas son en apariencia contradictorias, pero son ambas verdaderas. La respuesta dada con arreglo a las estadísticas es “factualmente verdadera”, pero también es “jurídicamente verdadera” la respuesta dada con arreglo al código penal. Por otra parte, es intuitivamente verdadero —si se considera que la primera respuesta equivale a “*sucede que* no todos los hurtos son castigados” y la segunda equivale a “*una norma n dice* que todos los hurtos son castigados”— que las dos verdades son entre sí perfectamente compatibles.

Para explicar con exactitud esta divergencia y esta compatibilidad es necesario analizar el significado de las expresiones “factualmente verdadero” y “jurídicamente verdadero” y las diversas condiciones en las cuales son predicables de una proposición. En particular, es necesario elaborar una noción semántica adecuada del concepto de “verdad jurídica”. Es útil, para tal fin, apelar a la teoría clásica de la verdad como “correspondencia”, según la cual una proposición es verdadera si y sólo si designa un estado de cosas existente. Como es sabido, partiendo de esta noción intuitiva, Alfred Tarski ha formulado su concepción semántica de la verdad construyendo la siguiente definición rigurosa y materialmente adecuada del término “verdadero”:

X es verdadero si y sólo si p

donde “*X*” es el nombre metalingüístico de “*p*” y “*p*” es un enunciado cualquiera (por ejemplo: *el enunciado “la nieve es blanca” es verdadero si y sólo si la nieve es blanca*).¹⁰

Esta equivalencia determina, según Tarski, “las condiciones en las cuales se pueden considerar adecuados, desde el punto de

¹⁰ Tarski, A., “The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics”, en *Philosophy and Phenomenological Research*, IV, 1994; reeditado en Linsky, A. (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, trad. it. de A. Meotti, Milano, Il Saggiatore, 1969, pp. 27-68.

vista material, el uso y la definición del término “verdadero”; y en consecuencia, que “toda equivalencia obtenida mediante la sustitución de “*p*” por un cierto enunciado y “*X*” por el nombre de este enunciado, puede considerarse una definición parcial de verdad, que explica en que consiste la verdad de este enunciado particular”.¹¹ Para comprender en qué consiste la verdad de los dos enunciados más arriba ejemplificados, y particularmente de aquél formulado con arreglo a una norma, no tendremos más que sustituir los dos enunciados mismos y sus menciones respectivamente por las variables “*p*” y “*X*” en la definición general de “verdadero” elaborada por Tarski:

- a) *Es verdadero que “sucede que no todos los hurtos son castigados” si y sólo si sucede que no todos los hurtos son castigados.*
- b) *Es verdadero que “una norma *n* dice que todos los hurtos son castigados” si y sólo si una norma *n* dice que todos los hurtos son castigados.*

Comúnmente, en los discursos jurídicos, aparece sobreentendido el segmento metalingüístico “una norma *n* dice que” (o “una norma”, o “con arreglo a”, o “conforme con la norma *n*” o similares) que figura en el *definiendum* de (b). Este segmento es precisamente el significado de la expresión “jurídicamente” asociada al término “verdadero” en la locución “jurídicamente verdadero”, del mismo modo en el que el segmento “sucede que” que aparece en el *definiendum* de (a) puede considerarse sinónimo de la expresión “factualmente” en la locución “factualmente verdadero”. Si convenimos en estas sinonimias, y con ello en las equivalencias entre “‘factualmente’ verdadero que” y “verdadero que ‘sucede que’ ” y entre “‘jurídicamente’ verdadero que” y “verdadero que ‘una norma *n* dice que’ ”, podemos transformar las dos equivalencias (a) y (b) por sustitución, en las siguientes:

¹¹ *Ibidem*, p. 32.

(a") Es "factualmente" verdadero que "no todos los hurtos son castigados" si y sólo si sucede que no todos los hurtos son castigados.

(b") Es "jurídicamente" verdadero que "todos los hurtos son castigados" si y sólo si una norma *n* dice que todos los hurtos son castigados.

Generalizando el procedimiento seguido hasta ahora, pueden formularse las dos siguientes definiciones materialmente adecuadas de "factualmente verdadero" y de "jurídicamente verdadero":

(a") *F* es "factualmente" verdadero si y sólo si *f*

(b") *G* es "jurídicamente" verdadero si y sólo si *g*

donde "*F*" está por el nombre de la proposición factual "*f*", sobre aquello que de hecho sucede, y "*G*" está por el nombre de la proposición jurídica "*g*", sobre aquello que una norma dice que debe suceder. Tanto "*F*" como "*G*" son proposiciones del metalenguaje semántico; "*f*" y "*g*" son proposiciones del lenguaje objeto del cual hablan "*F*" y "*G*" y que denominaremos "lenguaje factual" y "lenguaje jurídico" respectivamente; por último, las normas o "proposiciones normativas", de las cuales hablan las proposiciones jurídicas pertenecen a lo que denominamos "lenguaje normativo" (o tal vez "legal" o "legislativo" o "del legislador") y que es, a su vez, un lenguaje objeto en relación con el lenguaje jurídico.

Es importante subrayar que las dos definiciones propuestas de "verdad factual" y "verdad jurídica" no constituyen una duplicación del concepto tarskiano de "verdad", sino definiciones parciales del término "verdadero", referidas específicamente a los enunciados que analizan y obtenidas ambas por la forma de equivalencia propuesta por Tarski como definición general de verdad. Mientras la expresión "jurídicamente" equivale de hecho, según ha quedado establecido, a la fórmula "una norma *n* dice que" la cual forma parte de la proposición de la cual se predica la verdad en el metalenguaje semántico, la expresión "factualmente" es puramente pleonástica, y ha sido introducida

(como previamente su sinónimo "sucede que") sólo por contraposición a la expresión "jurídicamente". Tanto "jurídicamente" como "factualmente" no son connotados por el término "verdadero", sino que forman parte del contenido informativo de las proposiciones de las cuales se predica la verdad (y es por ello que tales expresiones figuran en nuestras definiciones entre comillas).¹² Y su función es únicamente la de indicar que las proposiciones de las que se habla hacen referencia a (o si se prefiere son "interpretadas" o "satisfechas" o "realizadas" por) dos distintos modelos semánticos o universos del discurso. Se puede, de hecho, constatar que mientras en (a), en (a") y en (a") el *definiens* es la descripción de un hecho extranormativo, o como se diría con la fórmula kelseniana del "ser" (o del "no ser") efectivo del fenómeno jurídico designado, en (b), en (b") y en (b") es la descripción de una norma, es decir, de un hecho a su vez lingüístico que enuncia el "deber ser" de tal fenómeno. Precisamente, el *definiens* en (b), en (b") y en (b") afirma dos cosas: la existencia de una norma ("una norma *n* dice") y aquello que ella dice o prescribe ("que todos los hurtos son castigados"). Lo primero es el "vigor" o la "vigencia" de la fuente normativa denotada por el enunciado;¹³ lo segundo, es el "sentido" o "con-

¹² Me parece que esta advertencia es suficiente para prevenir la eventual objeción de "realismo acritico" que podría plantearse a las definiciones parciales aquí elaboradas de "verdad factual" y de "verdad jurídica". Como Tarski mismo señala contestando a una objeción análoga (*ibidem*, pp. 54-55), las palabras "de hecho" (o "factualmente" o "sucede que" o similares) —y análogamente la palabra "jurídicamente"— pueden inducir a error (y por ello son poco recomendables) pero no afectan al contenido de la noción semántica de verdad, la cual no establece las condiciones en las cuales una proposición empírica puede ser afirmada como verdadera, sino sólo las condiciones de uso del término "verdadero": esto es, que siempre que afirmamos en un determinado lenguaje una proposición empírica (por ejemplo "una norma *n* dice que todos los hurtos son castigados") debemos también afirmar en un metalenguaje respectivo que dicha proposición es verdadera. En suma, decir que una proposición es jurídicamente verdadera si y sólo si dice aquello que dice una norma, deja completamente abierta la cuestión del sentido o contenido preceptivo de la norma designada, así como decir que la proposición "la nieve es blanca" es verdadera si y sólo si la nieve es blanca deja abierta la cuestión si de hecho la nieve es blanca.

¹³ Preciso ya desde este momento que la "existencia" de la norma designada por la proposición de la cual se predica la verdad y que hemos denominado con el término "vigor", nada tiene que ver ni con la "validez" ni con la "efectividad" de las normas.

tenido preceptivo" de la norma connotada o interpretada por el enunciado.¹⁴ Diremos, por lo tanto, que *una proposición es jurídicamente verdadera si y sólo si enuncia el sentido de una norma jurídica vigente*.

Dado que el lenguaje jurídico no es un lenguaje formalizado, lo anterior satisface, en mi opinión, todos los requisitos in-

"Validez" e "invalidez" y "efectividad" e "inefectividad" como se mostrará más claramente en el apartado 6, son todos términos predicables de las normas existentes o vigentes, y designan respectivamente su conformidad (o disconformidad) con las normas sobre su producción y la conformidad (o disconformidad) a ellas de los hechos de los que hablan. La existencia o el vigor de las normas es, por el contrario, el específico estado de cosas designado por las proposiciones jurídicas en correspondencia con el cual predicamos la verdad de dichas proposiciones.

Giovanni Tarello, después de distinguir entre preceptos y enunciados relativos a preceptos, critica la tesis según la cual "la adscripción de obligaciones y prohibiciones (por ejemplo "el matrimonio impone a los cónyuges la obligación recíproca de la convivencia, la fidelidad y la asistencia") tendría como "referencia (tal vez) una extraña contrapartida en la realidad que sería la existencia de una norma que adscribe obligaciones o prohibiciones" (Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi, op. cit.*, p. 248). Se puede acordar con esta crítica y con la tesis según la cual los enunciados prescriptivos no presentan "dependencia alguna de la realidad" (*ibidem*, p. 251), o sea que carecen de denotación o de referencia extensional (aunque es dudoso que pueda darse significado a enunciados preceptivos que prescriben comportamientos imposibles o, inversamente, necesarios). Es, en cualquier caso, difícil comprender qué diferencia hay entre decir que la referencia de la "proposición mejor expresada" por el enunciado "el artículo 143 de nuestro código civil dice que el matrimonio impone a los cónyuges la obligación recíproca de la convivencia, la fidelidad y la asistencia" —esto es, no por una norma (ni verdadera ni falsa), sino por su interpretación expresa mediante un enunciado verdadero o falso— es precisamente la "existencia" de la norma contenida en el artículo 143 de nuestro código civil, y el decir en su lugar que es "algo menos extravagante y más tangible, esto es, el hecho que cuando fue promulgado el código civil la promulgación se refería a un documento redactado en artículos numerados progresivamente, y el artículo con el número 143 consistía de aquellos grafemas que se correspondían a tales vocablos en lengua italiana dispuestos en un modo particular" (*ibidem*, p. 248). Este hecho —la promulgación— es precisamente aquello que Tarello denominaría una "enunciación" del enunciado normativo (*ibidem*, pp. 144-146). Pero no es una enunciación cualquiera, se trata de una enunciación realizativa, esto es, el hecho empírico positivamente normativo que ha dado vida o vigor o existencia a la norma (o si se quiere al "documento" normativo, que por otra parte no "consistía" sino todavía "consiste" "de aquellos grafemas...") y que en cualquier caso habilita para hablar a propósito de las normas jurídicas —a diferencia de las normas morales o de las costumbres— de normas "positivas" o "vigentes" o "dadas" o "producidas" por el legislador, como de los datos empíricos específicamente investigados por la dogmática jurídica.

¹⁴ Que lo que una proposición dice acerca de "lo que dice" una norma corresponda o no corresponda a aquello que la norma dice es una cuestión que guarda relación con los procedimientos adoptados para la interpretación de la norma, así como que la pro-

dicados por Tarski para que el uso del término "verdadero", a propósito de las proposiciones en él expresadas, no dé lugar a antinomias como la denominada "paradoja del mentiroso".¹⁵ En primer lugar, en el lenguaje jurídico están ausentes términos como "verdadero" o "falso": cuando estos términos comparecen —como por ejemplo cuando se habla de las normas sobre el falso testimonio o sobre el delito de falsedad— figuran de hecho en las normas, y se refieren no a otras normas reformulables en las correspondientes proposiciones del lenguaje jurídico, sino a los hechos de los cuales las normas hablan. Las normas, en otras palabras, no dicen nunca (ni sirven para prescribir) que un enunciado es verdadero, sino como máximo que es obligatorio o no obligatorio decir la verdad.¹⁶ En segundo lugar, el carácter co-

posición "la nieve es blanca" corresponda o no al hecho de que la nieve es blanca es una cuestión que guarda relación con los procedimientos de experimentación o de observación de la nieve (*cf. supra* la nota 12).

¹⁵ Estos requisitos son, en resumen: a) que el lenguaje al que pertenecen las proposiciones de las cuales se predica la verdad no sea "semánticamente cerrado, esto es, que no contenga términos como "verdadero" o "designa" o "define" o similares referidos a enunciados de este mismo lenguaje; b) que, en consecuencia, el lenguaje en el cual se predica la verdad sea un lenguaje distinto, el "metalenguaje, del lenguaje objeto, del cual se habla; c) que, en consecuencia, el metalenguaje sea un lenguaje más rico que el lenguaje objeto, que debe contener un nombre para cada uno de sus enunciados y, por lo tanto, contenerlo enteramente como una de sus partes (Tarski, A., *op. cit.*, pp. 33-42).

¹⁶ Otros términos semánticos que Tarski excluye que puedan pertenecer al lenguaje objeto son aquellos que expresan relaciones entre enunciados, como "designa" o "define". Estos términos comparecen efectivamente tanto en el lenguaje normativo cuanto en el lenguaje jurídico cada vez que aparecen definiciones legislativas y definiciones dogmáticas. Sin embargo, en estos casos la posibilidad de antinomias queda, en mi opinión, excluida por el carácter estrechamente vinculado de las definiciones dogmáticas, que como diremos más adelante son definiciones lexicográficas dirigidas a aclarar el sentido de las correspondientes palabras definidas o usadas normativamente por el legislador (cuando no subsiste este vínculo es porque la palabra de que se trata no está definida normativamente, y en tal caso nos hallamos ante, como diremos, un término teórico de la teoría del derecho). Sobre el carácter "vinculante" de las definiciones legislativas, *cf. Scarpelli, U., "La definizione nel diritto", en *Id.* (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio, op. cit.*, p. 194, que funda su tesis sobre la obligación de fidelidad a la ley; Belvedere, A., *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 161 y ss. que conecta el carácter vinculante de las definiciones legislativas al hecho de que ellas son normas como cualquiera otras. Para una reseña histórica amplia de las opiniones de los juristas sobre el tema, *cf. Tarello, G., L'interpretazione della legge, op. cit.*, pp. 157 y ss. La cuestión es de fondo. Si se desconoce el carácter vinculante de las definiciones y de las designaciones legislativas, y*

dificado del lenguaje de las normas, su formulación según reglas preestablecidas sobre la producción normativa y el hecho de que los enunciados en él formulados son todos, como se explicitará mejor en el siguiente apartado, identificados o identificables, permiten la distinción rigurosa entre el lenguaje normativo en el que las normas son formuladas, el lenguaje jurídico metalingüístico respecto al primero en el cual es posible reformular todo aquello que es dicho en las normas, y el metalenguaje semántico (respecto del primero meta-metalingüístico) en el cual se afirma la verdad o la falsedad de aquello que es dicho en el lenguaje objeto o jurídico en el cual las normas son reformuladas o interpretadas. Por último, la misma estructura codificada del lenguaje normativo permite dar un nombre, en el metalenguaje semántico, a todos los enunciados del lenguaje jurídico objeto, esto es, mencionar el contenido citando la fuente en la que comparecen los enunciados normativos a los que estos hacen referencia.

La singularidad del concepto de "verdad jurídica" es, por lo tanto, representada por el hecho de que el lenguaje jurídico objeto de cuyas proposiciones es predicable es un lenguaje que versa, a su vez, sobre otro lenguaje, el lenguaje normativo, que por otro lado determina, como más adelante diremos, sus reglas de formación. Las normas (o proposiciones normativas) son en suma los específicos hechos o estados de cosas —lingüísticos—

más en general de "aquello que dicen las normas", no sólo vendría comprometida la "fidelidad a la ley" del jurista y del operador jurídico, sino que sobretodo vendría suprimido cualquier criterio de control objetivo e intersubjetivo de la dogmática jurídica, de cuyas proposiciones no sólo no sería definible la verdad jurídica sin incurrir en antinomias sino que no sería ni siquiera posible argumentar jurídicamente la verdad o la falsedad. Por otra parte, si es verdad que las normas representan los hechos específicamente investigados por el jurista dogmático, la "fidelidad" (o adhesión o correspondencia) de principio a las normas tiene para él un valor análogo a aquel que tiene para todo científico la "fidelidad" (o adhesión o correspondencia) de principio a los hechos. Y es así incluso si un mismo enunciado normativo admite tal vez como posibles varias interpretaciones diversas, cuya verdad es como diremos a menudo indecidible, pero que en cualquier caso cada uno es argumentada jurídicamente como la que más se adhiere o corresponde a aquello que dice la ley (a su letra, o a su *ratio*, o al sistema normativo al que pertenece o al que ha devenido de manera compleja transformándose, según los criterios interpretativos adoptados).

de los cuales hablan o a los cuales se refieren las proposiciones jurídicas, las cuales son por ello jurídicamente verdaderas o falsas según su correspondencia o no correspondencia empírica con aquello que ellas dicen.¹⁷ Es difícil decir si esta circunstancia singular —y por ello el *status* semántico de enunciados verdaderos o falsos con arreglo a (o como sentido de) normas— justifique o excluya la caracterización de la dogmática jurídica como ciencia normativa, que como es sabido es una cuestión que ha dado lugar a interminables discusiones.¹⁸ Sin duda el adjetivo “normativa” es en este contexto impropio, dado que en rigor sólo son normativas las normas mientras las proposiciones jurídicas de la dogmática son enunciados sobre normas. Si, sin embargo, quiere usarse esta expresión a propósito de la dogmática jurídica, el único significado plausible, más allá del equívoco a ella asociable, es precisamente aquel conectado a la noción semántica aquí definida de verdad jurídica como verdad empírica que tiene como específica referencia o base de observación las normas, es decir su sentido o contenido y su existencia o vigor. Se dirá por tanto que la dogmática jurídica es una disciplina *normativa*, no tanto porque estudia o contiene o valora o funda normas, sino exclusivamente porque es enteramente interpreta-

¹⁷ Es también por esto que las normas, esto es las proposiciones pertenecientes al lenguaje normativo que forman el objeto de las proposiciones jurídicas, aún cuando puedan tener la misma forma literal que éstas últimas no son ni verdaderas ni falsas: decir que una norma es verdadera (o falsa) es de hecho un sinsentido no diferente al de decir que un objeto, por ejemplo un hecho, es verdadero o falso. Se comprende, desde este punto de vista, la diferencia entre la definición aquí propuesta de “verdad jurídica”, que se refiere a las proposiciones jurídicas que hablan de las normas y concibe éstas últimas como enunciados objeto, ni verdaderos ni falsos, y la definición de “verdad de las normas” formulada por Georges Kalinowski (“la norma *N* es verdadera si y sólo si *n*”) aunque también ésta se remite, en clave de cognoscitivismo normativo, a la forma de la definición tarskiana de verdad. (Kalinowski, G., “Il significato della deontica per la filosofia morale e giuridica, en Di Bernardo, G., (a cura di), *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 262).

¹⁸ *Cfr.*, en particular, Bobbio, N., “Essere e dover essere nella scienza giuridica”, en *Rivista di filosofia*, LVIII, 1967, pp. 235-262, reeditado en *Id.*, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 139-173; Wróblewski, J., “La normatività della scienza giuridica”, trad. italiana de G. Lombardi, en Scarpelli, U., (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio, op. cit.*, pp. 325-344; Kalinowski, G., *Disputa sulla scienza normativa*, trad. italiana de G. Ferrari, Cedam, Padova, 1982.

da y verificada por normas, a diferencia de la sociología del derecho que es enteramente interpretada o verificada por hechos y que es, por lo tanto, una disciplina puramente *descriptiva*.

De este modo hemos alcanzado, con las definiciones aquí propuestas de "verdad factual" y de "verdad jurídica", un criterio seguro y riguroso para caracterizar y distinguir sobre el plano semántico aquellas que hemos denominado "proposiciones factuales" y que son todas y sólo aquellas de las cuales es predicable únicamente la verdad (o falsedad) factual, y aquellas que hemos denominado "proposiciones jurídicas" y que son todas y sólo aquellas de las cuales es predicable la verdad (o falsedad) jurídica. Entre las primeras hay lugar no sólo para las "proposiciones sociológicas" o "factuales generales", sino también para las "proposiciones factuales singulares" que hablan de hechos concretos singulares: por ejemplo, "Ticio ha entregado hoy a Cayo la suma de un millón de liras", "Sempronio se encuentra actualmente detenido en la cárcel de Rebibbia" y similares. Hay lugar, también, entre las segundas, más allá de "proposiciones jurídicas dogmáticas" elaboradas por los juristas en sede doctrinal, para lo que llamaré "proposiciones jurídicas operativas" en cuanto formuladas por los operadores jurídicos en sede de aplicación de las normas:¹⁹ por ejemplo "tal hecho es un hurto", "tal hecho es una apropiación indebida", "tal contrato es inválido", "tal objeto es un arma", "mañana vence el plazo para la presentación de la declaración de la renta" y similares.

Estas últimas proposiciones tienen en común con las proposiciones factuales singulares la característica, sobre la cual me detendré en el próximo apartado, de no hablar directamente de las normas como hacen las proposiciones jurídicas dogmáticas, sino de hechos singulares concretos, de los cuales predicán una calificación jurídica. Pero también éstas, como las proposiciones dogmáticas, son susceptibles de la verdad o la falsedad ju-

¹⁹ Uso el término "operativo" con el significado propuesto en "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, 1966, pp. 290-304.

rídica con arreglo a su referencia a normas; y por lo tanto se diferencian netamente, siguiendo nuestras definiciones de verdad, de las proposiciones factuales singulares junto con las cuales comparecen en los discursos de los operadores jurídicos. Por ejemplo, de los cuatro motivos de absolución de nuestro código de enjuiciamiento criminal –Ticio es absuelto porque “el hecho no sucedió” o porque “no ha cometido el hecho” o “por insuficiencia de pruebas” o porque “el hecho no es constitutivo de delito”– las tres primeras son proposiciones factuales singulares porque son verdaderas o falsas factualmente con arreglo a aquello que de hecho ha sucedido prescindiendo de lo que digan las normas; la cuarta, por el contrario, es una proposición jurídica operativa porque es verdadera o falsa jurídicamente con arreglo a lo que digan las normas:

- (a'') *La proposición “el hecho atribuido a Ticio no sucedió” es “factualmente” verdadera si y sólo si el hecho atribuido a Ticio no sucedió (o bien, no existe el hecho atribuido a Ticio).*
- (b'') *La proposición “el hecho atribuido a Ticio no es constitutivo de delito” es “jurídicamente” verdadera si y sólo si el hecho atribuido a Ticio no es constitutivo de delito (o bien, no existe ninguna norma con arreglo a la cual el hecho sea constitutivo de delito).*

La distinción entre proposiciones jurídicas operativas y proposiciones factuales singulares es esencial a los fines de una metateoría semántica de la verificación empírica de los discursos “jurisdiccionales” y por lo tanto de su control, a su vez jurisdiccional, de hecho y de derecho. Más en general ello permite el análisis y el control de aquella específica operación jurídica que consiste en la “subsunción” del hecho en la normas y que se basa o bien en argumentos factuales, o bien en argumentos jurídicos. Pero dicha distinción se revela también, como veremos más adelante, un instrumento útil de análisis para muchos problemas teóricos de relevancia metateórica, como por ejem-

plo aquellos con la validez y la efectividad de las normas jurídicas y con las relaciones que se dan entre estos dos conceptos.

4. REFUTACIÓN JURÍDICA Y REFUTACIÓN FACTUAL

A la diversa referencia semántica de las proposiciones de la sociología del derecho y de las de la dogmática jurídica se corresponden, por último, también diversas condiciones de falsación empírica. La verdad factual es una verdad factualmente refutable, en el sentido de que puede ser siempre desmentida por ulteriores investigaciones o experiencias empíricas que conduzcan a la determinación de nuevos hechos o de nuevos elementos de hecho a ella no correspondientes, y es jurídicamente no refutable, en el sentido de que es independiente de aquello que de hecho digan las normas. La verdad jurídica es, por el contrario, una verdad factualmente irrefutable, esto es, independiente de aquello que de hecho sucede, y es refutable sólo jurídicamente, con arreglo a un diverso reconocimiento o interpretación del sentido de la norma designada, o bien con arreglo a otra norma en conflicto con la anterior y asumida como vigente.

La connotación epistemológica más específica de la dogmática jurídica es precisamente la irrefutabilidad factual absoluta de sus proposiciones. A diferencia de las proposiciones observacionales de las otras ciencias empíricas y, en particular, de la sociología del derecho, las proposiciones de la dogmática no son refutables con arreglo a investigaciones sobre los hechos o a posibles acaecimientos futuros. Esta circunstancia, por otra parte, vale para diferenciar las proposiciones jurídicas dogmáticas también de las proposiciones jurídicas operativas, que como se ha dicho comparten con las factuales singulares la característica de versar sobre hechos o acaecimientos concretos, aunque sea para calificarlos jurídicamente a través de la operación de la subsunción jurídica. En realidad se puede constatar, siguiendo nuestras definiciones de "verdad jurídica" y de "verdad factual", que mientras las primeras son proposiciones de las cuales es

predicable *sólo* la verdad (o la falsedad) jurídica y no la factual y que por ello son refutables sólo jurídicamente y no factualmente, las segundas son proposiciones ambivalentes, dado que les es predicable tanto la verdad (o la falsedad) jurídica cuanto la factual y es posible no sólo la verificación (o falsación) jurídica sino *también* la verificación o falsación factual. Así, por ejemplo, la proposición “el hecho atribuido a Ticio no es constitutivo de delito” puede ser corroborada o falseada tanto jurídicamente (mediante la observación de que no existe una norma –o, por el contrario, existe alguna norma– conforme a la cual el hecho atribuido a Ticio es constitutivo de delito) cuanto factualmente (mediante la prueba de que el hecho en cuestión no presenta –o, por el contrario, presenta– las connotaciones o las circunstancias factuales que conforme a las normas son constitutivas de delito). Lo mismo puede decirse de la proposición “tal contrato es inválido, puesto que no fue estipulado en forma escrita”, que puede refutarse tanto jurídicamente (mediante la negación de la existencia de una norma que prevea para dicho contrato la invalidez en ausencia de forma escrita) como factualmente (mediante la prueba que dicho contrato fue realmente estipulado en forma escrita); o de la afirmación “mañana, 5 de noviembre, vence el plazo de presentación de las solicitudes de inscripción en la universidad”, refutable también tanto jurídicamente (mediante la negación de que el 5 de noviembre venza el plazo o bien de que se trate de un plazo perentorio) como factualmente (mediante la observación en el calendario de que hoy no es el 4 de noviembre sino otro día del año).

En resumen, cada vez que una proposición habla de un hecho concreto que hace referencia a normas, esta puede ser comprendida y tratada tanto como una proposición factual singular, cuanto como una proposición jurídica operativa. Es en razón de esta ambivalencia que estas proposiciones requieren a menudo tanto una motivación jurídica cuanto una motivación factual. La cosa está tan consolidada que en las sentencias –como en los autos, en las providencias, en los recursos o, en general, en todos los actos jurisdiccionales– se separa la “motivación de los hechos” de la “motivación del derecho”. Y la distinción entre

los dos modelos semánticos de verdad tiene asignada una relevancia procesal: piénsese en los controles jurisdiccionales de la sentencia, la refutación factual sólo es posible en apelación ante los jueces por eso llamados “de mérito”, mientras la refutación jurídica es posible también ante la Corte de Casación que se denomina “de legitimidad” precisamente porque es competente para conocer y controlar sólo la verdad jurídica y no la factual. Por otra parte, esta ambivalencia es compartida por todas las proposiciones singulares que comparten en cualquier modo una referencia semántica a reglas: por ejemplo la frase “este disparo es gol” pronunciada por un espectador en el curso de un partido de fútbol puede ser refutada o bien factualmente (mostrando que, en realidad, el balón ha ido fuera de la portería) o bien con arreglo a las reglas del juego (por ejemplo de la regla que excluye el gol cuando el disparo es realizado en “fuera de juego” u otras infracciones). En particular, la denominada “verdad judicial” –así como las diversas “verdades” que se confrontan en el contradictorio de cualquier proceso– es casi siempre a la vez una verdad jurídica y factual. Debe prestarse atención a que no se trata de equivocidad, sino de ambivalencia semántica debida a la referencia conjunta de las proposiciones jurídicas operativas a dos universos del discurso en principio distintos, el de los hechos y el de las normas. Y es cometido del análisis del lenguaje jurídico determinar cada vez si la proposición es aseverada o refutada en sentido jurídico o en sentido factual y, por lo tanto, si su control de verdad es una “cuestión de hecho” o una “cuestión de derecho”.

En la dogmática, por otro lado, se plantean sólo cuestiones de derecho y son, en consecuencia, admitidas únicamente proposiciones de las cuales es posible solamente la verificación (o la falsación) jurídica y no la factual.²⁰ Es precisamente esta

²⁰ Podría pensarse que una excepción al principio de la irrefutabilidad factual de la verdad jurídica, tanto en sede dogmática como en sede operativa, está representada por la apelación a los precedentes jurisprudenciales, los cuales de hecho pueden aparecer como una intrusión de argumentos realistas o factuales en la argumentación sobre la verdad jurídica. En realidad, la apelación al precedente tiene valor únicamente por la autoridad o también por la eficacia persuasiva de la decisión precedente, que por esto

irrefutabilidad factual lo que justifica, a propósito del conjunto de estas proposiciones, el uso de la palabra "dogmática": no sólo, en realidad, las normas tienen para el jurista el valor de "dogmas", sino que también el análisis del lenguaje en el que las normas son formuladas es, para estas proposiciones, el método a la vez exclusivo y exhaustivo de su verificación y de su falsación empírica. Esto, sea dicho al margen, es también el sentido de la tesis kelseniana de la "inviolabilidad de las normas", según las cuales las normas jurídicas, a diferencia de las leyes naturales, no pueden ser violadas por ningún hecho real, dado que ningún hecho real puede comprometer su validez:²¹ una tesis cuyo carácter paradójico depende de un equívoco, esto es, del hecho de que Kelsen confunde el nivel del lenguaje objeto de las normas con el metalenguaje jurídico de la dogmática,²² y por ello está constreñido a asociar el juicio de inviolabilidad (que es propiamente un juicio metadogmático de "irrefutabilidad") a las normas, que son por su naturaleza "violables", en lugar de a las proposiciones jurídicas sobre las normas; mientras que tal juicio se refiere no a la validez de las normas, que unida a su sentido integra el objeto designado por las proposiciones jurídicas, sino a la verdad jurídica factualmente irrefutable de las proposiciones metalingüísticas, respecto de las normas, que afirman su validez y su sentido normativo en sede dogmática.

Distinguiremos, entonces, tres clases, según el método de verificación adoptado, de proposiciones que versan sobre el derecho:

a) las proposiciones factuales, generales (o sociológicas) y singulares, que son verdaderas si y sólo si son factualmente verdaderas;

b) las proposiciones jurídicas operativas, que son verdaderas si y sólo son verdaderas tanto jurídicamente como factualmente;

se presenta no ya como "hecho" del cual pueda inducirse la previsión de una decisión similar, sino como "norma" o "máxima" de comportamiento en orden a la interpretación jurídica.

²¹ H. Kelsen, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. italiana de S. Cotta y de R. Treves, Milano, Edizione di Comunità, 1959, pp. 46-67.

²² Esta crítica es formulada de manera general por Kalinowski G., *Disputa sulla scienza normativa*, op. cit., pp. 103 y ss.

c) las proposiciones jurídicas dogmáticas, que son verdaderas si y sólo si son jurídicamente verdaderas.

De ello se siguen, con arreglo a nuestra definición de "verdad jurídica", otras características epistemológicas específicas de la dogmática respecto de la sociología del derecho, y en general de todo el resto de ciencias empíricas.

En primer lugar, porque el universo empírico constituido por el discurso del legislador consiste en un número finito aunque elevado de normas, el de la dogmática jurídica es uno de los pocos casos de los que los lógicos llaman "inducción perfecta", esto es, de inducción de hipótesis que tienen un número no ilimitado de ejemplos.²³ Esta característica singular está parcialmente conectada con otra. Las tesis jurídicas de la dogmática, contrariamente a la apariencia, son la mayoría de veces tesis de tipo existencial o particular, su forma exterior de proposiciones universales o generales depende simplemente del hecho de que reproducen la forma de las normas jurídicas analizadas que tienen ellas mismas, normalmente, la forma de proposiciones universales: así, en el ejemplo ya usado, la proposición dogmática "todos los hurtos son castigados con la reclusión..." no es en realidad una generalización inducida de una pluralidad indeterminada de normas, sino la formulación abreviada de la proposición existencial observacional "existe en el código penal italiano una norma *n* que dice que 'todos los hurtos son castigados con la reclusión...' ". En la dogmática jurídica, en suma, no se elaboran habitualmente leyes científicas de forma universal, sino prevalentemente enunciados singulares o existenciales sobre el vigor o sobre el sentido de las normas positivas objeto de investigación.²⁴ Y también las pocas proposiciones universales ela-

²³ Braithwaite, R. B., *op. cit.*, p. 19, nota 8.

²⁴ La lectura de las normas y su inmediata reformulación metalingüística ("el artículo *x* de la ley *z* dice que '...'"), a las cuales no se limita obviamente la interpretación jurídica, pero que en cualquier caso son el primer paso de cualquier procedimiento interpretativo, tienen el carácter de aquello que el primer neopositivismo llamaba "enunciados protocolares" o "protocolos" o "enunciados básicos" (*cf.* Neurath, O., "Proposizioni protocollari" en *Sociologia e neopositivismo*, trad. italiana de G. Statera, Roma, Astrolabio, 1968, pp. 54-64; Carnap, R., "il superamento della metafisica mediante l'analisi logico del linguaggio" en Pasquelli, A., (a cura di), *Il neopositivismo*, Torino, UTET, 1969, pp. 504-532; Popper, K. R., *Logica della scoperta scientifica*,

boradas por la dogmática tienen siempre como referencia semántica un número determinado o, en cualquier caso, determinable de normas. Se sigue de ello que la dogmática jurídica, no diversamente tal vez de la geografía, es una disciplina observacional que carece totalmente de capacidad y de funciones de previsión en relación con acaecimientos futuros; y que, por último, no encuentran espacio en ella las hipótesis de tipo probabilístico que son, por el contrario, ampliamente presentes en la sociología del derecho.

La irrefutabilidad factual de la verdad jurídica y, por otra parte, su inducibilidad empírica perfecta, representan, sin duda, una ventaja de la dogmática jurídica en relación con todas las demás ciencias empíricas y, en particular, con la sociología del derecho. Y podría hacer suponer, en relación con éstas, un mayor rigor y una mayor certeza. Naturalmente no es así. Muy extrañamente las proposiciones de la dogmática tienen la misma forma de las proposiciones normativas y satisfacen, por lo tanto, de manera rigurosa nuestras definiciones de "verdad jurídica"; si fuese así, la dogmática no tendría ninguna utilidad explicativa. La verdad de las proposiciones jurídicas, si bien factualmente irrefutable, es siempre una verdad empírica refutable jurídicamente, esto es, con arreglo a una diversa interpretación de la norma a aplicar o de una norma diversa que se asume que debe ser aplicada. Ahora bien, sabemos —porque el lenguaje legal en el cual están formuladas las normas es el lenguaje común inevitablemente carente de rigor y a menudo multisignificativo, porque el discurso del legislador está siempre expuesto a incongruencias terminológicas, lagunas y contradicciones, y porque, por último, la interpretación jurídica es a menudo el fruto de elecciones informadas por juicios de valor—, las divergen-

trad. italiana de M. Trinchero, Torino, Einaudi, 1970, pp. 85-108). Por otra parte, también las proposiciones jurídicas interpretativas de normas singulares que provienen de las manipulaciones más discutibles del sentido de las normas interpretadas mantienen la forma existencial y metalingüística mencionada que permite el control de verdad sobre fundamentos observacionales.

cias entre los juristas son innumerables y la verdad jurídica de sus tesis en conflicto es la mayoría de las veces indecidible.

Pongamos dos ejemplos, menos simples e inequívocos que el del castigo del hurto. El primer ejemplo se refiere a la primera de las condiciones de la verdad jurídica requerida por nuestra definición, es decir, el vigor o la existencia de la norma designada por la tesis de la cual está en cuestión la verdad: la tesis "el ministro del interior con el visto bueno del presidente del consejo, o los prefectos por delegación, pueden declarar por decreto el estado de sitio en el caso de peligros de desórdenes, y el estado de guerra cuando sea necesario confiar a la autoridad militar la tutela del orden público, con la suspensión en ambos casos de una larga serie de garantías constitucionales", puede ser afirmada como jurídicamente verdadera si se considera que los artículos 214-219 del Texto único de las leyes de Seguridad Pública, del 18 de junio de 1931, son tal vez constitucionalmente inválidos, pero en cualquier caso todavía vigentes hasta que el Tribunal Constitucional no tenga la oportunidad de pronunciarse acerca de su legitimidad; pero puede ser también negada como jurídicamente falsa si se considera que las normas mencionadas han sido derogadas directamente por la Constitución por su manifiesto contraste con sus artículos, 1.2º, 13, 70, 76, 77, 78, 102 y 103.3º, y por lo tanto ya no son vigentes o son inexistentes.²⁵ El segundo ejemplo de divergencia se refiere a la otra condición de la verdad jurídica de las proposiciones dogmáticas, esto es, su correspondencia con el sentido o contenido prescriptivo de las normas por ellas designadas: a la pregunta "¿(es verdadero que) es un hurto o (es verdadero que) es una apropiación indebida el hecho del porteador que se apropia de

²⁵ La primera de estas dos tesis es sostenida, entre otros, por Modugno, F. y Nocilla, D., "Stato d'assedio", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVIII, Torino, UTET, 1971, pp. 281 y 289. La segunda tesis es sostenida por Cuocolo, F., "Gli atti dello Stato aventi forza di legge", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, p. 158. No falta, naturalmente, quien sostiene la primera tesis considerando que todos los artículos antes mencionados del TULPS de 1931 son además de vigentes también válidos y conformes a la Constitución: por ejemplo, Sandulli, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1964, p. 47.

la cosa habida en custodia?" se podrá suministrar una u otra respuesta según que del mismo hecho —del cual, tratándose de un caso de escuela, se suponen conocidas e incontrovertidas todas las características empíricas— se dé mayor relevancia al elemento de la sustracción o al de la posesión de la cosa por parte del reo respectivamente previstos en las normas penales sobre el hurto y sobre la apropiación indebida.²⁶

La doctrina y la jurisprudencia están repletas de casos controvertidos como estos. Son muy frecuentes, en particular, las controversias del segundo tipo, que tienen su origen en aquello que podemos denominar "antinomias semánticas" y que siempre se producen en cualquier concurso de normas: ¿la sustracción de energía eléctrica mediante instrumentos aplicados al contador es un hurto agravado o estafa o apropiación indebida o, tal vez, si se considera el concurso de delitos a la vez que el de normas, más de una de estas cosas conjuntamente? ¿El contrato por el cual un carpintero se obliga a construirme una librería diseñada por mí es un arrendamiento de obra o una venta de cosa futura? Pienso que estas controversias son insuperables, puesto que su banco de prueba no es la observación de los hechos que son aquí asumidos como supuesto de hecho abstracto, sino la argumentación interpretativa sobre las normas, que como sabemos es a menudo bastante opinable. En estos casos el único control riguroso de la verdad jurídica es aquel que determina la coherencia lógica de cada proposición dogmática en relación con las premisas del jurista particular que son, por otra parte, bastante opinables, y por ello la ausencia de contradicciones en el seno de un mismo discurso dogmático. No obstante, como veremos más adelante, en el discurso del legislador se dan a menudo antinomias todavía más graves y delicadas que la incongruencia y las antinomias semánticas en cuanto precluyen la coherencia interna de un mismo discurso dogmático. Pero la

²⁶ Para la primera tesis *cfr.* Cass. Sez. III, 15.1.1962, *Giustizian penale*, 1962, II, p. 957, m. 842; Cass. Sez. III, 3.2.1965, *ibidem.*, 1965, II, p. 385. Para la segunda tesis, *cfr.* Cass. Sez. II, 8.2.1965, *Cassazione Penale, Mass. Ann.*, 1965, p. 759, m. 1337; Cass. Sez. II, 19.11.1968, *ibidem.*, 1970, p. 219, m. 251.

posibilidad de divergencias insuperables del tipo más arriba ejemplificado permite ya afirmar que la irrefutabilidad factual de la dogmática jurídica viene acompañada de una casi ilimitada irrefutabilidad jurídica, que convierte en permanentemente inciertas y cambiantes sus tesis y, por otro lado, incierto y opinable su contenido informativo.

5. OBSERVACIÓN Y TEORIZACIÓN. ANÁLISIS DEL LENGUAJE Y MÉTODO AXIOMÁTICO EN LA CIENCIA JURÍDICA

El “normativismo” y el “realismo jurídico” representan, como se ha dicho, dos diversos modelos semánticos o de interpretación empírica de la teoría del derecho, correspondientes a dos posibles universos de la ciencia jurídica: el universo lingüístico de las normas considerado desde el interior, y el universo extralingüístico de los acontecimientos considerado desde el exterior. Correlativamente, dogmática jurídica y sociología del derecho, análisis del lenguaje legal y observación sociológica, verdad jurídica y verdad factual, refutación jurídica y refutación factual pueden concebirse como disciplinas, métodos de investigación y criterios de verificación y de control empírico correspondientes respectivamente a dos niveles observacionales distintos —el nivel de la observación o la interpretación de las normas y el nivel de la observación o la determinación de los hechos— que en su conjunto constituyen el nivel de observación de la ciencia jurídica.

La distinción entre teorías normativistas y teorías realistas es, por lo tanto, una distinción más de fondo y, en cualquier caso, asimétrica en relación con aquella otra, más habitual, entre teorías normativistas, teorías institucionalistas y teorías relativistas del derecho. Mientras ésta última considera simplemente los contenidos explicativos de la teoría y se basa en la diversidad de conceptos teóricos elegidos por la definición de “derecho” o asumidos como fundamentales para la elaboración del discurso teórico (“norma jurídica” o “institución” o “relación jurídica”),

la distinción entre teorías normativistas y teorías realistas del derecho considera, a su vez, las diversas referencias empíricas y las diversas interpretaciones semánticas de la teoría en relación con la diversidad de los universos por ellas asumidos como campos de observación.

Para comprender la naturaleza de la relación semántica que une la teoría del derecho con los discursos observacionales de la dogmática y de la sociología jurídica, asociándola en el primer caso a una interpretación normativista y en el segundo a una interpretación realista, se debe ilustrar previamente la relación entre discursos y lenguajes observacionales y discursos y lenguajes teóricos en la ciencia del derecho. Como es sabido, la distinción entre "lenguaje observacional" y "lenguaje teórico" ha sido formulada, en las discusiones de teoría de la ciencia, como un instrumento útil de análisis de los lenguajes científicos de todas las ciencias empíricas que han alcanzado un cierto grado de desarrollo. Según esta distinción, el lenguaje observacional es el lenguaje cuyos términos descriptivos o extralógicos "designan objetos o procesos observables, o también propiedades y relaciones observables de tales objetos (por ejemplo 'Zurich', 'frio', 'más pesado')"; el lenguaje teórico, a su vez, es un lenguaje caracterizado por el hecho que incluye, más allá de los términos lógicos, únicamente "términos no explícitamente definibles con arreglo a los términos observacionales (por ejemplo, 'masa', 'temperatura')".²⁷ El primero de estos dos lenguajes, que es el lenguaje común o natural, se presume dotado de una relación semántica inmediata con las enti-

²⁷ Carnap, R., "Linguaggio osservativo e linguaggio teorico", en *Analiticità, significanza, induzione* a cura di A. Meotti y M. Mondadori, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 50. Sobre la distinción entre lenguaje observacional y lenguaje teórico. *cfr.* también Carnap, R., "Il carattere metodologico dei concetti teorici", en *ibidem*, pp. 263-313; Hempel, C. G., *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica*, trad. it. de A. Pasquinelli, Milano, Feltrinelli, 1961, pp. 27 y ss. y 104 y ss.; *Id.*, "Riflessi del' opera di Carnap sulla filosofia della scienza", en Schilpp, P. A. (a cura di), *La filosofia di Rudolf Carnap*, trad. italiana de M. G. de Cristoforo Sabdrini, vol. II, Milano, il Saggiatore, 1974, pp. 659-684, y la réplica de Carnap, R., "Carl Hempel sulle teorie scientifiche", en *ibidem*, pp. 938-945; Quine, W. V. O., "La teoria e l'osservazione", en *Rivista di filosofia*, I, 1975, pp. 1-19.

dades observables de la realidad, de forma que es posible, de cada uno de sus términos descriptivos, "decidir mediante la observación directa si es o no aplicable a la situación dada".²⁸ El segundo lenguaje es, por el contrario, un lenguaje elaborado artificialmente, carente de referencia semántica directa con entidades observables, y por ello utilizable en la formulación de conceptos y de enunciados los cuales, si bien resultan confirmables en la medida en que consiguen explicar y sistematizar los resultados de la experiencia observacional, no están conectados directamente con ésta y son desarrollados deductivamente según una sintaxis explícita y rigurosamente preestablecida. Los dos lenguajes se corresponden, por lo tanto, a dos niveles distintos del discurso y de la elaboración científica: el de la "observación", es decir, de la descripción directa de los datos empíricos, que permite únicamente generalizaciones elementales sobre aquellos aspectos directamente observables (por ejemplo, "la madera flota en el agua, en cambio el hierro se hunde"); y el de la "teorización" que permite, por el contrario, la formulación de leyes científicas en términos de entidades abstractas e hipotéticas (por ejemplo, el principio de Arquímedes que hace uso del concepto teórico de "peso específico"). La relación entre los dos niveles del lenguaje y del discurso, se acredita mediante la "interpretación empírica" o "semántica" de la teoría, es decir, mediante un procedimiento consistente en la introducción de "proposiciones interpretativas" que conectan tales términos teóricos con otros términos observacionales, asumiendo de este modo la doble función de conferir significado empírico a los constructores de la teoría y de, en consecuencia, hacerlos susceptibles de prueba con arreglo a los fenómenos observables.²⁹

Este modelo, aquí presentado de forma sumaria, puede ser utilizado también en la ciencia del derecho, en cuyo interior es

²⁸ Hempel, C. G., *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza empirica*, op. cit., p. 106.

²⁹ *Ibidem*, pp. 113 y ss. Sobre la interpretación de las teorías, véase también Carnap, R., *Fondamenti di logica e matematica*, trad. italiana de G. Preti, Torino, Paravia, 1956, pp. 91 y ss.; *Id.*, *Il carattere metodologico dei concetti teorici*, op. cit., donde las proposiciones interpretativas son llamadas "reglas de correspondencia".

posible trazar razonablemente la misma distinción antes enunciada de forma general entre observación y teorización y entre los respectivos niveles del lenguaje y del discurso. Sólo que en este caso los lenguajes observacionales son dos: aquél en el que se formulan las observaciones de los hechos, que no es diferente del lenguaje observacional de cualquier otra ciencia social (por ejemplo “Ticio está actualmente detenido”, “la mayoría de los detenidos italianos se hallan en la cárcel a la espera de juicio”, “las normas de procedimiento civil que prescriben el registro documental de los procesos verbales y de todos los actos del juez son casi siempre violadas” y similares); y aquél en el que se formulan las observaciones o interpretaciones de las normas, que es el ámbito específico de la ciencia jurídica (y más en general de las ciencias “normativas” en el sentido más arriba precisado) cuyas proposiciones dogmáticas tienen siempre, como se ha mostrado, el carácter de enunciados existenciales sobre el vigor o sobre el sentido de normas singulares, o bien de la correlación o generalización referidas a un grupo de normas todas individualizadas o individualizables. Me ocuparé más adelante del difícil problema de la relación entre estos dos discursos y lenguajes observacionales y entre sus diversos criterios de significación y de verificación empírica en un posible modelo de ciencia jurídica unificada. Antes es necesario aclarar ulteriormente en qué sentido el lenguaje de la dogmática puede caracterizarse como un “lenguaje observacional”, de hecho el más importante y más elaborado de los dos lenguajes observacionales de la ciencia jurídica, bien distinto porque perteneciente a un diverso nivel del “lenguaje teórico” de la teoría del derecho.

Las proposiciones jurídicas de la dogmática, según la caracterización semántica de la noción de verdad jurídica más arriba delineada, son proposiciones verdaderas o falsas con arreglo a normas. No designan cosas o acaecimientos o propiedades o relaciones entre cosas y acaecimientos, sino el sentido de entidades lingüísticas llamadas “normas”. Su carácter observacional reside entonces no ya en su referencia semántica a cosas o acaecimientos, sino en su referencia a normas: y ello depende del hecho de que el jurista dogmático, como se dirá mejor más

adelante, no observa ni cosas ni acaecimientos sino sólo normas, y de las cosas y de los acaecimientos de los cuales las normas hablan no está en disposición de percibir nada sino aquello que dicen —hipotética y normativamente— las normas mismas. Esta tesis tal vez pueda suscitar alguna perplejidad entre los que dudan que las normas y, más en general, los fenómenos lingüísticos sean “hechos observables”,³⁰ aunque sólo sea en las formas propias del análisis del lenguaje o del significado que les conviene a su naturaleza de proposiciones, en la especie normativa. Resulta, por el contrario, pacífica en una concepción empirista del derecho positivo que admita la “existencia” de las normas jurídicas identificándola simplemente con su “vigencia” (o también, como más adelante será aclarado, con su “validez” o con su “efectividad”) y conciba las normas existentes o vigentes no como algo misterioso, sino como hechos empíricos observables a la par de todos los otros hechos empíricos, si bien con instrumentos peculiares. Todo ello no evita, naturalmente, que se plantee también para el lenguaje jurídico, sea dogmático o teórico, el problema de la definición de sus términos técnicos como problema de la “reducción del término definido” a “los términos que designan propiedades determinables mediante la observación directa”³¹ (de las cosas y de los acaecimientos). Pero este es un problema que se refiere a las técnicas específicas de observación (y que remite a la semántica del lenguaje normativo), y por otro lado a los procedimientos que asocian una interpretación empírica a los conceptos y a los constructos de la teoría. Es, en cualquier caso, un problema diverso del que aquí nos ocupa, esto es, los diversos niveles del lenguaje —el lenguaje objeto de las normas, el lenguaje observacional, referido al anterior, de la dogmática y el lenguaje teórico de la teoría del derecho— en los cuales

³⁰ En el mismo sentido de Braithwaite, R. B. (véase *supra* la nota 4).

³¹ Scarpelli, U., “La definizione nel diritto” en Scarpelli, U. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, *op. cit.*, p. 184. Sobre el problema véase también Ross, A., “La definizione nel linguaggio giuridico”, en *ibidem*, pp. 194-214; Hart, H. L. A., “Definizione e teoria nella giurisprudenza”, en *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964; Scarpelli, U., “Contributo alla semantica del linguaggio normativo”, en *Memorie dell'Accademia delle scienze di Torino*, 1959.

es posible distinguir a los fines de su caracterización semántica los diversos discursos y lenguajes usados en el derecho.

Para estos fines, el lenguaje de la dogmática jurídica es, sin duda, caracterizable directamente como lenguaje observacional (de normas, no de cosas o de acaecimientos extralingüísticos) a diferencia del lenguaje de la teoría del derecho caracterizable como lenguaje teórico: distinguiéndose los dos lenguajes —de forma tal vez más nítida y clara que en las otras ciencias empíricas— en virtud de sus diversos procedimientos de formación. De hecho, los conceptos y los enunciados de la dogmática se construyen mediante el análisis o la interpretación del lenguaje legal, esto es, a través de un instrumento que, atendiendo a la naturaleza lingüística del universo normativo, desempeña en la ciencia jurídica el mismo papel que desempeña la observación experimental en las ciencias empíricas; mientras que los conceptos y los enunciados de la teoría del derecho se construyen mediante hipótesis y abstracciones, susceptibles de formalizarse y quizás axiomatizarse a la par de aquellas otras del resto de ciencias empíricas. Más precisamente, los conceptos jurídicos de la dogmática son elaborados mediante *definiciones lexicográficas* —entendida esta expresión en sentido amplio, que abarca las denominadas “redefiniciones”—, es decir, mediante proposiciones dirigidas a elucidar el significado de las palabras usadas por el legislador y de este modo normativamente establecido: análogamente se forman los enunciados de la dogmática, que no son otra cosa que reformulaciones metalingüísticas de las proposiciones legales, con el fin de clarificar su sentido y de identificar y sistematizar su alcance normativo. Por el contrario, los conceptos jurídicos de la teoría del derecho se introducen mediante *definiciones estipulativas* o *convencionales* establecidas por el teórico y por él libremente asumidas a la vista de las finalidades explicativas perseguidas por la teoría,³² así como son libremente asumidos los postulados que, conjuntamente con las

³² Sobre la distinción entre “definiciones lexicográficas”, “definiciones estipulativas” y “redefiniciones”, me remito a Scarpelli, U., *op. cit.*, pp. 27-33.

definiciones, representan las premisas de las cuales, si la teoría se organiza de manera axiomática, se desarrollan deductivamente todo el resto de tesis o teoremas de la teoría.

Es claro que estos dos métodos diversos —exegético uno, lógico-deductivo el otro— empleados en la formación de los conceptos y de los enunciados dogmáticos y teóricos dan origen a dos diversos lenguajes, correspondientes a dos niveles del discurso, diversos según el esquema ilustrado a propósito de la ciencia empírica en general. El lenguaje observacional de la dogmática, en cuanto se dirige al análisis del significado de las proposiciones normativas contenidas en las leyes, no es más que el metalenguaje jurídico en el cual se reformula el lenguaje legal objeto del análisis, es decir, el mismo lenguaje común o natural usado por el legislador y convenientemente reconstruido por el intérprete. Por el contrario, el lenguaje teórico de la teoría del derecho, carente de una referencia directa y vinculante al discurso normativo, es un lenguaje artificial o convencional, es decir, enteramente construido por el teórico y como tal formalizable según una sintaxis lógica rigurosamente predeterminada.

Algunos ejemplos pueden servir de aclaración. Los términos “contrato” “compraventa”, “mutuo”, “posesión”, “comerciante”, “pequeño empresario”, “hurto”, “estafa”, “peligrosidad social”, y similares, son términos observacionales que designan conceptos dogmáticos, dado que sus reglas de uso vienen establecidas por las mismas normas en las cuales son empleados (en los ejemplos propuestos los artículos 1321, 1470, 1813, 1140, 2082 y 2083 del código civil y 624, 640 y 203 del código penal italiano) y donde desempeñan una función directamente normativa. En muchos de estos casos las reglas de uso de tales términos son establecidas expresamente por el legislador mediante normas (o, si se quiere, fragmentos de normas) que tienen la forma de auténticas “definiciones legales”; en otros, su noción es sólo indirecta e implícitamente determinada por los contextos normativos en los cuales dichos términos figuran. En todos los casos, estos términos son nombres metalingüísticos de normas, y su sentido es inmediatamente (expresado por) una norma. En consecuencia, las definiciones en sede dogmática tienen siempre una

función de reconocimiento de los contenidos normativos asignados por el legislador, sin ninguna otra libertad para el jurista que no sea aquella siempre conectada a una actividad interpretativa de un texto lingüístico; y son por tanto configurables como proposiciones susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, y precisamente como verdaderas o falsas según la noción de verdad jurídica anteriormente definida.³³

Completamente diverso es el estatuto semántico de términos como "norma", "ordenamiento", "validez", "efectividad", "acto jurídico", "ilícito", "sanción", "negocio", "situación jurídica", "derecho subjetivo", "poder", "obligación", "persona" y similares. Estos términos no designan entidades observables o directamente identificables mediante el análisis del lenguaje legal. Y sería en vano intentar una definición con arreglo al léxico del legislador o buscar su significado mediante el reconocimiento de los usos eventualmente establecidos en las normas. Algunas veces dichos términos —como "ordenamiento", "negocio", "efectividad"— no se hallan ni siquiera empleados en el lenguaje legal; y cuando lo están —como "derecho subjetivo", "obligación", "acto ilícito", "validez", "personalidad" y similares— no lo están de forma que resulte vinculante para el jurista, puesto que su significado es receptado de aquel otro en uso en el lenguaje científico. Se trata de hecho de términos teóricos, que designan conceptos carentes de una relación semántica inmediata con la realidad jurídica observable³⁴ —sea ésta el universo normativo o

³³ Hempel, C. G., *op. cit.*, pp. 11-12. Hempel habla, a propósito de las definiciones (lexicográficas) que analizan el significado de las palabras ya en uso y que por ello son calificables como verdaderas o falsas en relación con los usos lingüísticos analizados, de "definiciones reales" o "análisis del significado", mientras llama "definiciones nominales" las convenciones o definiciones (estipulativas) que sirven para "introducir o definir una expresión nueva" (*ibidem*, pp. 5-25).

³⁴ "No hay nada que se "corresponda" a estos términos jurídicos, y cuando intentamos definirlos, nos damos cuenta que estas expresiones, que nos ocupamos en colocar en nuestras definiciones, especificando géneros de personas, cosas, cualidades, acontecimientos y procesos, materiales o psicológicos, no son nunca el equivalente preciso de aquellos términos jurídicos, por más que a menudo mantienen de algún modo con ellos determinadas conexiones" (Hart, H. L. A., *Definizione e teoria nella giurisprudenza*, *op. cit.*, pp. 42-43).

el universo factual— y que son introducidos mediante proposiciones que no tienen el carácter de reformulaciones metalingüísticas de normas, sino de convenciones o estipulaciones elaboradas por el teórico en función de su actitud de explicación y sistematización de los fenómenos observados en sede dogmática y/o de sociología jurídica. En consecuencia, mientras las definiciones (lexicográficas) de los conceptos dogmáticos son susceptibles de un juicio de verdad o falsedad jurídico basado en su correspondencia semántica con las normas, un juicio análogo no es posible para las definiciones (estipulativas) de los conceptos teóricos, de los cuales únicamente puede probarse su alcance teórico y su capacidad explicativa en relación con los correspondientes conceptos y enunciados de nivel observacional dogmático y/o sociológico. Naturalmente, como en el resto de lenguajes científicos, la distinción entre el “lenguaje jurídico”, que comprende el “lenguaje jurídico observacional”, sea usado en sede “dogmática” o en sede “operativa”, y el “lenguaje jurídico teórico” no es una distinción rígida y absoluta: muchos términos del vocabulario dogmático pueden ser, en realidad y con las oportunas cautelas, útilmente redefinidos en sede teórica, y muchos términos del vocabulario teórico, cuando aparecen en función normativa en el lenguaje legal, requieren también definiciones dogmáticas vinculadas al uso que hace de ellos el legislador.

La distinción entre el nivel observacional de la dogmática jurídica y el nivel teórico de la teoría del derecho es, en suma, una distinción que tiene en cuenta tanto el método de formación de los respectivos discursos cuanto sus criterios de control y la sintaxis y la semántica de los respectivos lenguajes. Bajo todos estos aspectos, la dogmática jurídica puede ser definida como el conjunto de los conceptos y de los enunciados dedicados a la clarificación y a la explicación del sentido de las normas, elaborados y a la vez verificables o refutables mediante el análisis del lenguaje legal, formulado en un lenguaje metalingüístico respecto de éste y que de él extrae dogmáticamente sus propias reglas de uso. Lo anterior debería ser suficiente para excluir la posibilidad, de la que hizo una prospección Norberto Bobbio

por ejemplo,³⁵ de instaurar en el nivel de la dogmática, mediante el análisis del discurso normativo, un lenguaje jurídico riguroso según una sintaxis lógica fijada de antemano. En realidad, el lenguaje legal, aunque configurado como un particular lenguaje técnico, es institucionalmente un lenguaje "común" en el sentido en el que el adjetivo "común" se opone a los adjetivos "convencional" o "artificial" o "formalizado": y un lenguaje común no es pasible de ningún modo de formalización, sino que sólo es analizable en un metalenguaje también común, si bien dotado de mayor claridad y precisión.³⁶

Por el contrario, la teoría del derecho puede concebirse como un sistema de conceptos y enunciados organizado —organizable— según la estructura lógica rigurosa y exactamente preestablecida, y apoyada en la base observacional suministrada por la dogmática y/o la sociología jurídica. El método de construcción de sus conceptos y enunciados es —o puede ser, o debe ser— el "método axiomático", que consiste en los tres tipos siguientes de operaciones:

a) en la estipulación, según reglas de formación preestablecidas, de un número restringido de conceptos no definidos sobre la base de otros conceptos y denominados por ello "conceptos primitivos", así como de proposiciones no derivadas de otras proposiciones de la teoría, denominadas "postulados" o "axiomas";

b) en la definición, según la misma regla, de los restantes conceptos de la teoría por medio de los conceptos primitivos y/o de otros conceptos a su vez definidos mediante los conceptos primitivos;

c) en la derivación, según reglas de transformación preestablecidas, de las restantes proposiciones de la teoría a partir de los postulados y/o las definiciones y/o otras proposiciones previamente derivadas de los postulados y/o de las definiciones.³⁷

³⁵ Bobbio, N., *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, pp. 217 y ss.

³⁶ Se trata de un supuesto en el que "el lenguaje objeto y el metalenguaje son los mismos, como cuando, por ejemplo, se habla en italiano del italiano" (Carnap, R., *Fondamenti di logica e matematica*, op. cit., p. 2).

³⁷ Para una clara exposición del método axiomático, cfr. Tarski, A., *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*, New York, Oxford U.P., 1941.

El lenguaje de una teoría como ésta es evidentemente un lenguaje "artificial" o "convencional" o "formalizado", es decir, enteramente construido por el teórico con arreglo a las reglas de formación establecidas por él mismo. Y el discurso teórico así producido únicamente conciente, como control de la verdad, el de la verificación lógica de la coherencia con los postulados y las definiciones de las proposiciones de ellas derivadas, con arreglo a las reglas de transformación también preestablecidas.

Una teoría del derecho así construida no es más "normativa" que cualquier otra teoría. Es un sistema independiente de específicas referencias semánticas, dado que ninguna de las tres operaciones mencionadas realiza conexión directa ninguna entre los datos empíricos y los conceptos y los enunciados de la teoría. Es claro, no obstante, que para que una sistema como este pueda valer como teoría *del* derecho, y para que sus enunciados resulten además de lógicamente coherentes también confirmables y refutables con arreglo a la observación empírica llevada a cabo en el nivel dogmático y/o sociológico, debe existir algún nexo entre los dos niveles del discurso y del lenguaje, en el sentido que los conceptos y los enunciados elaborados en el nivel teórico deben poder valer como modelos explicativos de la experiencia jurídica tal y como se revela en el nivel observacional de la dogmática y/o de la sociología del derecho. Este nexo se garantiza, no de forma diversa a lo que sucede en las demás ciencias empíricas, mediante la "interpretación semántica" o "empírica" de la teoría, es decir, mediante un procedimiento consistente en una adecuada reducción del lenguaje teórico-artificial al lenguaje observacional de la dogmática jurídica (si la interpretación suministrada es de tipo normativista), o de la sociología del derecho (si la interpretación es de tipo realista). Así, por ejemplo, el concepto teórico de "norma jurídica", que

pp. 117-119; *cfi.* También Carnap, R., *Introduzione alla logica simbolica*, trad. it. de Trinchero, M., Firenze, La Nuova Italia, 1978, pp. 264-274; Blanché, R., *L'axiomatique*, Paris, PUF, 1955; Hempel, C. G., *op. cit.*, pp. 111 y ss.; Braithwaite, R. B., *op. cit.*, pp. 26 y ss. Para un primer y provisional empleo del método axiomático en la teoría del derecho, limitado a algunos conceptos generales (en particular, "norma", "acto", "efecto", "situación jurídica"), me remito a mi *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*. Milano, Giuffrè, 1970.

en la teoría del derecho puede ser asumido como primitivo o bien definido mediante otros conceptos teóricos igualmente abstractos (piénsese en las definiciones kelsenianas de norma como "esquema de calificación" o "expresión de un deber ser), es susceptible de una interpretación normativista a través de una proposición de reducción o connotación en términos dogmáticos del tipo "cuando se habla de "norma" se entiende referida a cualquier prescripción contenida en una ley vigente o en otras fuentes vigentes con arreglo a una ley vigente"; pero puede también recibir una interpretación realista, mediante una proposición de reducción o connotación en términos sociológicos del tipo "se conciben las normas y se habla de ellas como de algo que impone obligaciones, cuando es persistente la demanda general de conformidad y cuando la presión social se hace sentir sobre aquellos que se desvían de ella".³⁸

Por lo que concierne a la dimensión sintáctica, no hay ninguna diferencia entre la teoría del derecho y el resto de teorías empíricas. Tanto la una como las otras son de hecho elaboradas con el mismo método, es decir, mediante la estipulación de postulados y de definiciones convencionales a partir de un número restringido de términos primitivos y la deducción de las tesis restantes con arreglo a las reglas lógicas adoptadas. La diferencia tiene que ver con la dimensión semántica de la teoría, con su interpretación a nivel observacional, y está conectada con la naturaleza especial y la complejidad del universo empírico de la ciencia jurídica, que como sabemos puede ser observado tanto desde el interior, como universo lingüístico-normativo, cuanto desde el exterior, como universo meramente factual. Esta duplicidad de los puntos de vista o de las interpretaciones empíricas representa el contenido específico de la semántica de la teoría del derecho y, a la vez, el problema central de la epistemología jurídica. El problema reside en que los dos puntos de vista, que hemos identificado con el "normativismo" y con el "realismo", son entre sí divergentes, y son diversos, como se ha

³⁸ Esta segunda connotación de "norma" está contenida en Hart, H. L. A., *Il concetto di diritto*, op. cit., p. 103.

mostrado, no sólo sus modelos de experiencia (la interpretación o el análisis del lenguaje de las normas y la observación sociológica o factual de los acaecimientos), sino también sus modelos de verdad (verdad jurídica y verdad factual).

Llegados a este punto es oportuno preguntarse: ¿estos dos modelos semánticos son alternativos entre sí, como haría suponer la conocida contraposición entre teorías normativistas y teorías realistas del derecho, o son, por el contrario, compatibles? ¿Cuáles son los costes y las aporías que se derivan de la tesis de su incompatibilidad, y cuáles las dificultades que se plantean a la tesis inversa de la compatibilidad? En otras palabras ¿es posible un modelo semántico integrado de teoría del derecho que haga referencia a los dos universos del discurso de la ciencia jurídica, el empírico-normativista y el empírico-factual?

6. NIVELES DE NORMAS, NIVELES DE OBSERVACIÓN Y NIVELES DE VERDAD

Habitualmente se entiende por “ciencia jurídica” el conjunto de la dogmática que resulta de las denominadas “disciplinas jurídicas particulares” (el “derecho civil”, el “derecho penal”, el “derecho procesal”, el “derecho constitucional”, el “derecho administrativo”, y similares) y de la teoría del derecho interpretada normativamente mediante la investigación dogmática en un determinado ámbito de sistemas de derecho positivo. La sociología del derecho, es decir, el estudio de los comportamientos y del funcionamiento concreto de los sistemas jurídicos no mediado por el análisis del significado de las normas jurídicas y normalmente considerada, también por aquellos que sugieren interpretaciones realistas de la teoría del derecho, como una ciencia por sí misma, completamente independiente de la ciencia jurídica concebida de manera primordial como “doctrina jurídica” y/o “jurisprudencia”.

Esta disociación entre los dos niveles observacionales de la ciencia del derecho es una fuente de aporías graves. Hemos visto la divergencia entre la verdad jurídica y la verdad factual de las

dos respuestas a la pregunta banal “¿cómo está castigado el hurto en Italia?”. En este caso, como se dijo, la contradicción es sólo aparente, puesto que la verdad jurídica de la respuesta “todos los hurtos son castigados con la pena de reclusión hasta tres años” se refiere a la enunciación de la norma sobre el hurto, y por ello al “deber ser” del castigo del hurto; mientras la verdad factual de la respuesta “no todos los hurtos, sino sólo una mínima parte de ellos, son castigados” se refiere a la descripción de los hechos, y por ello al castigo del hurto en su “ser” (y “no ser”) efectivo. Pongamos ahora otros dos ejemplos. A la pregunta si en Italia existe la libertad de hacer escarnio de los poderes públicos, el jurista dogmático responderá afirmativamente si basa su respuesta en el artículo 21 de la Constitución que dice que “todos tienen el derecho a manifestar libremente su pensamiento con la palabra, por escrito y cualquier otro medio de difusión”. Pero el mismo jurista —y no sólo el sociólogo del derecho— deberá responder también negativamente si asume como referencia normativa los artículos 278, 279 y 290 del código penal que castigan como delitos la “ofensa” o el “vilipendio” del Presidente de la República, del Parlamento, del Gobierno, del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial y también de las Fuerzas Armadas. Segundo ejemplo: a la pregunta de si un derecho subjetivo es siempre susceptible de tutela judicial, dará una respuesta afirmativa el jurista que asuma como base observacional el artículo 24 de la Constitución que dice que “todos pueden recabar judicialmente la tutela de sus derechos”. El mismo jurista, sin embargo, está constreñido a suministrar una respuesta negativa si asume como referencia semántica la existencia de derechos subjetivos previstos en la misma Constitución —como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a una retribución equitativa y en muchos casos los propios derechos de libertad— que más allá de su satisfacción de hecho no son todavía para sus titulares susceptibles de tutela judicial a falta de normas que establezcan los mecanismos procesales de garantía.

Tenemos entonces, para los dos interrogantes más arriba ejemplificados, dos parejas de respuestas verdaderas pero contradictorias entre sí. A diferencia de la contradicción entre la

verdad jurídica y la verdad factual puesta de relieve en las dos respuestas a la pregunta “¿cómo es castigado el hurto en Italia?”, en los dos ejemplos mencionados el universo del discurso asumido como base observacional de las dos parejas de respuestas parece el mismo: para ambas, de hecho, está constituido por el discurso del legislador, es decir, del sistema de normas estudiado por la dogmática jurídica. Precisamente, la primera pareja de respuestas pone en evidencia un caso de “antinomia”, es decir, de incoherencia entre normas; la segunda pareja pone en evidencia, por el contrario, un caso de “laguna”, es decir, de incompletud o falta de normas. En ambos casos se podría concluir que la realidad observada es contradictoria.

Una conclusión del género sería obviamente inconcebible cuando la “realidad” de la que se habla fuese el universo de los acaecimientos de hecho. Es, por el contrario, perfectamente concebible, si bien paradójica, en el caso de la realidad estudiada por la dogmática jurídica, que como sabemos es un universo del discurso consistente a su vez en un discurso —el discurso del legislador— formulado en el lenguaje común, con todas las imperfecciones lógicas y semánticas que inevitablemente intervienen en todos los discursos no formalizados especialmente si son complejos y articulados como el compuesto por las proposiciones normativas. Como es sabido, los sistemas de derecho positivo evolucionados incluyen normas sobre la producción de normas que disciplinan tanto las antinomias como las lagunas, estableciendo la ineficacia (criterio cronológico y criterio de especialidad) o la invalidez (criterio jerárquico) de una de las normas en conflicto y la extensión a casos no previstos de las normas que regulan casos análogos (analogía). No siempre, no obstante, estos criterios son suficientes para sanar las imperfecciones del discurso normativo y, por ello, para impedir las contradicciones del discurso dogmático. No lo son, por ejemplo, en los dos casos analizados. En general no lo son —en un sistema de fuentes como el italiano, estructurado sobre varios grados o niveles de normas— cada vez que el conflicto o la laguna se refiere a normas de grado inferior a aquellas respecto de las cuales éstos se detectan: como en el primer ejemplo analizado, donde

el criterio invocable para la solución de la antinomia es el criterio jerárquico, el cual requiere, diversamente del criterio cronológico y del de especialidad, no una simple actividad teórica de reconocimiento de la norma aplicable, sino un pronunciamiento jurídico operativo de ilegitimidad sin el cual la norma inferior permanece vigente aun si se supone inválida; o como en el segundo ejemplo, donde la laguna detectada consiste en una carencia estructural de la legislación ordinaria respecto de la norma constitucional, no susceptible de ningún razonamiento analógico.

Hay, por otra parte, una diferencia de fondo entre las antinomias y las lagunas respecto de normas de grado superior y aquellas que más arriba hemos llamado "antinomias semánticas" y que se manifiestan en la permanente refutabilidad jurídica, generada por la ambigüedad del lenguaje legal, de los enunciados de la dogmática. Éstas últimas, de una forma que no es distinta a la de las lagunas y las antinomias entre normas del mismo grado, son siempre solubles teóricamente, mediante la interpretación sistemática, si bien las discrepancias de opinión por ellas originadas no son nunca decidibles con certeza ni superables definitivamente. Pueden tenerse las opiniones más diversas y todas jurídicamente fundadas acerca de la cuestión si tal comportamiento es un hurto o una apropiación indebida o ninguna de las dos cosas, o si tal objeto es o no una arma propia o impropia, o si tal contrato es un arrendamiento de obra o una venta de cosa futura, o si el Estatuto de los trabajadores es aplicable a esta o aquella categoría de empleados públicos. Pero siempre estas diversas opiniones son cada una coherente —y de hecho se justifican esencialmente con el argumento de la coherencia— en relación con otras tesis dogmáticas, sostenidas por el mismo jurista, sobre cuestiones conexas o presupuestas. Por ejemplo, el que sostiene que tal comportamiento es un hurto más que una apropiación indebida lo hará con arreglo a una cierta noción penal de "detentación" y de "posesión" diversa de la acogida por el que sostiene que se trata de una apropiación indebida. Y el que sostiene que el artículo 28 del Estatuto de los trabajadores es aplicable a los empleados del Instituto poligráfico

del Estado sostiene también, como fundamento de esta opinión, que el Instituto poligráfico es un ente público económico, y basa esta segunda tesis en una determinada definición dogmática del concepto de "ente público económico" que comprende el mencionado Instituto; mientras que quien sostiene la tesis inversa de la inaplicabilidad sostiene también que tal Instituto no es un ente público económico en cuanto acepta una noción más restringida de tal concepto.³⁹

Y viceversa, frente a una antinomia o a una laguna referidas a normas de grado diverso, el mismo jurista se verá constreñido a acoger en el interior de su propio discurso tesis contradictorias entre sí. En hipótesis podrá decir que una norma determinada es anulable o invalidable. Pero hasta que dicha norma no haya sido declarada inválida por un pronunciamiento judicial no podrá decir ni que no existe ni que su sentido es otro. El jurista se halla en este caso frente a un contraste entre normas que genera en su discurso contradicción entre tesis, ambas verdaderas jurídicamente por cuanto ambas verificadas por normas. Como máximo podrá lamentar frente a una antinomia que una determinada norma "no debería" normativamente y lógicamente existir, y frente a una laguna que una determinada norma "debería" normativamente y lógicamente existir, quedando claro que en el primer caso la norma "de hecho" existe y en el segundo caso "de hecho" no existe.

¿Cómo se resuelve esta paradoja? El problema, más que lógico, es deontológico, en el sentido que pone en cuestión el papel intelectual y científico del jurista. Por un lado, la aceptación pura y simple de las contradicciones comprometería la coherencia interna y además la verdad lógica del discurso dogmático, que además de ser opinable en el sentido aclarado en el segundo apartado acabaría por ser inconsistente y por ello carente de contenido informativo. Por otro lado, la negación de las contra-

³⁹ La jurisprudencia ha pasado de la primera a la segunda de estas dos tesis después de la sentencia Cass. Sez. Un. 15-9-1977 n. 3984, 1977; I, p. 2078, que ha negado, en contra de las orientaciones previas, la naturaleza de "ente público económico" al Instituto poligráfico del Estado.

dicciones comprometería la correspondencia semántica con el universo normativo, y por ello la verdad empírica del discurso dogmático que resultaría falsado por la experiencia jurídica. Ésta última es la vía comúnmente preferida por los juristas, que asumen habitualmente como una de sus principales tareas la de sistematizar el discurso del legislador de modo de purgarlo de todas las antinomias y las lagunas, casi como si la coherencia y la completud fuesen, antes que exigencias prácticas y teóricas, dogmas o imperativos internos al mismo sistema normativo. Naturalmente, como se ha dicho, esta tarea está condenada al fracaso, y las sistematizaciones doctrinales elaboradas para tal fin por los juristas acaban a menudo, más bien, ocultando, que resolviendo las aporías presentes en el discurso del legislador. Muchísimas antinomias reflejan de hecho divergencias profundas, radicadas en la estructura misma del ordenamiento y en la estratificación histórica de la cual es el producto, que no es posible negar y ni siquiera esconder o minimizar. Piénsese, en materia penal, en los principios —constitucionales o no— de la legalidad estricta, de la predeterminación de la medida de la pena, de la proporcionalidad de la pena al delito, de la personalidad de la responsabilidad penal, del proceso contradictorio, de la presunción de inocencia, de la carga de la prueba para el acusador, de la paridad entre acusación y defensa y, por otro lado, en la existencia, dentro del sistema penal codificado, de institutos enteros y sectores de normas —las medidas de seguridad, las medidas de prevención, los poderes de instrucción de la policía, la hipótesis de la responsabilidad objetiva, los delitos de sospecha, la prisión preventiva y todas las varias técnicas y las varias connotaciones inquisitorias de nuestro proceso penal— que contradicen claramente aquellos principios.⁴⁰ En estos casos el jurista no puede, como en el caso de las antinomias semánticas,

⁴⁰ He puesto de manifiesto este mismo conflicto entre niveles normativos diversos en nuestro sistema penal en las voces "Reato (principi teorici)", "Reato (profilo reali)", "Pena (principi teorici)", "Pena (profilo reali)", "Processo penales (principi teorici)", "Processo penale (profilo reali)", en Donati, C. (a cura di), *Dizionario critico del diritto*. Milano, Savelli, 1980.

hacer cuadrar todas sus tesis sin desconocer los principios o, por el contrario, sus denegaciones en el interior del discurso normativo. Además, que las contradicciones existen jurídicamente está probado por cada pronunciamiento judicial de ilegitimidad.

Para explicar en sede de teoría del derecho las aporías jurídicamente irresueltas que están presentes en el discurso del legislador, y para hacerlas evidenciables sin incurrir en el vicio de inconsistencia, hay por lo tanto un solo camino: reconocer, en sede de metateoría del derecho, que en los sistemas de derecho positivo, estructurados en varios grados o niveles normativos, cada nivel observacional normativo es a su vez, en relación con las normas del grado o nivel normativo superior, un nivel observacional factual; y que en consecuencia, los juicios de verdad jurídica son siempre relativos exclusivamente al nivel normativo al que pertenece la norma de la cual se habla, mientras en relación con las normas de grado superior son juicios de verdad factual. Esta ambivalencia de las normas se explica a su vez por el hecho de que en el interior del discurso normativo, que hemos identificado en general como el universo del discurso dogmático, las normas de nivel más bajo se configuran en relación con las de nivel más alto como hechos o bien como comportamientos (del legislador o de los operadores jurídicos), cuya calificación mediante el juicio normativista-dogmático de validez o invalidez corresponde a la calificación de la norma de grado superior mediante el juicio realista-dogmático de efectividad o ineffectividad. Se sigue que la tesis antes ejemplificada "no existe en Italia la libertad de hacer escarnio de los poderes públicos" es jurídicamente verdadera sólo en relación con el código penal con arreglo al cual es formulada, mientras es jurídicamente falsa aunque factualmente verdadera en relación con el artículo 21 de la Constitución, con arreglo al cual es, por el contrario, jurídicamente verdadera la tesis inversa que "en Italia existe la libertad de hacer escarnio de los poderes públicos". En suma, la verdad jurídica de la primera tesis es, en relación con la verdad jurídica de la segunda tesis, una tesis factual, dado que el nivel observacional-normativo con referencia al cual se predica se configura como un nivel observacional-factual en relación con

el nivel normativo superior con arreglo al cual es enunciada la segunda tesis. Y por ello, el contraste entre las dos verdades no es una contradicción entre dos verdades jurídicas del mismo nivel, sino una divergencia entre una verdad factual y una verdad jurídica determinada por el hecho de que la norma superior es violada o inefectiva y la norma inferior es, en consecuencia, inválida aunque vigente; del mismo modo en que el contraste entre la verdad factual de la tesis “no todos los hurtos son castigados” y la verdad jurídica de la tesis “todos los hurtos son castigados con la pena de reclusión hasta tres años” está determinado por el hecho de que la norma con arreglo a la cual ésta última es aseverada es en un cierto número de casos violada y, en la misma medida, inefectiva.

Es claro que el reconocimiento de esta ambivalencia de las normas —considerables todas, excluidas las del nivel supremo, sea como normas (desde el interior, es decir, en relación con el nivel factual inferior o regulado), sea como hechos (desde el exterior, es decir, en relación con el nivel normativo superior o regulador)— equivale al reconocimiento de la insuficiencia de un enfoque exclusivamente normativista o exclusivamente realista del universo “derecho” y de la necesidad que se sigue de integrar los dos enfoques y los dos modelos semánticos respectivos: los cuales, por ello, no sólo no son incompatibles, sino que no pueden concebirse como alternativos ni tratarse como recíprocamente excluyentes bajo pena de la inconsistencia o la falsedad empírica de una parte relevante de los enunciados de la ciencia jurídica. De hecho, la coherencia de cualquier discurso científico sobre el derecho y, por otro lado, la unidad del universo del discurso de la ciencia jurídica, no sólo no comporta ni la coherencia ni la completud del sistema normativo, sino que sólo puede ser garantizada mediante el reconocimiento de la incoherencia y la incompletud como caracteres estructurales de todo discurso normativo articulado en varios grados o niveles de normas. A su vez, estos caracteres estructurales pueden comprenderse y explicarse sin incurrir en aporías, sólo si en el plano de la teoría del derecho es establecida la doble naturaleza de “norma” y de “hecho” de todo fenómeno normativo, y en el pla-

no de la metateoría semántica se acepta el carácter simultáneamente “normativo” y “factual” de todo nivel observacional de las normas. Precisamente, las aporías más arriba ilustradas son superables únicamente por una teoría del derecho que incluya:

a) una teoría de las normas jurídicas en general como proposiciones que enuncian modalidades deónticas, es decir, situaciones de “poder ser” (o poderes) o de “deber ser” (o deberes), y que admitan siempre o bien el “ser” efectivo o la actuación o bien el “no ser” efectivo o la inactuación de los hechos por ellas deónticamente previstos;

b) una teoría de las normas jurídicas en los modernos “Estados de derecho” que permita distinguir en cada fenómeno normativo la norma del hecho (o acto) por el cual ha sido producida y conciba éste último como a su vez regulado por normas, y por ello a ellas conforme o disconforme según represente la actuación (o aplicación) o la inactuación (o violación);

c) una teoría de la efectividad y de la ineffectividad de las normas como conceptos cuantitativos respectivamente conectados con las actuaciones e inactuaciones de las modalidades o situaciones jurídicamente establecidas; de forma que de cada norma sea siempre determinable, en relación con el número de sus actuaciones y de sus inactuaciones, el “grado de efectividad” y sobre todo el “grado inverso de ineffectividad” (por ejemplo, por lo que respecta a las normas penales la llamada “cifra negra” de la delincuencia impune; por lo que respecta a las normas constitucionales una análoga “cifra negra” de las leyes inconstitucionales vigentes porque no han sido anuladas, y tal vez una “cifra blanca” de las lagunas o de las actuaciones que faltan; y similares);

d) una teoría de los grados y niveles de normas que, de acuerdo con la configuración metateórica aquí propuesta de cada uno de los niveles de normas como observacional-normativo, en relación con el nivel factual inferior y como observacional-factual, en relación con el nivel normativo superior, conecta la coherencia y la incoherencia entre normas de grado diverso a la conformidad y a la disconformidad respectivamente del hecho (o acto)

normativo de nivel inferior en relación con la norma de nivel superior;

e) una teoría de la validez y de la invalidez paralela a la teoría de la efectividad y de la ineffectividad de las normas y conectada con ella una relación biunívoca de implicación recíproca entre efectividad de las normas de nivel superior y validez de las normas de nivel inferior y entre ineffectividad de las primeras e invalidez de las segundas.

Una teoría del derecho que incluya estas tesis, aquí enunciadas sumariamente pero formulables con mayor rigor y precisión en una teoría formalizada y axiomatizada, no es ni normativista ni realista sino ambas cosas a la vez, puesto que asume conjuntamente como nivel observacional tanto el universo normativo cuanto el factual concibiéndolos, más que como universos separados, como las dos caras o dimensiones de un único universo. De esta manera, la coherencia y la incoherencia entre normas de nivel diverso vienen a coincidir por una parte con la validez y con la invalidez de la norma de nivel inferior, en relación con el "deber ser" de la validez (y de la coherencia) establecido por la norma de nivel superior; por otra parte, con la efectividad y con la ineffectividad de la norma de nivel superior en relación con el "ser" o el "no ser" del hecho de la validez (y de la coherencia) de la norma de nivel inferior. Y los diversos niveles de normas vienen a corresponderse con los niveles de observación diversos y, por ello, con los diversos niveles de verdad.

Resulta posible, con arreglo a lo anterior, reconocer y rechazar las dos confusiones conceptuales contrapuestas, relevantes no sólo en el plano teórico sino también en el de la metateoría semántica, en las cuales incurren más o menos explícitamente las teorías normativistas y las teorías realistas del derecho: la identificación de la "validez" por parte de las primeras, y de la "efectividad" por parte de las segundas, con la "existencia" misma de las normas aquí designada con el término "vigor" o "vigencia". Estas dos identificaciones son ambas el fruto de un equívoco: existen de hecho normas jurídicas inválidas, como es aseverado jurídicamente por cada sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, y más en general por cada sentencia decla-

ratoria de nulidad; y existen, por otra parte, normas jurídicas inefectivas, como es aseverado factualmente por cada denuncia de sus violaciones por parte de hechos ilícitos o inválidos comenzando por los hechos de producción de las normas inválidas que violan las normas sobre la producción. El equívoco, común a las teorías normativistas y realistas, consiste en confundir las cuestiones teóricas, como son las de la "validez" y la "efectividad", con una cuestión metateórica, como es la de la "existencia" de las normas, que no es otra que la referencia empírica de la noción semántica de "verdad jurídica", así como la "existencia" de los hechos es la referencia empírica de la noción semántica de "verdad factual". Se puede afirmar, en la línea de la ambivalencia ya ilustrada de las normas jurídicas y de la distinción anteriormente elaborada entre proposiciones jurídicas operativas y proposiciones factuales, que los juicios de validez e invalidez de una norma son *proposiciones jurídicas operativas*, verificables o refutables con arreglo a otra norma y más precisamente de la norma de nivel superior que disciplina su producción; mientras que los juicios de efectividad e inefectividad de una norma son *proposiciones factuales*, verificables o refutables con arreglo a los hechos, y más precisamente a aquellos hechos (o actos) de nivel inferior que constituyen su cumplimiento o incumplimiento. Es claro que cuando la norma de la cual está en cuestión la efectividad es una norma sobre la producción de otras normas, los hechos con arreglo a los cuales son factualmente verificables los juicios de efectividad e inefectividad son, respectivamente, la producción de normas válidas y la producción de normas inválidas, es decir, fenómenos reconocibles a través de juicios jurídicamente verificables con arreglo a la misma norma calificada en el primer caso como efectiva y en el segundo, como inefectiva.

"Validez" e "invalidez", "efectividad" e "inefectividad" designan en suma, más que la "existencia" o "inexistencia" de las normas, propiedades contingentes de normas en cualquier caso existentes, afirmables como las dos caras del mismo fenómeno desde dos puntos de vista diversos, correspondientes a dos universos o niveles observacionales. La validez y la invalidez designan la conformidad y la disconformidad "de derecho" del

hecho normativo afirmable jurídicamente en relación con la norma del nivel superior. La efectividad y la ineffectividad designan, por el contrario, el cumplimiento o el incumplimiento "de hecho" de la norma afirmable factualmente en relación con los hechos del nivel inferior. Ambas parejas de propiedades denotan relaciones estrictamente diádicas: la primera, denota la relación de conformidad entre un hecho (o un acto) y la norma que lo regula; la otra, la relación inversa de cumplimiento o incumplimiento entre la norma y los hechos (o los actos) por ella regulados.

Por lo tanto, es errónea la tesis kelseniana, justamente criticada por Ross, según la cual la validez de una norma depende de la validez de su norma superior, hasta llegar a una norma fundamental cuya validez descansaría en su efectividad.⁴¹ Pero también es errónea la conclusión que de esta crítica han sacado muchos realistas, incluido el mismo Ross, según la cual se puede hacer coincidir la validez de todas las normas, y no sólo de la fundamental, con su efectividad. En realidad la validez de una norma es relativa no ya a la validez, sino al sentido o contenido prescriptivo de otra norma de nivel superior, no importa si ésta a su vez es válida o inválida; así como —si la comparación no corre el riesgo de generar analogías absurdas— la coherencia o verdad lógica de una tesis es relativa a la tesis de la cual es deducida, no importa si ésta es a su vez verdadera o falsa. De manera que no es necesario para decir que una norma n^1 es válida, en relación con una norma n^2 determinar la validez de n^2 , en relación con una norma n^3 hasta llegar a una hipotética norma fundamental, sino que es suficiente considerar exclusivamente la norma n^2 con relación a la cual se predica la validez. Por otra parte, la efectividad de una norma es relativa a cada hecho observable del nivel factual inferior; de manera que debe hablarse con propiedad, como se ha dicho, de efectividad e ineffectividad en relación con la cantidad de hechos que constituyen su cumplimiento o incumplimiento. Naturalmente la efectividad e ineffectividad son predicables también de las normas que no tienen por objeto hechos a su vez normativos y, en general, de to-

⁴¹ Ross, A., *Diritto e giustizia*, op. cit., pp. 64-68.

das las situaciones o modalidades jurídicas. Es por ello que la oposición "efectividad/inefectividad", habitualmente considerada por los juristas de interés meramente sociológico, resulta tratable como la dicotomía central de la teoría del derecho con relación a la cual son explicables el resto de oposiciones: no sólo el cumplimiento y el incumplimiento de las normas, sino también su validez e invalidez, la legitimidad y la ilegitimidad de las situaciones, el ejercicio o la falta de ejercicio o el ejercicio viciado de los poderes, la licitud y la ilicitud de los comportamientos.

7. MODELOS SEMÁNTICOS Y ALCANCE EXPLICATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La inconsistencia lógica o la parcial falsedad empírica del discurso científico que, como se ha mostrado, derivan de un enfoque puramente normativista del universo de la teoría del derecho es sólo el primero, aunque decisivo, argumento contra la separación tajante de los dos niveles observacionales —normativo y factual— de la ciencia jurídica. Hay además un segundo orden de argumentos, que se refiere al contenido informativo de las teorías del derecho elaboradas con arreglo a un modelo semántico exclusivamente normativista o exclusivamente realista: la escasa capacidad explicativa de las mencionadas teorías, que por razones opuestas las hacen inadecuadas para la función de explicación y de previsión que se requieren a todas las teorías empíricas.

Considerando solamente las normas, y considerándolas desde el interior, un enfoque exclusivamente normativista permite únicamente establecer aquello que las normas dicen, y determinar o interpretar su significado. Y puesto que las normas son proposiciones que enuncian sólo modalidades deónticas de los comportamientos de los que hablan, una ciencia jurídica producida por un enfoque como el mencionado, no puede proporcionar nada más que una representación del "deber ser" de los fenómenos jurídicos como son deónticamente proyectados por las

normas. Si, por el contrario, es cierto que la verdad jurídica de las proposiciones dogmáticas que interpretan normas es una verdad factualmente irrefutable porque es totalmente independiente de aquello que de hecho sucede, y también es cierto que el análisis del significado de las normas no es capaz de decirnos nada sobre fenómenos jurídicos efectivos ni sobre el efectivo funcionamiento de los sistemas jurídicos. El análisis de los fenómenos jurídicos, en otras palabras, no nos proporciona información alguna sobre la realidad de hecho, sino sólo por así decirlo sobre la realidad de derecho: precisamente nos proporciona la imagen legal que un sistema jurídico, a través de sus normas, da de sí mismo. Esta imagen, como se ha mostrado, es una imagen contradictoria, dado que la discrepancia entre normas y hechos programáticamente eludida por la identificación normativista de la validez con la existencia de las normas es interna al propio universo normativo, en el interior del cual cada norma se configura como un hecho en relación con la norma de grado superior. Se sigue de ello que una teoría del derecho a la que se asocie una interpretación empírica puramente normativista es, por así decirlo, una reproducción del derecho mismo —y no sólo de los hechos, sino también de las normas— como “debe ser” en relación con cada uno de sus niveles normativos y no como efectivamente “es” en relación con los correspondientes niveles factuales.⁴²

Por otra parte, una interpretación rígidamente realista de la teoría del derecho permite sólo describir el funcionamiento efectivo de los sistemas jurídicos con arreglo a la observación directa de los hechos, pero no permite comprender la conformidad o la disconformidad de los fenómenos observados con las normas que los regulan y por lo tanto su naturaleza específicamente jurídica. El hipotético marciano que se mezclase con

⁴² Desde este punto de vista —que contradice las premisas empíricas del positivismo jurídico como enfoque del “derecho que es” y no del “derecho que debe ser” (Véase *supra* la nota 1) — se justifica la acusación de “idealismo jurídico” realizada por Alf Ross al normativismo kelseniano y su asimilación al iusnaturalismo. (Ross, A., *op. cit.*, pp. 63 y ss.)

nosotros y recogiese desde el punto de vista externo todas las posibles observaciones sobre aquello que de hecho sucede e incluso, entrevistase a todos los destinatarios de las normas para determinar los sentimientos de obligatoriedad que acompañan a los comportamientos, comprendería bien poco por ejemplo del carácter normativo de una prohibición de aparcamiento en las calles del centro de Roma, sistemáticamente violada con tolerancia serena de las autoridades por casi todos los automovilistas, o del carácter ilegal de la mayor parte de medidas de prevención, adoptadas normalmente con arreglo a normas inconstitucionales o de dudosa constitucionalidad. Identificando la existencia de las normas jurídicas con su efectividad, no serían capaces de comprender desde el punto de vista externo las condiciones de validez de las normas inefectivas y, sin embargo, vigentes, ni sobre todo las condiciones de invalidez de las normas efectivas, y también vigentes. Y todavía menos podrían comprender el sentido de las discrepancias profundas entre juristas y operadores a propósito de un mismo problema jurídico o de un mismo caso concreto. De hecho, si las normas no dicen nada sobre lo que de hecho ocurre, inversamente las observaciones de los hechos no pueden mostrar nada sobre lo que las normas dicen. Y, por lo tanto, el realista consecuente puede únicamente captar la imagen factual de un sistema jurídico, y no la discrepancia entre ella y su reproducción legal.

En suma, el contenido informativo de una ciencia jurídica exclusivamente normativista o exclusivamente realista es no sólo limitado, sino también viciado por la unilateralidad del enfoque, inadecuado en los dos casos para explicar la divergencia permanente entre la representación normativa y el funcionamiento real de los sistemas jurídicos. Esta divergencia, en cierta medida fisiológica porque está conectada con la violabilidad de todas las normas, es mucho más profunda en los ordenamientos jurídicos modernos, sea por su complejidad creciente que ha multiplicado los niveles normativos y los conflictos internormativos, sea por el carácter programáticamente más avanzado de las normas de los niveles más altos (que fijan normalmente los valores civiles y políticos sobre cuya base se legitima el entero sistema,

normativo y factual) en relación con las normas y las prácticas de nivel más bajo (que reflejan los intereses, las estrategias normativas contingentes, los conflictos de poderes o de competencia y, tal vez, las desviaciones de los aparatos institucionales).

Sucede de este modo que un fenómeno como la actual crisis del Estado de derecho, hoy en el centro de la atención política, —la obsolescencia del principio de legalidad, la multiplicación de las prestaciones estatales y su implementación en formas extralegales, la inadecuación de las estructuras normativas del viejo Estado liberal para garantizar los nuevos derechos y para disciplinar las nuevas funciones del Estado social, la creciente ilegalidad de los aparatos y el carácter huidizo y oculto de los centros de poder real— permanece ampliamente incomprendido y, en muchos casos, incluso ignorado por la reflexión jurídico-teórica. Por un lado, en realidad, el enfoque dogmático-normativista se muestra inadecuado para proporcionar un conocimiento plausible del sistema jurídico porque ha traspasado ampliamente la reproducción normativa, ya de por sí compleja e incoherente, que él mismo propone de sí, y en muchas ocasiones se ha desarrollado en realidad al margen y en contra de sus formas jurídicas. Por otro lado, un enfoque meramente sociológico-realista no es ni siquiera capaz de prestar atención a la creciente divergencia entre el universo normativo y el universo factual y se arriesga siempre, si es realizado consecuentemente, a la reducción del derecho a los hechos.

Lo que es grave es que las dos orientaciones, ambas presentes, aunque la primera más que la segunda, en la cultura de los juristas, favorecen concepciones del derecho y modelos de ciencia jurídica peligrosamente ideológicos: uno basado en una especie de contemplación acrítica y edificante del sistema normativo, el otro en una aceptación acrítica y más o menos resignada de sus mecanismos de funcionamiento real. Más precisamente, una teoría del derecho exclusivamente normativista, en cuanto se cierra a la investigación de hecho sobre la efectividad de las normas y, por lo tanto, sobre la invalidez y sobre la ilegitimidad de una parte relevante del sistema normativo y de la organización del poder, corre el riesgo de caer en el vicio ideológi-

co de la confusión de las normas con la realidad: define y analiza los principios normativos del proceso penal, como la publicidad, el derecho a la defensa, la carga de la prueba y la presunción de inocencia, pero descuida sus denegaciones de hecho no sólo en el nivel operativo, sino incluso en el nivel legal; formaliza y sistematiza los principios de legalidad, de tipicidad, de publicidad, de control jurisdiccional de todos los actos administrativos, pero ignora las prácticas ilegales y ocultas, las distorsiones consolidadas de las competencias, los mecanismos de inmunidad que caracterizan vastas zonas de la administración pública y de la acción de gobierno; define y depura de connotaciones extranormativas el concepto teórico de "pena" como sanción que sigue al delito y establecida en un proceso; pero no considera el amplio abanico de actos coercitivos cautelares, de las medidas de prevención y seguridad, de las intervenciones administrativas de la policía, por no decir de los concretos y diferenciados mecanismos punitivos que operan en la cárcel en contraste con los principios de estricta legalidad, taxatividad y jurisdiccionalidad de las penas.

Inversamente, una teoría del derecho exclusivamente realista, marginando el otro elemento de la divergencia —el normativo—, corre el riesgo de caer en el vicio ideológico opuesto de la confusión de la realidad efectiva con el derecho, que impide de la misma forma la identificación de las tasas de invalidez e ilegitimidad presentes en un sistema jurídico. Este vicio es todavía más peligroso que el conectado con un enfoque puramente normativista. Un realismo jurídico tosco puede en realidad unirse con el peor realismo y pragmatismo político: puede llegar a una descalificación del valor normativo del derecho, a la identificación del derecho con la fuerza y a la consecuente justificación de modelos de organización jurídica de tipo decisionista y antigarantista. La utilización de las reglas del juego del ajedrez propuesta por Alf Ross como "modelo para el concepto de derecho válido" y "esquema de interpretación" de los correspondientes actos sociales⁴³ tiene desafortunadamente un defecto: los

⁴³ *Ibidem.*, pp. 13-38.

jugadores de ajedrez no violan casi nunca las reglas (y si las violan, son inmediatamente corregidos), a diferencia de los órganos públicos destinatarios y productores de las normas jurídicas. Y acreditar el comportamiento efectivo de éstos como "derecho válido" puede tener una función de legitimación de lo existente no menor —tal vez mayor— que la operación inversa llevada a cabo por los normativistas que teorizan como "existente" solamente el derecho normativamente válido.

Una teoría del derecho dotada de una adecuada capacidad explicativa, y a la vez inmune a las aporías lógicas y semánticas, debe ser capaz de representar tanto el universo normativo cuanto el universo factual y las interacciones entre los dos universos; y por ello capaz de explicar tanto lo que efectivamente sucede, cuanto lo que jurídicamente debe suceder. La divergencia entre los dos universos, es decir, entre la configuración normativa y el funcionamiento real de los sistemas jurídicos, es en realidad no sólo el principal problema sino también el más importante objeto de investigación y de reflexión jurídico-teórica. La integración entre los dos modelos semánticos correspondientes puede llevarse a cabo, como se ha señalado, mediante una teoría jurídica de la efectividad y la ineffectividad, que haga posible la explicación y la previsión de los contrastes que pueden intervenir entre niveles normativos y potestativos diversos y, más en general, entre el universo normativo y el universo factual. Tarea primordial de la teoría del derecho, se puede ahora precisar, es la de analizar las relaciones entre los fenómenos observables en los diversos niveles —normativos y factuales— del universo jurídico, la de identificar las razones de los contrastes como también el papel de legitimación ejercitado por el primero, en relación con el segundo, y de banalización del segundo, en relación con el primero. Es claro que esta tarea no se corresponde únicamente con una función científica, sino también con una función civil que puede hacer de la teoría y, más en general, de la ciencia jurídica un precioso instrumento de análisis y de crítica del derecho vigente: de una crítica, téngase en cuenta, no de tipo iusnaturalista o *de iure condendo*, sino de tipo iuspositivista o *de iure condito*. Es decir, en relación con el mismo "deber ser"

inactuado o violado por el derecho positivo. Pero aquí se abre un capítulo diverso de la metateoría, el de la “pragmática” de la teoría del derecho, que requiere un tratamiento distinto.

LA FORMACIÓN Y EL USO DE LOS CONCEPTOS EN LA CIENCIA JURÍDICA Y EN LA APLICACIÓN DE LA LEY*

1. EL PROBLEMA DEL CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS DISCURSOS DE LOS JURISTAS SOBRE EL DERECHO

El panorama de la filosofía de la ciencia post-positivista, ofrecido por Vittorio Villa en su ponencia en este seminario así como en sus contribuciones precedentes, constituye seguramente una feliz provocación a nuestra reflexión epistemológica sobre la ciencia del derecho. En la cultura italiana, el debate filosófico post-positivista ha sido interpretado a menudo como el fruto de una crisis de la razón en la epistemología científica; y cuando no ha sido utilizado para apoyar improvisadas tendencias irracionalistas, ha sido acogido con desconfianza por quienes han visto en él las potencialidades destructivas más que las reconstructivas. Villa tiene el mérito de aproximarse —y aproximarnos— a ese debate sobre la base de un explícito “programa de investigación” con orientación reconstructiva, y de esforzarse, además,

* Traducción de Jordi Ferrer

en vincular su reflexión meta-científica a las exigencias específicas y a la forma concreta de operar de la ciencia del derecho.

Como intentaré demostrar, no creo que las tesis post-positivistas señaladas por Villa sean muy constructivas. Pero esto no obsta en absoluto a la corrección de la perspectiva meta-científica que él propone. En particular, comparto tanto la idea clásicamente racionalista, en la que insiste Villa, de la unidad sustancial de la ciencia y, por tanto, de la aplicabilidad también a las disciplinas jurídicas de la epistemología del conocimiento científico en general, como la idea, más nueva y fecunda, del inevitable condicionamiento de la ciencia y también de la meta-ciencia –tanto jurídica como no jurídica– por parte de las “*background theories*” o “imágenes de trasfondo”, presupuestas aunque en absoluto trascendentales, que tanto el epistemólogo como el científico tienen de su respectivo objeto de investigación. En el caso de la meta-ciencia jurídica el trasfondo es obviamente la ciencia jurídica: de una forma u otra, cuando reflexionamos acerca del método, o de los fundamentos, o de los criterios de control de la formación y de la utilización de los conceptos y de las teorías jurídicas, no podemos prescindir del prejuicio de nuestra propia imagen de la ciencia jurídica “tal como es” o “tal como debe ser”.

Dicho esto, debo confesar que el programa de investigación post-positivista sugerido y, en parte, elaborado, por Vittorio Villa me suscita muchas perplejidades, debidas seguramente a mi personal *background theory* sobre la ciencia jurídica. Ante todo, me parece que las cuatro tesis meta-científicas sostenidas en la ponencia como las que “definen las condiciones epistemológicas y meta-científicas que deben satisfacer las teorías jurídicas si quieren ser calificadas como teorías científicas”¹ son excesivamente indeterminadas y liberales. Lo son, sin duda, la primera y la cuarta –(I) “las teorías son unidades estructurales” cuyas partes no se “mantienen unidas sólo por relaciones de carácter lógico (como por la *received view*), sino” que forman “más bien

¹ V. Villa, *La formazione dei concetti e delle teorie nella scienza giuridica*, ponencia presentada en el seminario de Siena, p. 11 del texto ciclostilado.

una constelación de asunciones de origen y naturaleza diversos (metafísicos, metodológicos, lógicos, teóricos, observacionales) [...] cuya relación con la realidad no es reducible a una relación de correspondencia con hechos “no interpretados” y, (IV) “*las teorías son sistemas holísticos*”, cuyo “control empírico” no puede “depender de formas “instantáneas” de verificación o de falsación” sino que se realiza especialmente sobre la base de “otros criterios de segundo orden (coherencia, simplicidad, poder explicativo, fecundidad, éxito pragmático)” y “en último término [del] consenso de la comunidad científica”² que indican más bien ausencia de condiciones, es decir, niegan que sean necesarios en un discurso jurídico los dos requisitos sostenidos por la tradición neo-positivista: el carácter exclusivamente lógico de las relaciones existentes entre las diversas tesis de una teoría científica y la verificación o falsación empírica como banco de pruebas y criterio de control decisivo de su bondad, fundamentación o aceptabilidad. Pero lo son también la segunda y la tercera —(II) “*las teorías son entidades históricas*” dotadas de “dimensión diacrónica” además de “sincrónica”, que no admiten como única forma la de la axiomatización, y (III) “*las teorías guían la praxis científica*” en el sentido de que “no se puede captar su significado [...] sin tener en cuenta las “aplicaciones empíricas realizadas con éxito” y las “soluciones ejemplares de problemas” a las que ellas mismas dan vida”³ que enuncian condiciones, en mi opinión, extrínsecas y no propiamente metodológicas, que por otra parte nadie, ni siquiera entre los neo-positivistas, me parece que haya puesto nunca en discusión.

Quisiera precisar de forma inmediata que no estoy en desacuerdo con ninguna de estas cuatro tesis. Lo que considero equivocado es presentarlas en conjunto como una definición, aunque sólo sea aproximada, del concepto de ciencia. En efecto, una definición, aun aproximada, requiere que se establezcan, si no propiamente las condiciones suficientes, al menos las con-

² *Ibid.*, pp. 9-10.

³ *Idem.*

diciones necesarias (alguna, si no todas) para el correcto empleo del término definido. Me parece, en cambio, que Villa se ha preocupado exclusivamente de liberalizar el uso del concepto de ciencia. No niego que la idea de ciencia que fue propia del primer neo-positivismo sea excesivamente estricta. Desde este punto de vista, las tesis liberalizadoras y post-positivistas de Villa, que tienen carácter descriptivo de algunos aspectos de las teorías científicas, son indudablemente adecuadas. Pero esas tesis no nos dicen absolutamente nada de lo que distingue la ciencia de otros tipos de discurso o de perspectivas cognoscitivas. En efecto, sobre la base de estas tesis, si las consideramos conjuntamente como una definición, serían ciencia las visiones del mundo, las ideologías, las religiones, las metafísicas, la magia, la metapsíquica, la astrología y otras disciplinas parecidas, que son también unidades estructurales, holísticas, históricas y funcionales a la praxis.

Nuestro problema, en cambio, es el de establecer no tanto aquello que las disciplinas jurídicas son o pueden ser conservando la cualidad de ciencia, sino más bien aquello que no son o no pueden ser si las calificamos como "ciencia". Se trata, en resumen, de identificar las condiciones necesarias en cuya ausencia no consideramos científicos los discursos de los juristas. Más exactamente, este problema puede ser reformulado, para evitar equívocos, sin utilizar siquiera el término comprometedor de "ciencia": esto es, como problema de las condiciones —sea cual sea la idea que tengamos de la ciencia o de la científicidad o no de las disciplinas jurídicas— que deben satisfacer un determinado concepto o una determinada teoría jurídica para ser considerados como "válidos", en el sentido que será precisado más adelante. No me parece interesante, y puede ser más bien confundente, buscar de forma preliminar una definición de ciencia suficientemente amplia o estricta para hacer entrar en ella o para excluir de ella las operaciones cognoscitivas realizadas por los juristas. Podemos, por hipótesis, decidir, sobre la base de una definición estricta, que esas operaciones no son en absoluto científicas; pero esto no eliminaría el problema de los criterios de aceptación o de control de los discursos de los juristas. En sen-

tido inverso, podemos también acreditar como científicos, sobre la base de una definición amplia como por ejemplo la post-positivista de Villa, determinados modos de formación de los conceptos y de las teorías jurídicas; pero esto no querrá decir necesariamente que éstos sean adecuados a las específicas exigencias de control interno de los discursos de los juristas. En el primer caso, el riesgo consiste en dejar sin solución nuestro problema porque es “no científico” y, en el segundo, en considerarlo resuelto sólo por el efecto legitimador que tiene habitualmente la calificación de un discurso como “científico”. Lo mejor –para no perder de vista nuestro problema detrás de interminables discusiones sobre la naturaleza de la ciencia– es, pues, dejar a un lado provisionalmente la vieja cuestión de la cientificidad de las disciplinas jurídicas, para retomarla sólo después de que se hayan identificado autónomamente sus específicos métodos de construcción y de control.

2. TRES HIPÓTESIS DE TRABAJO

Antes de afrontar el problema, así reformulado, de los procedimientos de formación y de los criterios de control idóneos para fundar la validez de los conceptos jurídicos y de su uso en los discursos de los jueces y de los juristas, considero que puede ser útil presentar tres consideraciones que equivalen a otras tantas hipótesis de trabajo. Con ello, pretendo también explicitar, para utilizar las palabras de Villa, mis personales *background theories* en el tema de la ciencia jurídica –entendiendo, por ahora, el término “ciencia” en sentido genérico– y poner a debate las opciones teórico-políticas implicadas en su aceptación (así como las implicadas en su rechazo).

La primera consideración está referida al significado de la palabra “validez” que he utilizado en la formulación de nuestro problema a propósito de los conceptos y de los enunciados jurídicos. Pretendo usar esta palabra en sentido intencionalmente ambiguo o, mejor, ambivalente: en el sentido lógico de “coherencia” (o consistencia) de los discursos sobre el derecho y en

el sentido directamente jurídico de "correspondencia" (o fidelidad) de tales discursos a los discursos del derecho. Obviamente, este segundo significado de "validez" no se aplica (o se aplica sólo indirectamente) a los conceptos y a los enunciados de la *teoría general* —como "norma jurídica", "obligación", "derecho subjetivo", "negocio", "laguna", "antinomia", y similares, así como su utilización en discursos teóricos— que son elaborados mediante *asunciones y definiciones convencionales*, no vinculadas directamente con los usos lingüísticos del legislador sino únicamente al requisito de su coherencia interna y al de la adecuación explicativa de su conjunto. Ese segundo significado se refiere únicamente a los conceptos y a los enunciados de la *dogmática jurídica* —como "mutuo", "comodato", "hurto", "homicidio", "prescripción", "ley formal" y similares, así como a su utilización en proposiciones de calificación jurídica— que son, en cambio, contruidos mediante *interpretaciones y definiciones lexicográficas* basadas en el análisis del lenguaje normativo, y que son utilizables operativamente en la aplicación de la ley y típicamente en los razonamientos de los jueces.⁴ Diré, por tanto, que es inválida no sólo lógicamente (por incoherencia con las proposiciones que se pueden obtener de la lectura de los artículos 624 y 646 del código penal italiano), sino también jurídicamente (por su falta de correspondencia con la formulación textual de las normas indicadas), la definición del concepto de "hurto" como el acto realizado por quien se apropia de una cosa mueble ajena de la que tenga la posesión (que se corresponde, en cambio, con el concepto de "apropiación indebida"): tan es así que sería jurídicamente inválida, y anulable por un tribunal superior, la motivación de una sentencia que utilizara en ese sentido el concepto de hurto (en lugar del de apropiación indebida). Volveré más adelante sobre este punto, que considero

⁴ Sobre la distinción entre "conceptos teóricos" y "conceptos dogmáticos", los primeros elaborados mediante definiciones convencionales y los segundos mediante definiciones lexicográficas, y también entre los distintos niveles del discurso a los que ellos pertenecen, me remito a mi trabajo "La semántica della teoria del diritto", en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 105-114.

decisivo. Por ahora me limitaré a afirmar que mi "imagen de trasfondo" del trabajo del jurista exige como banco de pruebas de la bondad de los conceptos empleados por él, con independencia de lo que se piense de su cientificidad, su capacidad de guiar la práctica judicial mediante su utilización en proposiciones (del tipo "x es (o no es) un 'hurto' ") de las que sean predicables con relativa certeza la validez o la invalidez jurídicas.

La segunda consideración está vinculada con la primera y es de tipo meta-meta-científico. Al asignar a la meta-ciencia jurídica la función de indicar las condiciones de validez jurídica y lógica de los conceptos y de los enunciados utilizados en la ciencia y en la práctica jurídica, he adoptado implícitamente la tesis de que aquélla tiene una función prescriptiva y no meramente descriptiva. Sobre este punto comparto plenamente las tesis de Scarpelli y de Jori, quienes consideran que la epistemología jurídica es esencialmente prescriptiva: en efecto, incluso cuando describe lo que hacen los juristas, sus descripciones —salvo el caso en que figuren en discursos de sociología o de historia de la ciencia— están siempre referidas a métodos y procedimientos cuya crítica o aceptación no son derivables de aquellas, por impedimento de la "Ley de Hume", pero son el fruto de opciones y prescripciones.⁵ Esto vale también para la meta-ciencia natural, cuyo carácter prescriptivo es quizás menos evidente únicamente porque lo que hacen los científicos de la naturaleza, estando a menudo coronado con éxitos tangibles, puede ser bastante tranquilamente señalado como modelo. Sin embargo, la meta-ciencia jurídica, precisamente porque está interesada en la individualización de las condiciones de validez (también) jurídica de los conceptos y de los enunciados de la dogmática, es prescriptiva en un sentido más fuerte. En efecto, al menos en lo que respecta a los ordenamientos complejos de nuestros estados de derecho, tales condiciones se obtienen de normas po-

⁵ U. Scarpelli, "Metodo giuridico", en el volumen *Diritto 2* de la *Enciclopedia Feltrinelli Fischer*, Milano, Feltrinelli, 1972, pp. 411-432, donde define la distinción entre metodología descriptiva y metodología prescriptiva; M. Jori, "Oggetto e metodo della scienza giuridica", en Scarpelli (ed.), *op. cit.*, pp. 198 y ss.

sitivas que pertenecen a los mismos y que, en consecuencia, retroactúan sobre la meta-ciencia confiriéndole una prescriptividad de segundo grado. Naturalmente, esto no sucede (e históricamente no ha sucedido) en todos los ordenamientos. Esto significa que la epistemología refleja las estructuras específicas de los diversos ordenamientos jurídicos objeto de investigación científica; y que se darán, por tanto, meta-ciencias jurídicas diversas —y prescriptivas en sentido más o menos fuerte— en función del tipo de ordenamiento jurídico de que se trate: de derecho escrito o no escrito, codificado o jurisprudencial, dotado de normas sobre la validez de las normas o no, de estricta legalidad o únicamente de legalidad en sentido amplio, con constitución rígida o flexible, y así sucesivamente. Por otro lado, en mi opinión, hay una vinculación entre las condiciones de validez y las condiciones de cientificidad de los enunciados sobre el derecho. Si por “ciencia” entendemos banalmente un conjunto orgánico de enunciados aceptados como verdaderos entorno a un universo determinado, es posible hablar propiamente de ciencia “del derecho” sólo en referencia a los modernos derechos “positivos”, consistentes en universos de normas de las que es posible aseverar su vigencia o su existencia sobre la base de reglas de reconocimiento que establecen con relativa certeza sus condiciones de validez.

Finalmente, hay una tercera consideración, referida a las finalidades pragmáticas de la meta-ciencia del derecho así concebida. Si la función de la misma es, especialmente, indicar las condiciones de validez jurídica de los usos operativos de los conceptos elaborados por la ciencia del derecho, esa función será mejor satisfecha cuanto más claramente se encuentren establecidas normativamente esas condiciones en el ordenamiento objeto de investigación. Es por esto que la meta-ciencia jurídica, al menos según la imagen de trasfondo que aquí se propone, comporta una opción teórico-política a favor de modelos de ordenamiento que incluyan normas sobre la producción de normas que permitan juicios de validez jurídica lo más ciertos y controlables posible. Y dado que el derecho positivo es un producto humano, una meta-ciencia como ésta, del mismo modo que la

ciencia orientada por ella, está destinada a su vez a retroactuar sobre el propio ordenamiento, favoreciendo técnicas legislativas y judiciales —como las típicas del estado de derecho— aptas para garantizar la máxima decidibilidad y controlabilidad de los juicios de validez y de invalidez predicables de las calificaciones normativas. La epistemología jurídica, en suma, no es sólo prescriptiva, sino que es más fecunda teórica y prácticamente cuanto más restrictivas son las condiciones de (decidibilidad y de control de la) validez de los conceptos y de los enunciados por ella prescritos. Creo que puedo explicar de este modo el nexo, que Danilo Zolo me critica por considerarlo paradójico, que realmente subsiste en la imagen de ciencia jurídica aquí propuesta entre liberalismo político y antiliberalismo epistemológico y, a la inversa, entre liberalismo epistemológico y antiliberalismo político. El programa epistemológico que podríamos denominar “antiliberal” de una teoría del derecho axiomatizada y de una dogmática jurídica informada por parámetros verificacionistas, exigiendo el control más rígido de los conceptos y de los enunciados como válidos, refleja, en efecto, las instancias normativas propias del estado liberal de derecho, caracterizado por normas que delimitan al máximo los poderes normativos, vinculando su ejercicio válido a condiciones taxativamente predeterminadas, no sólo formales sino también de contenido.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CONCEPCIÓN IUSPOSITIVISTA DE LA CIENCIA JURÍDICA

Una vez aclarados con las consideraciones que preceden los términos del problema epistemológico que, en mi opinión, interesa al jurista, defenderé el modelo de ciencia jurídica criticado por Villa como neo-positivista: o, mejor dicho, un modelo en cualquier caso más antiliberal del que él diseña, que, como he dicho ya, tiene el defecto de no prescribir ninguna condición de científicidad y de validez de los discursos sobre el derecho. Mi defensa, como resultará claro después de lo que se ha dicho hasta

el momento, será débil desde el punto de vista epistemológico general, mientras que será fuerte a nivel específicamente jurídico. En efecto, no será una defensa de un modelo epistemológico *neo-positivista* aplicado de un modo forzado a la ciencia jurídica, sino de un modelo *ius-positivista* del que la ciencia jurídica moderna no puede sustraerse y que me parece desatendido por las indicaciones *post-positivistas* de Villa. En otras palabras, lo que me parece inaceptable de la imagen *post-positivista* de la ciencia jurídica defendida por Villa no es el hecho de que se aparte de la sostenida por el *neo-positivismo* epistemológico, sino el hecho de que contradiga la concepción de la ciencia del derecho propia del *positivismo* en sentido jurídico y, a la vez, comprometa la función civil y política que ésta atribuye a los juristas.

¿Qué debemos entender por “concepción *iuspositivista* de la ciencia del derecho”? Me parece que hay que entender, a grandes rasgos, una concepción del trabajo del jurista según la cual lo que éste dice del derecho debe “corresponderse” —bajo pena de falsedad o falta de fundamentación o invalidez— a lo que dicen las normas dictadas por el legislador. En este sentido, el postulado epistemológico del *positivismo* jurídico se identifica con el *principio de legalidad*, esto es, con la regla que prescribe, respecto de los ordenamientos jurídicos que incluyen ese principio como norma positiva, considerar “válidas” todas las expresiones “jurídicamente verdaderas”⁶ y sólo ellas, dado que están sustentadas en el análisis de los discursos normativos del legislador. Este postulado, precisamente, permite la aceptación

⁶ De ahora en adelante usaré siempre el término “verdad” (y “falsedad”) en el sentido de verdad “jurídica”, es decir, referida a proposiciones que hablan de normas o utilizan conceptos normativos: usaré, en cambio, “verdad fáctica” cuando me refiera a proposiciones que hablan de hechos. Un análisis, desarrollado a partir de la definición semántica de Tarski, de las dos nociones de “verdad jurídica” y “verdad fáctica”, así como de los complejos problemas vinculados a ellas, puede encontrarse en mi trabajo *La semántica della teoria del diritto*, *op. cit.*, pp. 86-104, donde ambos conceptos son elaborados con especial referencia a los discursos de los juristas, y en mi ponencia *Garantismo penale e verità processuale*, presentada en el congreso “Reason in Law”, desarrollado en Bologna entre los días 12 y 15 de diciembre de 1984, donde aquellos conceptos son estudiados en relación con la motivación judicial.

de los enunciados de la dogmática si, y sólo si, pueden antecederse, en proposiciones controlables y calificables como verdaderas, de locuciones meta-normativas del tipo “el artículo *x* dice que...”, “según la norma” o “según los sentidos” o “según la ley *l* o sus artículos *z* y *w* está permitido, prohibido o es obligatorio que...” o similares; y permite la aceptación de los conceptos de la dogmática si, y sólo si, su elaboración no es el fruto de definiciones convencionales libremente estipuladas por el jurista (o por el juez), sino de definiciones lexicográficas vinculadas a las convenciones legislativas y, por ello, calificables y controlables como verdaderas sobre la base del análisis del lenguaje jurídico. Así, por ejemplo, es debido al principio de legalidad que no podamos aceptar como verdadera en el plano epistemológico la tesis de que “hurto” denota la clase de todos los hechos consistentes en apropiarse de cosas muebles ajenas, en la que caben también los casos denotados por “apropiación indebida”; o que debamos considerar falsa la calificación como “injuria”, en lugar de como “ultraje”, la ofensa al honor de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; o que juzguemos como equivocada la respuesta ofrecida en un examen de derecho a la pregunta ¿qué es el comodato? si ésta no incluye el carácter gratuito de este tipo de contrato y, por tanto, lo confunde con el mutuo.

El análisis del principio de legalidad constituye, pues, un capítulo central de la reflexión epistemológica sobre los discursos (de los juristas y de los jueces) sobre el derecho. Este análisis se complica por el hecho, ya señalado, de que ese principio, antes que un postulado meta-científico del iuspositivismo, es un principio teórico de la ciencia jurídica y, antes aún, es una norma positiva del ordenamiento jurídico estudiado. Para captar su alcance sería, pues, necesario distinguir sus significados en los tres niveles del discurso recién señalados: el jurídico del *derecho* positivo, el teórico de la *ciencia jurídica* y el epistemológico de la *meta-ciencia jurídica*. Además, sea cual sea el nivel del discurso en el que se formule, el mismo principio puede ser entendido en dos sentidos distintos: como *principio de mera legalidad*, o de legalidad en sentido amplio, y como *principio*

de estricta legalidad, o de legalidad en sentido estricto. En el primer sentido, puede ser identificado con la *reserva de ley*, entendiendo "ley" en sentido formal, como *acto legislativo*; y consiste en la prescripción dirigida a los jueces de someterse a la ley, cualquiera sea su contenido, al calificar normativamente los hechos que juzguen. En el segundo sentido, el principio de legalidad puede identificarse, en cambio, con el *principio de taxatividad* de los supuestos de hecho previstos por la ley, entendiendo "ley" en el sentido sustancial de *norma* o contenido legislativo; y consiste en la prescripción dirigida al legislador para que los supuestos de hecho contenidos en las normas de rango legal estén dotados de significados unívocos y precisos de forma que sea posible su utilización, como figuras de calificación jurídica, en proposiciones judiciales verificables o falsables con relativa certeza. Por último, el principio de legalidad tiene un valor normativo distinto en los diversos sectores del ordenamiento —penal, civil, procesal, administrativo, constitucional—, en función de los tipos de actos (delitos, negocios típicos o atípicos, actos procesales, actos administrativos, leyes formales) cuya regulación está sujeta por ese principio a reserva de ley y/o a predeterminación legal de los contenidos de forma taxativa.

En las páginas que siguen analizaré brevemente tanto el principio jurídico como el meta-científico de legalidad para mostrar —en apoyo de las tres hipótesis de trabajo avanzadas en el apartado segundo— que la satisfacción del primero, en el plano legislativo, es condición necesaria para poder satisfacer el segundo, en el plano epistemológico. A esos efectos, tomaré en consideración especialmente el derecho penal, donde el principio, ya sea en su sentido amplio o en su sentido estricto, ha recibido indudablemente una formulación normativa más nítida y reviste una función política como garantía de la seguridad jurídica y también de la libertad de los ciudadanos frente a la arbitrariedad judicial. Esto no significa que en las disciplinas relativas a las demás ramas del derecho, el principio de legalidad como postulado meta-científico tenga una importancia epistemológica menor, a pesar de que, como norma jurídica, esté formulado más imperfectamente y en ocasiones sólo de modo implícito. En todo

caso, como veremos, ese principio puede ser concebido como una regla semántica de formación (doctrinal) y de uso (operativo) de los conceptos y de los enunciados jurídicos, a los que vincula el derecho positivo como específica referencia empírica y de los que permite —en la medida en que el ordenamiento incluya y satisfaga el principio de legalidad en sentido amplio y/o en sentido estricto— el control de validez sobre la base de su conformidad y/o el control de verdad sobre la base de su correspondencia con los usos lingüísticos del legislador.

4. “VALIDEZ” Y “VERDAD JURÍDICA” EN LA EPISTEMOLOGÍA JUDICIAL

Para comprender mejor la vinculación entre el principio jurídico y el principio meta-científico de legalidad es conveniente descender, desde el plano de la epistemología de la ciencia del derecho (referida a la formación doctrinal de los conceptos jurídicos) al de la epistemología de la decisión judicial (referida al uso operativo de esos mismos conceptos). Es, en efecto, más fácil en este plano mostrar que el cumplimiento del principio de legalidad en sentido amplio y el del principio de legalidad en sentido estricto integran sendas condiciones para que las tesis que componen la motivación en derecho de una sentencia tengan carácter declarativo y sean, como tales, verificables o falsables.

La primera de estas condiciones es el *convencionalismo penal*, garantizado por el *principio de mera legalidad* o de *reserva de ley* en materia penal. Este principio, que en el ordenamiento italiano está establecido en el artículo 25 de la Constitución (“Nadie puede ser castigado penalmente si no es *por aplicación de una ley* entrada en vigor con anterioridad a los hechos”), equivale a un criterio formal y nominal de identificación jurisdiccional de los delitos. Un corolario de ello es la sujeción del juez a la ley: los delitos no deben ser los que el juez considere adecuados por sus características intrínsecas o sustanciales, sino aquellos formalmente identificados por la ley como presump-

tos necesarios de la aplicación de una pena (*nullum crimen sine lege*).

La segunda condición, que presupone la primera, es el *empirismo penal*, garantizado por el *principio de estricta legalidad* o de *taxatividad* de los tipos delictivos. Este segundo principio, contenido también en el mismo artículo 25 de la Constitución italiana y más claramente en el artículo 1 del código penal italiano (“Nadie puede ser castigado penalmente por un *hecho* que no esté *expresamente previsto* como delito por la ley”), equivale a un criterio empírico o fáctico de identificación legislativa de los delitos. Un corolario del mismo es el carácter “absoluto” de la reserva de ley en materia penal y la sujeción del juez “únicamente” a la ley: los tipos delictivos no deben ser únicamente nominados por la ley, puede que hasta con términos valorativos o de significado indeterminado, sino que debe quedar establecida de forma suficientemente precisa su connotación, de manera que resulte determinada exactamente la clase de los hechos empíricos denotada por ellos y esté, por tanto, precluida al máximo posible, la hetero-integración judicial de su significado extensional (*nullum crimen sine facto*).

Debe observarse que, únicamente en la medida en que se cumpla esta segunda condición, la motivación en derecho de una sentencia puede tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o falsa, además de como válida o inválida. La primera condición, en cambio, se cumple en principio incluso por tipos legales delictivos del tipo “actos hostiles”, “vilipendio”, “actos obscenos”, “enemigo del pueblo” y similares, cuya aplicación no permite verificaciones o falsaciones, sino únicamente valoraciones que, como tales, no son verdaderas ni falsas. Legalidad (sólo) en sentido amplio y legalidad (también) en sentido estricto se configuran, en consecuencia, como dos diversas técnicas penales, caracterizadas por condiciones distintas impuestas por la semántica del lenguaje penal a la validez de los enunciados judiciales formulados en él. Usando una fórmula sintética, puede decirse que la jurisdicción consiste en el *uso* de los conceptos cuyas reglas de *uso* estipula la legislación; o bien puede decirse, según una dicotomía extraí-

da de la lingüística, que mientras que la legislación es un hecho de lengua (*langue*), la jurisdicción es un hecho de lenguaje (*parole*).⁷ Está claro que el lenguaje (o uso de la lengua) está vinculado, en la medida en que es vinculante la lengua (o reglas del lenguaje): cuanto más precisa es la connotación asociada a un concepto penal por su regla de uso legislativa, más determinados están los hechos empíricos denotables por él en el uso judicial.⁸ Y dado que la denotación de un concepto consiste en la clase de los objetos de los que es predicable en proposiciones verdaderas, diremos que un concepto penal está dotado de fuerza vinculante por la ley gracias a su definición en términos no valorativos ni ambiguos, sino en términos dotados de connotación unívoca y de denotación determinada (o taxativa) si, y sólo si, su uso judicial da lugar a proposiciones verificables o falsables.

El principio de estricta legalidad es, precisamente, la norma meta-legal que exige que se cumpla esta condición en la producción legal de las reglas de uso de la lengua penal. Más exactamente, ese principio puede ser concebido como una regla semántica de formación de la lengua penal que prescribe al legislador la definición de los tipos delictivos en términos no valorativos ni polisémicos, esto es, dotados de una connotación unívoca y de una denotación determinada con exactitud, de forma que resulten verificables y falsables las tesis judiciales en las que esos términos figuran⁹. Resulta superfluo precisar que cuando habla-

⁷ Nencioni, G., *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, Firenze, La Nuova Italia, 1946, pp. 164-184; F. de Saussure, *Corso di lingüistica generale*, tr. it. de T. de Mauro, Bari, Laterza, 1967, pp. 23-30. Sobre la utilización de esta distinción en el análisis de la relación entre juicio y ley, *cfr.* mi trabajo "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Revista internazionale di Filosofia del diritto*, 1, 1966, pp. 296 y ss.

⁸ La connotación (o intensión o significado intensional) de un signo determina, en efecto, su denotación (o extensión o significado extensional) (E. Casari, *Lineamenti di logica matematica*, Milano, Feltrinelli, 1960, p. 22).

⁹ Los juristas y, en particular, los penalistas hablan promiscuamente (y de forma escasamente analítica) de principio de "estricta legalidad", de "taxatividad", de "tipicidad" o de "determinabilidad" del supuesto de hecho, considerando constitucionalizado el principio por lo que se refiere a los ilícitos penales en el artículo 25.2 de

mos de denotación no nos referimos a las normas o a los enunciados normativos dictados por el legislador. Éstos, en efecto, no denotan nada, dado que el significado extensional denotado por una proposición consiste en su valor de verdad y las proposiciones normativas no son, en tanto que normativas, ni verdaderas ni falsas. Esto no supone que no tengan o puedan tener significado extensional los términos predicativos cuyas reglas de uso son establecidas por las normas legales y las enunciados judiciales en los que son usados como predicados de los hechos denotados por ellos. Por ejemplo, dado un hecho "*f*" del que se considere probada su ocurrencia, tiene significado extensional el concepto de "hurto", definido por el artículo 624 del código penal, como el acto de quien "se apodera de la cosa mueble ajena sustrayéndola a quien la posee a los efectos de obtener provecho de ella", siendo posible decir, sobre la base de ese concepto, que es verdadero o falso que "*f* es un hurto"; en cambio, no tiene significado extensional la noción de "actos obscenos", definida por el artículo 529 del código penal como "los actos que según el sentido común ofenden el pudor", de forma que resulta imposible sobre esta base decir que es verdadero o falso que "*f* es un acto obsceno". Un sistema de estricta legalidad difiere de un sistema de mera legalidad precisamente en que los tipos delictivos legales y las tesis judiciales en las que éstos son utilizados como predicados (de eventos o situaciones fácticamente probadas) están provistas de significado extensional en el primer caso ("*f* es un hurto") y carecen de él en el segundo ("*f* es un acto obsceno"): de forma que sólo en el primer caso la validez de las tesis judiciales está condicionada también por su verdad, en el sentido de su "correspondencia" con los hechos empíricos denotados por la ley.

Obviamente, como sucede a menudo cuando se habla de semántica del lenguaje común, la diferencia entre los dos sistemas

la constitución italiana. *Cfr.*, por todos, G. Vassalli, "Nullum crimen sine lege", en *Novissimo Digesto Italiano*, XI, Torino, UTET, 1965, pp. 495 y ss.; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, en *ibid.*, XIX, 1973, pp. 47 y ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1975, pp. 42-43.

es sólo *gradual*. Por vaga y genérica que sea, toda norma penal (incluso las que hacen referencia a la obscenidad, al vilipendio o a los enemigos del pueblo) alude siempre a situaciones de hecho, aunque sea delegando su determinación empírica a la valoración discrecional del juez. Y por muy precisa y unívoca que sea, ninguna norma penal (ni siquiera aquellas que definen con relativa precisión el hurto, la apropiación indebida o el homicidio) puede determinar perfectamente la clase de los hechos denotados por los términos en ella definidos, de forma que se excluya cualquier poder judicial de decisión. ¿Qué significados de “posesión”, de “detención”, de “ajenidad” y de cosa mueble están supuestos en las nociones de “hurto” y de “apropiación indebida”? ¿Y qué significado de “causalidad” está supuesto en la norma que castiga “a quien ocasiona la muerte de un hombre”? Una denotación perfectamente taxativa, que permitiese la determinación exhaustiva y exclusiva de todos los hechos denotados, y sólo de ellos, requeriría un lenguaje legal completamente formalizado, cuyas reglas de formación fueran a su vez completamente formalizadas y cumplidas. Sólo en ese caso podremos hablar tranquilamente de “verdad” y de “falsedad” de las tesis jurídicas (no de las fácticas, cuya verificabilidad plantea problemas de otro orden) en el sentido de “correspondencia” y de “no correspondencia” con los hechos calificados por ellas.

En cambio, el principio de estricta legalidad, que he interpretado aquí como la regla semántica de formación de la lengua penal en los ordenamientos modernos, se encuentra a menudo formulado en las constituciones y en los códigos de forma muy sumaria; y, en todo caso, no requiere (y quizás está bien que no lo requiera, aunque sería deseable que tuviera una formulación más rigurosa y más vinculante para el legislador) que las leyes estén formuladas en un lenguaje formalizado y no en un lenguaje común. Esto no impide, sin embargo, —una vez aclarados los límites intrínsecos de la estricta legalidad o taxatividad del lenguaje penal, que hacen inevitablemente “aproximativa” la verdad jurídica de la que aquí se habla—¹⁰ utilizar la expresión

¹⁰ He presentado estos límites en *Garantismo*, op. cit.

“jurídicamente verdadero” en el sentido de “correspondencia” con la misma aproximación, pero también con la misma certeza relativa, con la que podemos decir en el lenguaje común que “es verdadero que esto es una mesa” o que “aquello es una silla” (mientras que no podemos decir que “es verdadero que esto es púdico o impúdico”); y tampoco impide condicionar la validez de las tesis jurídicas en las que aparecen tipos delictivos (aunque sea relativamente) a la verdad. Y, especialmente, esto no nos exime de exigir —como condición de validez de las leyes impuestas por el principio jurídico de estricta legalidad— que el lenguaje en que se formulen las leyes, que es un lenguaje artificial, esté formulado por el legislador de forma que todos sus términos predicativos tengan un significado extensional lo más determinado posible y que su uso sea susceptible de verificación o refutación. Éste es, en efecto, el sentido normativo del principio jurídico de estricta legalidad y la función que, al menos tendencialmente, éste persigue.

Disiento firmemente, por tanto, de la crítica a la concepción de la verdad “como correspondencia” realizada por Vittorio Villa en lo que concierne a las aserciones y a los conceptos jurídicos. La discusión sobre el concepto de “verdad jurídica” y sus métodos de interpretación del lenguaje jurídico —como, por otra parte, la discusión sobre el concepto de “verdad empírica” y sus métodos de prueba y de contradicción admitidos en el proceso— requeriría un análisis complejo que aquí resulta imposible realizar¹¹. Por ello, me limito a señalar sumariamente que la idea de la verdad (tanto jurídica como empírica) como correspondencia constituye un “ideal límite”¹² que es inalcanzable, pero no por ello resulta imposible “aproximarse” a él;¹³ que el grado de aproximación de las tesis jurídicas a ese ideal límite equivale al

¹¹ Cfr. *supra*, nota 6.

¹² Tarski, A., “La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica”, trad. it. de Meotti, A., en Linski, E., (ed.), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, Il Saggiatore, 1969, p. 62.

¹³ Popper, K. R., *Congetture e confutazioni*, trad. it. de Pancaldi, G., Bologna, Il Mulino, 1972, cap. X y pp. 664-672; *Id.*, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, Armando, 1975, pp. 73-88.

grado de decidibilidad de su verdad, en la medida en que el grado de taxatividad y de estricta legalidad del lenguaje legal en el sentido antes señalado lo hagan posible; que la diferencia entre estricta legalidad y mera legalidad es, consecuentemente, una diferencia de grado, en el sentido de que el grado de decidibilidad de la verdad de una tesis como "x es obsceno" o "y es un enemigo del pueblo" es igual a cero a causa de la absoluta imposibilidad de verificar las citadas tesis, cuya aceptación requiere decisiones sobre valores distintos de la verdad (morales, estéticos, políticos o similares); que, finalmente, el principio de estricta legalidad requiere precisamente que las decisiones de los jueces, aunque sean discrecionales, versen sobre la verdad —bajo pena de su invalidez si ese principio está establecido por las leyes o de la invalidez de las leyes, si no es así— y no sobre otros valores, como sucede en las decisiones de los órganos administrativos, que están sujetas únicamente a menudo al principio de mera legalidad.

Vale la pena añadir que en la base de la oposición entre verificacionistas (o defensores de la idea de la verdad como correspondencia) y antiverificacionistas (o defensores de la idea de la verdad como coherencia o como aceptabilidad justificada) se da probablemente un malentendido común: la confusión entre el *significado* de la palabra "verdad", que no puede ser otro que el de "correspondencia" y los *criterios* de verificación (o si se prefiere, de aceptación de las aserciones), que son los de "coherencia" (especialmente, en el caso de las tesis extraídas de la observación y de la interpretación) y de la "aceptabilidad justificada" (sobre la base de cánones como la simplicidad, la capacidad explicativa, el éxito pragmático, el consenso de la comunidad científica y similares). Creo que este malentendido, que ha afectado durante mucho tiempo a la epistemología de la ciencia y por conexión a la epistemología jurídica, es el origen no sólo de las incomprensiones entre las dos concepciones indicadas sino también de sus resultados metafísicos: la idea de que la "correspondencia" es un criterio (y no, simplemente, el significado) de verdad está en la base de todas las metafísicas ingenuamente realistas; mientras que la idea de que la "coherencia"

y la "aceptabilidad justificada" expresan el significado (y no simplemente criterios) de verdad, está en la base de las diversas metafísicas escépticas e idealistas.¹⁴ La contraposición entre las dos concepciones pierde, en cambio, sentido si se distinguen "significado" y "criterios" de verdad: en efecto, la concepción semántica de la verdad no dice nada acerca de los criterios de verdad, limitándose a definir el significado del término "verdadero"; y la concepción sintáctica y la pragmática de la verdad no dicen nada acerca del significado del término "verdadero", limitándose a indicar los criterios de aceptación de las aserciones como verdaderas.

Esta distinción entre "significado" y "criterios" de verdad es aún más esencial en la epistemología jurídica que en la de la ciencia. Los criterios de la coherencia y de la aceptabilidad justificada, en la medida en que son elaborados en el ámbito de la epistemología, no son, en efecto, —por sí mismos— únicamente criterios "de verdad". Pueden ser también criterios de moralidad, de oportunidad, de eficiencia o alguna otra cosa.¹⁵ Naturalmente, aplicados al conocimiento científico, esos criterios funcionan, de hecho, con independencia de la epistemología que se acepte o se rechace, como criterios de decisión sobre la verdad: el éxito práctico, la eficacia operativa o el consenso de la comunidad

¹⁴ El malentendido, en realidad, lo sufren hoy especialmente los que se oponen a la noción semántica de la verdad como correspondencia. Tanto Tarski como, posteriormente, Popper han declarado repetidamente que la definición semántica no enuncia las condiciones en cuya presencia podemos afirmar que una proposición es verdadera y, mucho menos, se compromete con la asunción metafísica de la existencia de una correspondencia ontológica entre las proposiciones y la realidad, sino que se limita a elucidar el significado (o las condiciones de uso) del término "verdadero" como predicado metalingüístico de un enunciado (Tarski, A., *op. cit.*, pp. 54-55; Popper, K. R., *Congetture e confutazioni*, *op. cit.*, pp. 385-386; *Id.*, *Conoscenza oggettiva*, *op. cit.*, pp. 412-413). En cambio, las teorías subjetivas de la coherencia y de la aceptación justificada no admiten nunca que sean teorías acerca de los criterios de verdad y no teorías del significado del término "verdadero".

¹⁵ Esto vale tanto para los criterios pragmáticos de éxito o del funcionamiento señalados por ejemplo por Dewey, J., *Reconstruction in Philosophy (1920)*, New York, The New American Library, 1951, pp. 128 y ss. y por Bridgman, P. W., *La logica della fisica moderna*, trad. it. di Somenzi, V., Torino, Boringhieri, 1965, como para el criterio consensualista propuesto por T. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. di Carugo, A., Torino, Einaudi, 1978.

científica pueden, en efecto, concebirse como “pruebas” o “indicios” a partir de los que pueden inferirse inductivamente —y sobre cuya base puede decidirse provisoriamente— la verdad de una teoría, aunque sea sólo a los efectos de sus aplicaciones prácticas redituables. En otras palabras, una teoría es “útil” o “satisfactoria” pragmáticamente si, y sólo si, es “verdadera” en el sentido recién analizado (y en la medida en que lo es).

En cambio, en el mundo del derecho y, más en general, de la práctica, una decisión puede considerarse “útil” o “satisfactoria” y ser, por tanto, “aceptada” o estar “justificada” en algún sentido de estas palabras, incluso sin recurrir a la verificación de sus motivaciones e incluso con independencia de su verificabilidad o falsabilidad. Consecuentemente, los criterios de coherencia y de aceptabilidad justificada sirven en el derecho como criterios de decisión no sólo de la verdad, sino también —y principalmente— de otros valores. Es el caso de toda la actividad del gobierno (administrativa, económica y política), sujeta formalmente (sólo) al principio de mera legalidad y guiada por la aplicación del mero criterio de aceptabilidad justificada en relación con el resultado práctico o con el consenso mayoritario, resultando en esa actividad secundario, e incluso improcedente, el requisito de la verdad de los presupuestos de las decisiones.

Esos modelos de justificación, en cambio, son inadmisibles en la jurisdicción en general y, con mayor razón, en la jurisdicción penal. Para justificar las decisiones que concluyen en un juicio penal no basta —allá donde el ordenamiento incluya y cumpla el principio de estricta legalidad penal— que esas decisiones produzcan resultados o que “cumplan” genéricamente las funciones de garantizar la seguridad y de prevención que son propias del derecho penal. Tampoco basta el consenso de la comunidad: ni siquiera una amplísima mayoría, tampoco el consenso unánime, pueden justificar que se sacrifique la libertad de un hombre cuya responsabilidad penal no ha sido “verificada” a favor del interés o de la voluntad de los intervinientes en el consenso. Este es un postulado político del derecho penal liberal, según el cual la única justificación aceptable de las decisiones es la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, enten-

dida la “verdad” precisamente en el sentido de “correspondencia” lo más aproximada posible de las motivaciones a las normas aplicadas y a los hechos juzgados. La coherencia y la aceptabilidad justificada son, en suma, los criterios subjetivos sobre cuya base el juez valora y decide acerca de la verdad o la atendibilidad de las pruebas fácticas aportadas y de las calificaciones jurídicas propuestas. Pero en el ámbito jurisdiccional el único significado de las palabras “verdadero” y “atendible” es la correspondencia a los hechos y a las normas por parte de las tesis de las que son predicadas. Sólo si se refieren a la verdad en este sentido, los criterios de coherencia y de aceptabilidad justificada pueden, en efecto, impedir la preferencia sobre el caso concreto de intereses o voluntades más o menos generales y vincular las decisiones judiciales a la estricta legalidad, es decir, a los hechos empíricos taxativamente denotados por la ley, que la acusación tiene la carga de probar y la defensa en derecho de refutar. No hay carga de la prueba ni posibilidad de defensa ante la acusación de ser un enemigo o un sujeto peligroso u otras imputaciones similares, privadas de denotación: sólo las aserciones, y no las valoraciones, aunque estén argumentadas o justificadas, pueden ser objeto de contradicción o *thema decidendum* en un proceso.

Ciertamente, este modelo cognitivo de justificación de las decisiones es mucho más rígido y exigente que otros esquemas puramente decisionistas –moralistas, eficientistas o consensualistas– que también han sido teorizados y puestos en práctica en la teoría del derecho penal; y resulta también claro que su defensa refleja una opción política a favor de un modelo de derecho penal idóneo para limitar el arbitrio punitivo y para proteger el máximo grado de libertad de los ciudadanos. Sin embargo, ese modelo define la naturaleza de la jurisdicción en el moderno estado de derecho. Y lo que éste exige en el nivel epistemológico y político es, precisamente, lo que el principio jurídico de estricta legalidad, incluido en los ordenamientos penales liberales, garantiza en el nivel normativo: que la validez de las decisiones penales esté condicionada a la verdad empírica de sus motivaciones.

5. LOS POSTULADOS IUSPOSITIVISTAS DE LA EPISTEMOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA

En el apartado anterior, he mostrado cómo el principio jurídico de legalidad es una norma positiva de los modernos ordenamientos que —según si ha sido dictada (sólo) en sentido lato o (también) en sentido estricto— vincula o no a la *verdad*, en el sentido más o menos aproximativo de “correspondencia” a los enunciados jurídicos en función del grado de taxatividad alcanzado por éstos, los juicios sobre la *validez* de los enunciados sobre el derecho formulados por los operadores jurídicos (en particular, en las motivaciones jurídicas de las sentencias penales). Trataré de mostrar ahora, de acuerdo con la segunda hipótesis de trabajo avanzada al inicio, cómo ese principio retroactúa en el plano meta-científico, confirmando al postulado epistemológico del iuspositivismo que se funda en él, un carácter prescriptivo más o menos fuerte al respecto de la ciencia del derecho. Distinguiré a ese efecto, también en el plano meta-científico, entre sentido lato y estricto de ese principio. En el primer sentido, lo llamaré “primer postulado” y en el segundo, “segundo postulado” del positivismo jurídico.

El primer postulado del iuspositivismo, que es la formulación meta-científica del principio de legalidad en sentido lato, establece la condición necesaria (aunque no suficiente) del carácter empírico y descriptivo de la ciencia jurídica. La ciencia del derecho se distingue, en efecto, de su objeto (el derecho positivo) cuando (y en la medida que) existe una norma (o un conjunto de normas) que permite reconocer todas las normas positivamente vigentes, y sólo ellas, o bien objetivamente pertenecientes al ordenamiento indagado. Esa norma es, precisamente, el principio de (mera) legalidad: que, por tanto, a nivel jurídico es una norma sobre la producción de normas que prescribe la sujeción a normas superiores como condición de la vigencia de las normas producidas; a nivel teórico es un principio o criterio de reconocimiento de las normas vigentes, en tanto que producidas de los modos y por las autoridades legalmente prescritas; y a nivel meta-científico es una regla dirigida al jurista, que identi-

fica como objeto o universo del discurso exhaustivo y exclusivo a todas las normas de las que pueda predicarse vigencia, sobre la base del principio jurídico de legalidad.

Para comprender este papel fundamental del primer postulado del iuspositivismo, basta pensar en la distinta naturaleza de la jurisprudencia y de los discursos de los juristas en ordenamientos de "derecho jurisprudencial", como fue, por ejemplo, el derecho romano. En ordenamientos de este tipo, no sujetos al principio de legalidad, no puede hablarse, propiamente, de "derecho positivo" —como un universo normativo claramente identificado por el jurista—: no existen, en efecto, —o existen sin el carácter de exhaustividad y exclusividad de sus dominios— normas sobre la producción jurídica de normas a partir de las cuales puedan reconocerse todas las normas vigentes, y sólo ellas. Consecuentemente, los conceptos elaborados y las afirmaciones realizadas por los juristas no tienen en estos casos un carácter tendencialmente cognitivo o descriptivo, sino directamente valorativo o prescriptivo. En otras palabras, los juristas, en ese tipo de ordenamientos, no conocen sino que producen normas (que obviamente no son válidas o inválidas sino dotadas de mayor o menor autoridad). Y sus discursos no son "científicos" en sentido alguno, por muy amplio y liberal que sea el significado que se otorgue a esa palabra. De "ciencia jurídica", es decir, de discursos sobre el derecho aceptables como verdaderos por estar dotados de semántica o referencia empírica, o bien de un objeto o de un universo determinado, se puede hablar únicamente para hacer referencia a los ordenamientos que incluyen el principio de mera legalidad; por ello, ese principio, que es constitutivo de la positividad u objetividad del derecho como principio positivo, es constitutivo del carácter empírico o descriptivo del conocimiento del derecho, como principio meta-científico.

El segundo postulado del iuspositivismo, que es la reformulación meta-científica del principio de legalidad en sentido estricto, establece la condición suficiente (a parte de necesaria) del carácter empírico y descriptivo de la ciencia jurídica. Los conceptos de la ciencia del derecho están dotados de denotación,

en el sentido ya señalado de que sus usos en aserciones jurídicas tienen valores de verdad, si, y sólo si, se les puede asociar esa denotación sobre la base del análisis del lenguaje jurídico formulado siguiendo el principio jurídico de estricta legalidad. Si pasamos del nivel de la epistemología de la decisión judicial al nivel de la epistemología de la ciencia jurídica, se puede decir que la interpretación doctrinal del jurista consiste en la redefinición léxica de las condiciones de uso de los conceptos definidos por las normas del lenguaje jurídico, con el objeto de guiar su uso en el lenguaje científico y en la interpretación operativa o jurisprudencial. Está claro que los criterios de validez y de control de las tesis del jurista dependen de la semántica del lenguaje del legislador; cuanto más indeterminada y/o valorativa sea la regla de uso legislativa de un concepto jurídico, tanto más discrecionales y desvinculados de las leyes serán no sólo su uso judicial sino también su redefinición y sus usos doctrinales. Basta pensar en el distinto grado de verificabilidad o de opinabilidad de las definiciones y de los usos doctrinales (y de los operativos) de los conceptos de "hurto" y de "obsceno" o de "comodato" y de "utilidad pública" o de "falta de forma escrita" y de "abuso de poder".

De forma correlativa al principio jurídico de estricta legalidad, que ha sido concebido aquí como una regla semántica de formación del lenguaje jurídico que permite la verificabilidad de las tesis judiciales que lo aplican, el segundo postulado del positivismo jurídico puede ser considerado como una regla semántica de formación del lenguaje científico que permite la verificabilidad de las tesis doctrinales formuladas en ese lenguaje. También en este caso, la verdad es entendida como "correspondencia", aunque sea aproximativa. En un doble sentido: en primer lugar, en el sentido de que es verdadera o falsa (referida a la ley) la redefinición lexicográfica de "hurto" o de "obsceno" y, en segundo lugar, en el sentido de que —dada esa redefinición— es verdadero o falso (referido a los hechos) que tal cosa es un "hurto" o una "obscenidad". Por tanto, si la ley satisface el principio jurídico de estricta legalidad, esto es, ofrece ella misma una denotación relativamente unívoca del concepto

jurídico (como es, por ejemplo, en el caso de "hurto"), resultan aproximadamente verificables y falsables tanto su definición doctrinal como sus usos operativos. En cambio, si la ley no satisface el principio de estricta legalidad, esto es, si no ofrece una denotación adecuadamente unívoca del concepto jurídico (como, por ejemplo, en el caso de "obsceno"), se pueden producir dos situaciones: o la definición doctrinal es una redefinición meramente lexicográfica que se limita a repetir asertivamente los términos valorativos usados por la ley (por ejemplo: "es 'obsceno' aquello que ofende el sentido mayoritario del pudor" y, en ese caso, es banalmente verdadera, pero no son verificables ni falsables los usos del concepto así redefinido; o bien la definición doctrinal es, en realidad, una redefinición convencional que precisa normativamente la denotación del concepto legal (por ejemplo: "es 'obsceno' cualquier relación sexual practicada en público"), en cuyo caso esa redefinición no es verdadera ni falsa (es una "norma apócrifa", como diría Riccardo Guastini), aunque luego sean aproximativamente verificables o falsables sobre la base de ella los usos del concepto así redefinido. Obviamente, entre estos tres casos existe una gama indefinida de casos intermedios.

Resulta así confirmada nuestra segunda hipótesis de trabajo. Los dos postulados del iuspositivismo son prescriptivos en sentido fuerte o jurídico si los dos correspondientes principios de legalidad están recogidos y son satisfechos por el ordenamiento jurídico de referencia. Por otra parte, sólo en este caso se puede hablar de "ciencia jurídica" en el sentido de un conjunto de aserciones sobre el derecho aceptables como verdaderas. La inclusión en el ordenamiento del principio de mera legalidad es, en efecto, la condición que permite aseverar las tesis que enuncian la vigencia de las normas. El cumplimiento adicional del principio de estricta legalidad es la condición para aseverar también las tesis, doctrinales y judiciales, que hacen uso de los conceptos utilizados por las normas. Esto vale, obviamente, sólo de forma aproximativa y tendencial, dado que la taxatividad o estricta legalidad de las leyes no es nunca perfecta y resulta inevitable un cierto grado de integración normativa del objeto de

investigación por parte de los juristas (y de los jueces): ningún derecho, desde este punto de vista, es jamás íntegramente "positivo". Debemos hablar, por tanto, de *grado de cientificidad*, en función del grado en que se cumpla el principio de estricta legalidad y pueda satisfacerse el correspondiente postulado meta-científico.

Por otra parte, si el principio de estricta legalidad es una norma sobre la producción de normas perteneciente al ordenamiento, su cumplimiento es también una condición de validez de las normas vigentes¹⁶. Si el principio está constitucionalizado, como sucede por ejemplo en el sistema penal italiano, se dirá que una ley vigente es válida (o bien formada) o inválida (o mal formada) en función de que permita (como el artículo 624 del código penal italiano, que regula el hurto) o no permita (como el artículo 529 del mismo código, que regula los comportamientos obscenos) el uso de los conceptos definidos por ella en tesis judiciales que, aunque sea de forma aproximativa, resulten verificables o refutables. Por su parte, se dirá que una tesis judicial es válida en el primer caso (cuando la ley vigente es válida o bien formada) sólo si es verdadera y en cambio, en el segundo caso (cuando la ley vigente es inválida o mal formada) la tesis judicial será válida aunque no resulte verificable. En ambos casos, la falta de verificación indica un defecto de validez: o bien de la ley o del juicio. En cambio, este defecto sólo puede darse en el juicio si el principio de estricta legalidad no

¹⁶ Sobre la distinción entre "validez" y "vigencia" (o "existencia") de las normas, extrañamente olvidada por la teoría general del derecho (pero no por la dogmática jurídica), *Cfr.* mi trabajo *La semántica, op. cit.*, pp. 115-130. Se puede decir que las condiciones de vigencia, que afectan al acto normativo, están establecidas por el principio de mera legalidad: *quid principi placuit legis habet vigores*, basta que esté determinado quién es el príncipe y qué formas hacen reconocible aquello que le place. Las condiciones de validez, en cambio, que afectan al significado de la norma, son establecidas por todos los principios que vinculan la producción de normas a requisitos, no de forma sino de contenido (no sólo el principio constitucional de estricta legalidad sino también los de libertad, igualdad y similares). La distinción es determinante para la comprensión de la estructura normativa de los estados de derecho, donde cualquier poder normativo (excepto el constitucional) está limitado también en el contenido por parte de normas superiores cuya violación hace inválidas (y anulables) a las normas vigentes producidas por él.

está constitucionalizado pero es satisfecho; y no se da nunca si el principio no está constitucionalizado ni está satisfecho: en estos casos, en efecto, estando el ordenamiento sujeto únicamente al principio de mera legalidad, coinciden la validez y la vigencia de las leyes, cualquiera que sea la formulación de las mismas. Finalmente, si el ordenamiento no reconoce siquiera el principio de mera legalidad, como sucede en los ordenamientos de derecho jurisprudencial, no se podrá hablar de verdad "jurídica" (como tampoco de "validez") en sentido alguno.

La cuestión, inicialmente dejada a un lado, de la cientificidad de los discursos de los juristas, así como la *vexata quaestio* del carácter descriptivo o normativo de la ciencia jurídica, no se resuelve, pues, en abstracto, sino en referencia a la estructura específica del concreto ordenamiento indagado. Sólo si forma parte de un ordenamiento jurídico el principio de legalidad, y en la medida en que se cumpla el de estricta legalidad, ese ordenamiento es susceptible de *descripción científica*, en el sentido de que pueden empíricamente denotarse con relativa certeza los eventos a los que sus normas asocian consecuencias jurídicas; si, además, el principio de estricta legalidad forma parte del ordenamiento como norma sobre la producción de normas, éste permite también, como veremos, la *crítica científica*, calificando como inválidas las normas que no satisfacen aquel principio. En consecuencia, no se puede hablar de una única meta-ciencia del derecho: como hemos conjeturado al inicio, en función de la naturaleza del objeto de la ciencia jurídica, que es un objeto histórico y artificial, varían los principios meta-científicos o, al menos, su forma prescriptiva.

6. LA FUNCIÓN PRAGMÁTICA DE LA META-CIENCIA JURÍDICA

La posibilidad de una ciencia del derecho, como se ha dicho ya, depende de la estructura normativa del derecho indagado: más específicamente, del hecho de que este incluya y satisfaga los dos principios de legalidad sobre los que se basan los dos

correspondientes postulados meta-científicos del iuspositivismo. A la inversa, puede ahora añadirse que los cambios en la estructura normativa del derecho positivo —es decir, del objeto del conocimiento jurídico— son, a su vez (y así lo han sido históricamente) ampliamente dependientes del papel pragmático ejercido en ellos por la ciencia y por la meta-ciencia del derecho.

Tómese una norma penal que castigue lo que sea (o a quien sea) “enemigo”, “infiel”, “subversivo” o inmoral”.¹⁷ El segundo postulado meta-científico del positivismo jurídico, que exige definiciones de los conceptos penales que permitan el uso del concepto definido en tesis verdaderas del tipo “*x es R*”, no queda satisfecho en ese caso, ya que no es verificable ni refutable la tesis “*x es un enemigo (o infiel, inmoral o similar)*”. Esto puede depender del hecho de que el principio de estricta legalidad sea violado por el juez o bien del hecho de que ese principio no exista como norma sobre la producción de normas en el ordenamiento de que se trate. En el primer caso, la pretensión expresada por el segundo postulado meta-científico está fundamentada, pero es incumplida porque la ley es inválida, formulada en contradicción con el principio constitucional de estricta legalidad. En esos casos, es tarea del jurista, no menos que del juez, censurar la invalidez y solicitar su remoción en vía de control de constitucionalidad o mediante la reforma de la ley. En el segundo supuesto, la pretensión meta-científica es infundada, pero también lo es, a su vez, cualquier pretensión de conocimiento jurídico: el jurista, y también el juez, puede definir como quiera lo que es un “enemigo” o lo que es “inmoral”. Pero, precisamente para frenar este incontrolado decisionismo, se han

¹⁷ No se trata de ejemplos de laboratorio. Figuras delictivas así formuladas se encuentran en todos los sistemas penales totalitarios. Y no faltan siquiera en el ordenamiento italiano: piénsese, por ejemplo, en los delitos de “actos hostiles” (artículo 244 del Código penal italiano), de “asociaciones antinacionales” o “subversivas” (artículos 171 y 270 del Código penal italiano), de “propaganda o apología subversiva o antinacional” (artículo 272 del Código penal italiano) y similares; y piénsese también en las medidas preventivas previstas contra los “ociosos” o los “vagabundos”, los “dedicados a tráfico ilícito”, los “proclives a delinquir” o “quienes desarrollen otras actividades contrarias a la moral pública”.

incorporado en los ordenamientos modernos —después de su elaboración a nivel meta-científico por parte de la filosofía penal iluminista— los dos principios de legalidad y, en especial, el de estricta legalidad: esos principios garantizan el valor político de la inmunidad del ciudadano ante la arbitrariedad punitiva en la medida en que aseguran el modelo epistemológico, ilustrado hasta el momento, de la relativa certeza a) de cuáles son las leyes aplicables y b) de sus contenidos o significados normativos.

He ejemplificado dos casos en los que la epistemología iuspositivista desarrolla (o ha desarrollado) un papel crítico respecto del derecho objeto de la ciencia: en el primer caso, se trata de un papel crítico *desde dentro*, con el objeto de invalidar jurídicamente las leyes que incumplen el modelo epistemológico, que es también modelo constitucional; en el segundo caso, se trata de un papel crítico *externo*, con el objeto de reformar la estructura legal y, tal vez, constitucional del ordenamiento. En ambos casos, estamos en presencia de un rol crítico de la meta-ciencia respecto de universo del discurso de la ciencia jurídica, que no puede encontrarse en ninguna otra disciplina científica o meta-científica. El vínculo entre meta-ciencia jurídica, ciencia del derecho y derecho es, en suma, mucho más estrecho, dinámico y complejo que el que se da entre meta-ciencia, ciencia y realidad en otros campos del saber. No es sólo una relación semántica, consistente en el hecho de que la meta-ciencia tiene por objeto (o es ciencia de) la ciencia y la ciencia tiene por objeto (o es ciencia de) el universo indagado, sino que es también una relación pragmática. Esta relación se manifiesta en una interacción recíproca entre meta-ciencia del derecho y derecho: no sólo en la dependencia ya destacada de la primera respecto de la estructura específica y contingente del segundo, sino también en las críticas interna y externa a las que el segundo puede ser sometido por parte de la primera, pudiendo incluso proponer su modificación. Ninguna otra ciencia, como la jurídica, puede pretender criticar y reformar su objeto.

Creo que no se insistirá nunca suficiente en esta diferencia —que es la diferencia de fondo— entre ciencia (y meta-ciencia) del derecho y todas las demás ciencias, incluidas las sociales.

El derecho positivo, esto es, dictado o construido histórica y espacialmente, es una realidad completamente humana y artificial. Los juristas, por tanto, construyen o, al menos, participan de la construcción de su propio objeto: no sólo en el sentido idealista, común en todas las demás ciencias, de que el objeto de estudio es pensado, interpretado o reconstruido por ellos mediante sus categorías teóricas, sino también en el sentido, si se quiere, realista de que el derecho es creado por los hombres y éstos lo hacen y rehacen, en gran medida, sobre la base de las doctrinas y de las teorías elaboradas por los juristas. Esta circunstancia, obsérvese bien, no incide por sí misma en el carácter "científico" de los discursos de los juristas, referido únicamente a su forma sintáctica y a su referencia semántica: en la medida en que es creado por los hombres y, es más, precisamente por ser "positivo", el derecho es en todo caso un conjunto de datos empíricos; y de cualquier fenómeno empírico puede tenerse conocimiento científico. Sin embargo, esa circunstancia pone de manifiesto el carácter civil y político de la meta-ciencia jurídica, cuyos imperativos están vinculados al modelo de derecho no sólo dado sino también perseguido por el jurista, sobre la base de los principios de legitimación interna del propio ordenamiento indagado o bien de principios de justificación externos al mismo.

A partir de aquí, creo que puede aclararse mi desacuerdo con el liberalismo epistemológico de Villa y la razón de mi opción "político-liberal" por una "epistemología antiliberal" (según las palabras de Zolo), como es la verificacionista. Se puede decir que cuanto más limitado esté el derecho positivo por normas sobre la producción de normas que condicionen su validez al cumplimiento de requisitos no sólo de forma sino también de contenido —empezando por la taxatividad de las disposiciones legales—, más vinculantes son para la ciencia jurídica, como reflejo, las prescripciones iuspositivistas que regulan la formación de los conceptos científicos y son también más descriptivos y controlables los usos de esos conceptos en la ciencia y en la práctica jurídica. En este sentido, la opción política liberal-garantista converge con la opción epistemológica antiliberal o restrictivamente verificacionista. Esto es así porque el antili-

beralismo epistemológico no es más que el reflejo de los vínculos normativos impuestos a los poderes públicos como garantía de la libertad de los ciudadanos.

La opción a favor de una epistemología verificacionista no es, sin embargo, necesariamente política. Como he intentado mostrar, esa opción viene impuesta, al menos a la ciencia jurídico-penal, por imperativos internos de los ordenamientos desarrollados —y, seguramente, del ordenamiento italiano— como los dos principios de legalidad anteriormente ilustrados. Esos principios tienen, indudablemente, la función política de limitar el poder normativo del legislador y del juez, vinculando el primero a la taxatividad fáctica de las previsiones legales, y el segundo a una técnica de decisión basada en el valor de verdad de la motivación (y no en otros valores) que requiere la carga de la prueba por parte de la acusación y hace posible para la defensa utilizar el contradictorio y la refutación. Pero esos principios de legalidad son, a su vez, normas positivas, que hacen posible el conocimiento jurídico y excluyen jurídicamente modelos de ley y de aplicación de la ley puramente decisionistas o sustancialistas o inquisitorios. La aceptación de esos principios no requiere, pues, una adhesión política, sino que se identifica simplemente con lo que Hart denomina el “punto de vista interno” respecto del derecho, que no es otra cosa que el punto de vista de la validez o, si se prefiere, el punto de vista de las normas superiores que regulan la producción de normas¹⁸: Yo podría ser un antiliberal y no aceptar políticamente los valores de estricta legalidad o de libertad de expresión establecidos por la constitución italiana, pero debería igualmente reconocer la ilegitimidad constitucional de una ley penal que sancionase, por ejemplo, la hostilidad al Estado, sin mayor precisión, o que prohibiera la crítica al gobierno; en sentido contrario, puedo ser un liberal y criticar ásperamente las normas mencionadas aunque, por hipótesis, estén incluidas en la constitución, pero no por ello po-

¹⁸ Como es sabido, sostiene una opinión contraria Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 87 y passim.

dría declarar válidas o inválidas las normas inferiores coherentes o incoherentes con aquellas.

En cambio, sí sería necesario adoptar una opción política si los principios de legalidad no estuvieran incorporados en el ordenamiento como normas positivas. En ese caso, sería también lícita una epistemología verificacionista que recomendase a los juristas formular los conceptos jurídicos de forma que su uso estuviera dotado de valores de verdad. Por otra parte, esto es lo que los juristas han hecho casi siempre o, al menos, han intentado hacer, incluso en los sistemas jurídicos no codificados. Toda la refinadísima elaboración civilista desarrollada por los jurisconsultos romanos a través de la construcción de conceptos dotados de denotación unívoca y rigurosa parece dictada por imperativos propios de una epistemología verificacionista. Estos imperativos, no obstante, hasta el momento en que fueron incorporados a los ordenamientos de los modernos “estados de derecho”, eran imperativos externos, aceptados y observados en virtud de opciones políticas y no con fuerza de normas jurídicas sobre la validez. A propósito de los usos de los conceptos así elaborados, no podía, por tanto, hablarse de verdad “jurídica”, sino únicamente de verdad relativa a las convenciones lingüísticas sugeridas por el jurista a través de una actividad no científica (o de reconocimiento léxico) sino puramente normativa. De forma análoga, si no dispusiésemos de una constitución ni de un código penal, los juristas que sostuvieran el valor garantista de la certeza y pretendieran, aunque sólo fuera con la autoridad otorgada por su prestigio, limitar el poder judicial, deberían estipular definiciones taxativas en la mayor medida posible, de modo que fuera posible la verificación y la refutación de los usos operativos de los conceptos por ellos definidos. Pero este trabajo, aunque muy loable, no sería descriptivo y mucho menos científico, sino directamente prescriptivo; y no estaría tampoco justificado (ni sería vinculante) jurídicamente, sino sólo políticamente.

Por otra parte, me resulta difícil entender en nombre de qué dogma post-empirista superior el “liberalismo” epistemológico post-positivista debe antiliberalmente precluir una epistemolo-

gía verificacionista,¹⁹ como es la que no sólo viene impuesta normativamente, en los ordenamientos desarrollados, por el principio de estricta legalidad, sino también de hecho seguida tendencialmente por los juristas que mejor han comprendido la función política de su trabajo. Obviamente, debe quedar claro de qué verificacionismo se está discutiendo. A menudo, en la polémica post-positivista, se asume como cómodo adversario, por un lado, al realismo gnoseológico vulgar, que era común en el primer neopositivismo lógico y que concebía la verdad como “correspondencia” de tipo ontológico metafísico entre palabras y hechos,²⁰ y, por otro lado, a la tradición penal iluminista que concibió ingenuamente la decisión judicial como “verificación del hecho”, “boca de la ley” y “silogismo perfecto”. Tengo la impresión de que muchos antiverificacionistas, negando junto a la idea metafísica de la verdad como correspondencia “objetiva” o “absoluta” la posibilidad de alcanzar verdades relativas, aproximativas y siempre condicionadas por el lenguaje empleado, son los únicos que aún toman en serio esas ingenuidades epistemológicas: son, en definitiva, como ha escrito Popper, “verificacionistas decepcionados” que, ante la imposibilidad de alcanzar verdades ciertas y definitivas dan pie, con su escepticismo, a “la fuga hacia el irracionalismo”.²¹ Además, en la ciencia del derecho, precisamente porque el derecho, a diferencia de la naturaleza, queda afectado directamente por las fugas escépticas e irracionistas de quien se ocupa de él, el antiverificacionismo epistemológico es, de hecho, solidario con las tendencias sustancialistas y decisionistas que, en la práctica, tienden siempre a llevar la ventaja. Y, francamente, no me parece adecuado, con los tiempos que corren, que estas tendencias tengan también el apoyo de la epistemología.

¹⁹ Me refiero, en particular, a las objeciones de Danilo Zolo.

²⁰ Recuérdense las tesis del primer Wittgenstein, de Russell, Schlick, Carnap y Ayer.

²¹ Popper, K. R., *Congettura e confutazioni*, op. cit., pp. 391 y 425.

LA PRAGMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO*

1. LA ILUSIÓN DE LA NEUTRALIDAD

La idea de que los discursos científicos tienen una inescindible dimensión pragmática es, ciertamente, uno de los rasgos característicos de la epistemología post-empirista actual. Como ha mostrado Vittorio Villa, la reflexión epistemológica ha reconocido desde hace muchos años que no sólo las ciencias sociales y jurídicas, cuyo objeto incluye normas y valores, sino también las ciencias naturales no son nunca pura y completamente asertivas, incluyendo siempre una inevitable dimensión valorativa y normativa tanto en la construcción de los conceptos y de las teorías como en las estrategias de la investigación empírica. En consecuencia, la vieja ilusión paleo-neopositivista, y también weberiana y kelseniana, de la neutralidad de las ciencias, incluidas las sociales y jurídicas, ha sido abandonada. Y, paradójicamente, hace hoy plausible la hipótesis, tantas veces sugerida por Vittorio Villa,¹ de una posible asimilación (si no

* Título original: "La pragmatica della teoria del diritto", manuscrito. Traducción de Jordi Ferrer.

¹ Sobre las analogías entre ciencia jurídica y ciencias naturales y sobre la crítica de las dicotomías "descriptivo/prescriptivo" y "juicios de hecho/juicios de valor", véase V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, Giuffrè, 1984; *id.*, "La metagiurisprudenza analitica e la dicotomia descrittivo/prescrittivo", en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano,

unificación) de las distintas ciencias sobre bases distintas a las del proyecto, que fue propio del Círculo de Viena, de una ciencia unificada por el carácter neutral, empíricamente verificable y falsable de sus aserciones: sobre la base, precisamente, de la presencia de elecciones, definiciones estipulativas y juicios de valor y, por ello, de una insuprimible dimensión pragmática, tanto en la investigación experimental como en la elaboración teórica.

La tesis de la neutralidad de la ciencia jurídica, de la que se discutió ampliamente en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado si era una ciencia empírico-descriptiva o una ciencia normativa, parece, pues, después de la crisis de la propia epistemología del primer neo-empirismo lógico, insostenible. Esta tesis, sostenida respecto de la teoría del derecho por Hans Kelsen y Norberto Bobbio, que era, por ello, llamada “pura” o “formal”, ha sido caracterizada durante mucho tiempo como una de las implicaciones del positivismo jurídico: la ciencia jurídica —esta es la tesis meta-teórica y metodológica del normativismo kelseniano y del formalismo de Bobbio— no tiene por objeto el “derecho que debe ser” sino el “derecho que es”, es decir, el derecho dictado y producido por el Estado, debiendo huir, pues, de todo discurso valorativo, que corresponde más bien a las filosofías de la justicia. La neutralidad de la ciencia jurídica, desde esta perspectiva, era un corolario de la propia noción de “derecho”, es decir, del objeto de la ciencia del derecho. Y la noción de “derecho”, a su vez, era un corolario de un postulado iuspositivista que, como veremos, no es ya sostenible en los ordenamientos dotados de constitución rígida, según el cual “derecho válido” equivale a “derecho existente” y éste último es, precisamente, el objeto empírico consistente en el discurso normativo del legislador. La teoría del derecho tendría entonces la función de analizar la estructura formal de ese discurso y las disciplinas jurídicas particulares tendrían la función de interpretar el significado del mismo.

Giuffrè, 1990, pp. 617-665; *Id.*, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 1993; *Id.*, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999.

Si esto es verdad, la tesis de Kelsen y Bobbio de la neutralidad de la ciencia y de la teoría del derecho parece hoy explicable, ya no en el plano epistemológico, sino en el plano filosófico-jurídico y filosófico-político: más que con los argumentos neo-positivistas de la ausencia o del rechazo de los juicios de valor en el contexto de los discursos científicos, se explica por la voluntad de defender el positivismo jurídico y, con él, el principio de legalidad sobre el que se funda el estado de derecho contra las permanentes inclinaciones iusnaturalistas de una parte de la vieja filosofía jurídica, por una parte, y contra las orientaciones idealistas, antiformalistas, organicistas y variadamente irracionalistas que, en la primera mitad del siglo xx pusieron en crisis, junto a la autonomía del derecho frente a la moral y a la política, el papel mismo del derecho como técnica de limitación del poder y, en consecuencia, el principio, propio del estado de derecho, de la rígida sujeción a la ley de cualquier poder.

Nos encontramos, pues, frente a un caso paradigmático de condicionamiento de una teoría —la meta-teoría de la neutralidad de la ciencia jurídica— por parte de opciones valorativas previas. Se podría, de hecho, aplicar a esta teoría de la neutralidad la tesis de Vittorio Villa sobre la presencia de juicios de valor en las partes “altas” de la teoría. Villa lo ha hecho en referencia, por ejemplo, a la teoría kelseniana de la norma, en cuya base ha encontrado la defensa de los valores de la certeza y de la igualdad.² Pero la situación es mucho más evidente, y aparentemente paradójica, respecto de la metateoría kelseniana de la pureza y de la neutralidad, ya que la defensa de la neutralidad de la ciencia jurídica va unida de modo inescindible, tanto en el pensamiento de Kelsen como en el de Bobbio, a la defensa de la objetividad o positividad del derecho, es decir, del positivismo jurídico, que, a su vez, va unida a la defensa del estado de derecho contra las nostalgias del derecho premoderno por un lado y contra las experiencias del totalitarismo, por el otro.

Podemos añadir, por otra parte, que la epistemología paleo-iuspositivista comparte con la epistemología paleo-neopositivista un mismo radicalismo meta-epistemológico de tipo axiológico.

² Villa, V., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, op. cit., pp. 240-243.

Esto es así, dado que el radicalismo del primer neopositivismo fue producto de la voluntad de defender la razón científica —es más, la “razón” en sí misma— contra los distintos irracionalismos metafísicos (idealistas, esencialistas o espiritualistas) de gran parte de la filosofía de la primera mitad del siglo xx. En ambos casos, además, lo que se defendía era una tradición de honestidad intelectual, de rigor científico y analítico, contra tantos *ideologismos* que amenazaban el rol civil, antes incluso que el cognoscitivo, de la investigación científica y de la reflexión filosófica. No hace falta decir que todo esto no niega, sino confirma, la tesis de la no neutralidad de la ciencia jurídica. La defensa del estado de derecho refleja, en efecto, una elección valorativa que, por ello, no es verdadera ni falsa, y que sería ilusorio fundar sobre una meta-teoría de la neutralidad: esa teoría, precisamente por ser insostenible, puede convertirse, a su vez, en una tesis ideológica y oculta, enmascarándolas como técnicas o científicas, opciones políticas y jurídicas de valor, de hecho presentes en el trabajo del jurista.

2. MODELOS DE DERECHO Y EPISTEMOLOGÍAS JURÍDICAS. EL PARADIGMA IUSPOSITIVISTA

El objetivo que me propongo en este punto es analizar la dimensión pragmática de la ciencia jurídica, es decir, los momentos de la actividad del jurista en que intervienen inevitablemente elecciones y valoraciones. La naturaleza de esta dimensión varía en función de los distintos tipos de experiencia jurídica. No existe, en efecto, una epistemología de la ciencia jurídica válida para cualquier ordenamiento, para cualquier tiempo y cualquier lugar: tanto para el derecho premoderno, desde el derecho romano antiguo hasta el *iuscomune* de la edad media, como para el derecho positivo basado en el monopolio estatal de la producción jurídica; para el derecho de los ordenamientos paleoliberales basados en la primacía de la ley, cualquiera que ésta sea, y para los ordenamientos dotados de constitución rígida; para los sistemas anglosajones de *common law* y para los sistemas europeos de *civil law*. Dado que el derecho no es un fenómeno natural sino un producto social, cuya naturaleza y

estructura varía en función del tiempo y el lugar, la epistemología de la ciencia del derecho depende de forma estrecha de la naturaleza del derecho mismo, es decir, del lenguaje en que éste consiste, y ha variado con los cambios de paradigma que el derecho ha sufrido en su historia milenaria.

Distinguiré, por tanto, sumariamente, tres paradigmas epistemológicos distintos, que se corresponden con tres modelos de derecho, con tres distintos estatutos del lenguaje jurídico y con tres teorías de la validez: el derecho premoderno, de tipo jurisprudencial y doctrinal, el derecho positivo moderno, de tipo legislativo, y el derecho positivo contemporáneo, subordinado a constituciones rígidas. Cada uno de estos modelos se corresponde, por otra parte, a grandes rasgos, con tres momentos históricos y con tres distintos tipos de sistema político: el antiguo régimen, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho. La diferencia entre ellos es, sin embargo, una operación meta-teórica, antes que historiográfica: los tres modelos de derecho y sus tres distintos reflejos sobre la dimensión pragmática de la ciencia jurídica serán identificados y discutidos aquí como paradigmas teóricos abstractos, de los que interesa definir la estructura normativa, más allá del hecho de que, en las respectivas fases históricas, cada uno de ellos figure simplemente como modelo dominante y todos ellos contengan, en la realidad, elementos de los otros.

No me detendré en el primer modelo (el del derecho premoderno), excepto para decir que este se basaba en un derecho de producción jurisprudencial y doctrinal, no legislativa), fruto de forma prevaleciente de las costumbres, de los precedentes judiciales y del conocimiento de los doctores. También este derecho consistía en un lenguaje. Pero no se identificaba con un único lenguaje-objeto —el discurso y el lenguaje del legislador— distinto y separado, como objeto de estudio, del lenguaje natural de los juristas. Más bien consistía en un universo lingüístico complejo, en el cual las fuentes legisladas, provenientes de ordenamientos distintos y concurrentes, eran coordinadas y sistematizadas por la doctrina y la jurisprudencia dentro del cuerpo del viejo derecho romano justiniano, llamado, por ello, “común”, transmitido por la tradición y constantemente actua-

lizado y desarrollado por la propia doctrina. Está claro que en el marco de un paradigma como éste, que permanece en muchos aspectos en los sistemas de *common law*, la ciencia jurídica es directamente normativa, identificándose de hecho con el propio derecho por ella reelaborado y unificado. En ausencia de un sistema formalizado de fuentes, la validez de una tesis jurídica depende, en efecto, no ya de su carácter positivo, sino de su justicia o racionalidad intrínsecas, es decir, de su valoración y argumentación como justas o racionales en sí mismas.

Sólo a partir de la consolidación del monopolio estatal de la producción jurídica y, por ello, del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y, antes aún, existente, se produce una neta separación de la ciencia jurídica y el derecho que es objeto de aquella, considerándola como meta-discurso sobre el discurso en el que se formula el derecho "positivo". Es en este cambio de paradigma producido sobre las meta-normas de reconocimiento de las normas jurídicas —ya no su justicia y racionalidad intrínsecas, sino su conformidad con las normas sobre su producción, ya no su contenido sino la forma de los actos de los que son producto— en el que cabe situar el rasgo distintivo del positivismo jurídico, en contraste con el iusnaturalismo que había sido la cultura, la meta-teoría, subyacente a la ciencia y a la experiencia jurídica premoderna: cuando, en ausencia del principio de legalidad como norma exclusiva de reconocimiento del derecho válido, era el "derecho natural" como sistema de normas y principios considerados justos o racionales en sí mismos, el parámetro de legitimación y al mismo tiempo de reconocimiento de la validez de las tesis propuestas tanto por la doctrina jurídica como por la práctica judicial.

El derecho positivo moderno nace en el momento en que se afirma el principio de legalidad como meta-norma de reconocimiento, como garantía de la seguridad jurídica y de la libertad frente a la arbitrariedad. Gracias al principio de legalidad, que se implementa en la codificación, todas las normas jurídicas y, por ello, todas las reglas de uso del lenguaje jurídico existen y son válidas en la medida en que sean "dictadas" por autoridades establecidas sobre la base de otras normas de competencia normativa. En consecuencia, los discursos de la ciencia jurídi-

ca dejan de ser inmediatamente formativos para pasar a ser preferentemente "interpretativos" de los textos legislativos, esto es, explicativos de un objeto —el derecho "positivo" en la medida en que sea dictado mediante legislación— que es autónomo e independiente de la ciencia.

Podemos denominar *dogmática* al conjunto de estos discursos dirigidos a interpretar, explicar y coordinar los significados expresados en el lenguaje legal. Por efecto del principio de legalidad, en efecto, estos textos asumen para el jurista el valor de "dogmas", en el sentido de que es sobre la base de ellos que se funda la aceptabilidad de los conceptos y de las tesis elaborados por él.³ El derecho, en la medida que es "positivo", esto es, producido de las formas pre-establecidas por las normas sobre su producción, se convierte en el objeto de la ciencia jurídica y ésta asume, al menos tendencialmente, un carácter cognitivo. Pero resulta claro que la *interpretación* del lenguaje legal, que constituye el conocimiento de ese específico objeto, no es nunca, como ha mostrado el propio Kelsen, una actividad puramente cognitiva, a causa de los márgenes más o menos amplios de indeterminación semántica de las formulaciones normativas. Esas formulaciones exigen inevitablemente elecciones interpretativas basadas en juicios de valor, en las que se expresan lo que Mario Jori ha denominado "poder semiótico".⁴

Con la afirmación del paradigma iuspositivista, por otra parte, se abre un espacio autónomo para la *teoría del derecho*. En efecto, no todos los conceptos y las tesis de la ciencia jurídica son el fruto de "interpretaciones" de los textos legislativos. Se

³ "Dogmática" no es un término especialmente adecuado. Pero es, sin duda, preferible al de "disciplinas jurídicas positivas" o "particulares", dado que también la teoría del derecho es una disciplina de derecho positivo y no se opone a la dogmática por la "generalidad" o "no particularidad" de su objeto, sino por el nivel específico de abstracción de sus conceptos y enunciados. Y es preferible, además, precisamente porque hace referencia al carácter de "dogmas" de las normas legales para los discursos de los juristas consistentes en su interpretación y expresa, por ello, el reflejo epistemológico de ese postulado teórico y meta-teórico del positivismo jurídico que es el principio de legalidad.

⁴ Jori, M., *Pragmatica giuridica, descrizione e interpretazione del diritto*, ponencia presentada en el congreso llevado a cabo en Palermo el 26 de septiembre de 1997, p. 15 del manuscrito.

dan también conceptos y tesis teóricas elaborados por los juristas independientemente del análisis del lenguaje legal: piénsese, por ejemplo, en los conceptos de norma, obligación, derecho subjetivo, validez, ordenamiento y similares, cuyos significados no son obtenidos a partir de la interpretación del lenguaje legal, sino que se trata de construcciones de carácter convencional, fruto de decisiones discrecionales, condicionadas por su alcance empírico y por su capacidad explicativa. Y es en estas decisiones donde reside también un primer e inevitable aspecto de la dimensión normativa de la teoría del derecho. Incluso una teoría del derecho axiomatizada, desarrollada en un lenguaje artificial y rigurosamente formalizado, es una teoría neutral en la derivación de teoremas a partir de las premisas estipuladas, pero fruto de elecciones basadas también en juicios de valor, en la estipulación de las premisas, tanto si éstas son postulados como definiciones.

3. LENGUAJE DOGMÁTICO Y LENGUAJE TEÓRICO EN LA CIENCIA JURÍDICA

No insistiré en la tesis, hoy en buena medida asumida como obvia, de la inevitabilidad de los juicios de valor en los discursos de los juristas, con independencia de su carácter dogmático o teórico. En cambio, debo reconocer mi deuda con Mario Jori por dos precisiones acerca de mi distinción, que él critica,⁵ entre esos dos niveles de discurso de la ciencia jurídica: el de la interpretación dogmática del lenguaje ordinario del legislador en otro lenguaje, a su vez, ordinario, y el de la elaboración de la teoría del derecho en un lenguaje artificial y convencional.

La primera precisión hace referencia al significado de los términos “lenguaje ordinario” y “lenguaje artificial”. Se trata de una distinción que he utilizado —a efectos meramente explicativos, de forma paralela a la distinción propia de las ciencias naturales y de una perspectiva vetero-neopositivista entre “lenguaje observacional” y “lenguaje teórico”— como una de las connota-

⁵ *Ibid.*, pp. 3-7.

ciones (no la única y quizás tampoco la más importante) de otra distinción, que es la distinción meta-teórica que me interesa verdaderamente: la que se puede realizar entre “lenguaje dogmático” o de la dogmática y “lenguaje teórico” o de la teoría del derecho, como lenguajes distintos por la diversidad de métodos con los que son construidos.

Entiendo, pues, por “lenguaje dogmático” el lenguaje empleado por los jueces y juristas en la interpretación –operativa o doctrinal– del lenguaje legal. Su rasgo distintivo es que las reglas de uso por las que se rige son las propias normas, dictadas “dogmáticamente” por el legislador, de forma más o menos precisa, en el lenguaje ordinario en el que se formulan las leyes. En este sentido, también éste es un lenguaje ordinario (más precisamente, un meta-lenguaje): el lenguaje común en el que son interpretados, explicados o redefinidos los significados de los términos y, en general, de los textos normativos producidos por el legislador. Esto no quiere decir que el lenguaje ordinario de la dogmática sea simplemente el lenguaje natural y no sea también un lenguaje “técnico”. No supone, según una feliz expresión de Mario Jori que yo mismo he tenido ocasión de utilizar y suscribir, que éste no sea un lenguaje “administrado” por jueces y juristas.⁶ Si se prefiere, podemos también considerarlo “artificial”, en el mismo sentido en que podemos llamar “artificial” al lenguaje jurídico producido por el legislador, respecto del cual el lenguaje dogmático es el metalenguaje en el que se realiza su interpretación. Pero este sentido de “artificial” es totalmente distinto del sentido en que decimos que es “artificial” el lenguaje teórico, construido, en cambio, por la teoría. Sus definiciones, como he escrito ya otras veces, son “redefiniciones léxicas” –ancladas en el léxico del lenguaje objeto (“positivo”) del legis-

⁶ M. Jori, “Definizioni giuridiche e pragmatica”, en *Analisi e diritto. 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, editado por Comanducci, R. y Guastini, R., Torino, Giappichelli, 1995, p. 123; *Id.*, “Pragmatica giuridica...”, *op. cit.*, p. 7; *Id.*, “Uberto Scarpelli tra semantica e pragmatica del diritto”, en L. Gianformaggio y M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè 1997, pp. 520 y ss. He utilizado esta expresión en “La filosofía jurídica analítica italiana. Bilancio e prospettive”, en *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 92.

lador—, aunque con todos los márgenes de discrecionalidad, es decir, de “poder semiótico”, que dejan abiertos la vaguedad y la imprecisión del lenguaje legal.

Por *lenguaje teórico*, en cambio, entiendo el lenguaje de la teoría del derecho, cuyos términos son, precisamente, contruidos por el propio teórico mediante definiciones estipuladas por él. Una definición teórica tiene la forma: “Se propone (o se conviene) entender (por ejemplo) por ‘derecho subjetivo’...”. Es precisamente esta naturaleza convencional la que hace de ese lenguaje un lenguaje artificial que, a diferencia del dogmático, puede ser incluso formalizado en una teoría axiomatizada sobre la base de rigurosas reglas de formación y de transformación. Está claro que en la teoría desarrollada en ese lenguaje no son valorativas las derivaciones de los teoremas a partir de las definiciones y de los postulados. Pero sí lo son las definiciones y los postulados mismos que, precisamente, porque son convencionales y, por tanto, prescriptivos suponen elecciones que no pueden ser ignoradas. Estas elecciones son de naturaleza diversa. A menudo, son elecciones guiadas por valoraciones que favorecen la capacidad explicativa. Otras veces, son elecciones que podríamos considerar de carácter estético: una definición es preferible a otra porque es más simple o completa o más cercana a los usos comunes del término definido. Pero también algunas elecciones básicas son de carácter ético-político, al menos en el sentido de que sirven para fundar los valores ético-políticos que informan el tipo de derecho objeto de la teoría. Piénsese, por ejemplo, en conceptos como “validez”, “derechos fundamentales” o “garantías”, que en ordenamientos dotados de constitución rígida pueden valer o no, en función de las definiciones que se hagan de los mismos, como claves de lectura de los límites y de los defectos de la legislación vigente.

Puede suceder que el uso de expresiones como “lenguaje ordinario” y “lenguaje artificial” o, más aún, las analogías entre las parejas “lenguaje dogmático”/“lenguaje teórico” en la ciencia jurídica y “lenguaje observacional”/“lenguaje teórico” en las ciencias naturales y entre sus respectivos instrumentos de investigación —la interpretación o el análisis del lenguaje en la pri-

mera y la observación empírica, en las segundas⁷— puedan llegar a resultar engañosas, como parecen señalar las críticas de Jori, a los efectos de explicar la distinta naturaleza de la dogmática y de la teoría del derecho y los diversos métodos de formación de sus respectivos conceptos y enunciados. Lo que importa es que se reconozca la distinta naturaleza de conceptos como “hurto”, “homicidio”, “mutuo” o “comodato”, cuyo significado es el establecido por el legislador, y de conceptos como “validez”, “derecho subjetivo”, “ordenamiento” o “persona jurídica”, cuyo significado es definido convencionalmente por la teoría.

Podemos aclarar esta distinta naturaleza diciendo que, si queremos comprender mejor el significado de los términos del primer tipo, lo primero que debemos hacer necesariamente es *leer* los artículos de la ley que hacen uso de los mismos en sentido normativo; en cambio, no tendría sentido que para comprender mejor el significado de los términos del segundo tipo recurriéramos a las normas de derecho positivo en las que son utilizados. Ciertamente, como se ha dicho, tampoco la interpretación es puramente cognitiva. Ésta consiste en la asignación de un significado a un enunciado, entre todas las opciones planteadas por la imprecisión de las palabras en las cuales está formulado. Pero esta operación no es nunca totalmente arbitraria, por lo que debe ser justificada sobre la base del significado, aún impreciso, que esas palabras tengan en el lenguaje común. Es pues perfectamente posible, respondiendo a otra objeción de Jori,⁸ afirmar que una definición o una tesis dogmática es “jurídicamente verdadera” o “jurídicamente falsa” (con todas las comillas del caso) y responder, por ejemplo, a un estudiante que en un examen confunde el hurto con la apropiación indebida o el

⁷ Sobre estas analogías, me remito a mi trabajo “La semantica della teoria del diritto”, en Scarpelli, U., (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 104-114. Sobre la relación entre observación empírica e interpretación jurídica y sobre sus analogías estructurales, pueden verse los comentarios de V. Villa, *Teorie della scienza giuridica...*, *op. cit.*, pp. 177-189.

⁸ Jori, M., “Pragmatica giuridica...”, *op. cit.*, p. 3.

mutuo con el comodato que sus respuestas son “erróneas”; en cambio, de una definición teórica o de un postulado no pueden predicarse siquiera aproximativamente la verdad o falsedad, sino sólo su mayor o menor adecuación o alcance empírico, valorables en el contexto global de la teoría. Las definiciones y las tesis del primer tipo están, en suma, vinculadas a los usos lingüísticos del legislador, mientras que las del segundo tipo lo están sólo a sus finalidades explicativas, relativamente independientes del concreto sistema jurídico asumido como referencia empírica.

Llegamos así a mi segunda matización. La distinción entre lenguaje teórico y lenguaje dogmático es metalingüística y metateórica, y hace referencia únicamente a distintos métodos de formación de los respectivos conceptos y enunciados, independientemente de los tipos de discurso en que esos procedimientos sean adoptados. No existe, en efecto, una demarcación disciplinar entre dogmática y teoría, sino sólo una separación metodológica. Es, por ello, indiscutible, como dice Jori,⁹ que los juristas que llevan a cabo discursos dogmáticos e interpretativos no sólo usan conceptos teóricos —como es obvio, dado que las teorías jurídicas son construidas precisamente para ser utilizadas por los dogmáticos— sino que los construyen mediante definiciones estipulativas, en función de las finalidades que persiguen: piénsese, por ejemplo, en la teoría del negocio jurídico o en las muchas definiciones, propuestas en los manuales, de los conceptos de “derecho subjetivo” o de “persona jurídica”. Pero esto significa simplemente que la dogmática no puede prescindir de la teoría, que dogmática y teoría están a menudo entrecruzadas, que, en definitiva, un buen jurista dogmático es también un teórico del derecho o, en cualquier caso, hace teoría jurídica, sea buena o mala, cuando propone definiciones de términos como “persona”, “acto jurídico”, “situación jurídica”, “deber”, “obligación”, etc. Del mismo modo, la teoría no puede prescindir de la dogmática, es decir, del conocimiento de los ordenamientos jurídicos concretos de los que se propone como

⁹ *Ibid.*, pp. 4-5.

teoría, y un buen teórico del derecho es también necesariamente un jurista positivo, cuyas elaboraciones, aun siendo convencionales, están apoyadas (o son semánticamente interpretables) por la explicación de las estructuras de esos ordenamientos sobre la base del análisis de las normas y de las instituciones que pertenecen a los mismos.

Otra cuestión, difícil y problemática, es delimitar los confines entre teoría y dogmática. ¿Cuándo un término es dogmático y cuando es teórico? Una primera y banal respuesta podría ser ésta: un término es dogmático cuando es definido o usado por el legislador con una función normativa, de modo que su uso equivale a una norma y, por ello, es un “dogma” que puede ser interpretado de distintos modos por el jurista, pero en ningún caso ignorado. Pero está claro que el uso legislativo de un término es una condición necesaria, pero no suficiente, para que el término pueda atribuirse al lenguaje dogmático. También las leyes hacen un amplio uso de términos teóricos —como “prohibido”, “obligatorio”, “acto”, “persona”, “derecho subjetivo”, etc.— sin que con ello definan normativamente su significado. Sólo si las leyes hacen un uso directamente normativo podrá decirse que el jurista está vinculado por él en los usos dogmáticos del término. Pero no quedará necesariamente vinculado a ese uso el teórico del derecho. Puede suceder perfectamente, por ejemplo (como en el caso del concepto de “bienes” definido por el artículo 810 del código civil italiano como “las cosas que pueden ser objeto de derechos”), que una definición legislativa sea acogida como definición teórica y hasta preferida, por no apartarse de los usos consolidados por ella, frente a otras posibles definiciones (por ejemplo, frente a la más amplia “son bienes las cosas que pueden ser objeto de situaciones jurídicas” — y por tanto también de obligaciones o prohibiciones— o frente a la más estricta “son bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos patrimoniales” —pero no de derechos fundamentales e indisponibles, como por ejemplo los órganos del propio cuerpo—). Pero esto dependerá únicamente de la contingente validez teórica de la definición legislativa en la red de conceptos y de tesis construida por la teoría y no, ciertamente, de un papel directamente normativo de la primera respecto de la segunda.

Todo esto no significa que no exista un nexo entre dogmática y teoría del derecho. Los conceptos y las tesis de la dogmática dan cuenta de la base empírica de la teoría del derecho. Y los conceptos y las tesis teóricas, aunque se formulen de forma independiente respecto de los usos legislativos, deben ser capaces de explicar y sistematizar el material conceptual elaborado por la dogmática. Tómese, por ejemplo, la definición que yo mismo he propuesto de "acto jurídico" como "comportamiento productor de efectos jurídicos".¹⁰ Su valor teórico y su alcance empírico residen, en mi opinión, en su capacidad explicativa de los rasgos estructurales que permiten unir en una misma clase a todos los comportamientos relevantes en el derecho tomando como característica definitoria el hecho de que normas jurídicas les asocien efectos jurídicos: desde los contratos a los testamentos, desde las leyes a los actos administrativos, desde los delitos a los actos de cumplimiento de normas. Pero su valor teórico reside también en su capacidad para excluir de su ámbito de denotación (como no-actos) los que a menudo son denominados "actos meramente lícitos" o "meramente debidos", como el caminar por una calle en la que no está prohibido circular o el simple uso de un bien de propiedad o el mero cumplimiento de una prohibición penal. Lo mismo vale para el concepto de "situación", que he definido como "modalidad (es decir, facultad, obligación, prohibición o expectativa) de actos jurídicos" a los efectos de incluir en su ámbito de denotación a todos los tipos de derechos, de poderes, de obligaciones y prohibiciones, pero también de excluir de ese ámbito a las meras facultades cuyo objeto no es un acto jurídico.

4. EPISTEMOLOGÍAS NORMATIVISTAS Y EPISTEMOLOGÍAS REALISTAS

Con la extensión, después de la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad sobre las leyes, se produjo un segundo cambio de paradigma

¹⁰ Es la definición de "acto jurídico" que propuse en *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 64.

respecto de la experiencia jurídica. Si el primer cambio se expresó en la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente y, al mismo tiempo, válido, este segundo cambio se expresó en la afirmación de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento, no sólo del derecho válido, sino también del derecho inválido, pero existente.

He analizado varias veces la alteración producida por este cambio de paradigma en la propia estructura de la legalidad, que está marcada por una doble artificialidad: ya no sólo del "ser" del derecho, es decir, de su "existencia" —que no se puede ya derivar de la moral ni obtener de la naturaleza, sino que es "establecida" por el legislador— sino también de su "deber ser", es decir de sus condiciones de "validez", también ellas constitucionalizadas, como *derecho sobre el derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica. Gracias a esta doble artificialidad, las propias elecciones con las que se proyecta la producción jurídica, y no sólo los actos de producción jurídica, son preestablecidos por el derecho. Así, la legalidad positiva en el estado constitucional de derecho no es ya únicamente condicionante, sino que ella misma está condicionada por límites y vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustantivos. Se deriva de aquí un cambio en las condiciones de validez de las leyes, dependientes ahora no sólo del respeto de las normas procedimentales sobre su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con principios sustantivos establecidos en las constituciones. La existencia de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se disoció de la justicia, se disocia ahora también de su validez, siendo perfectamente posible que una norma formalmente válida y, por ello, vigente sea sustantivamente inválida por estar en contradicción con normas constitucionales como, por ejemplo, el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

¹¹ Sobre esta tesis y, más en general, sobre el cambio de paradigma producido en el positivismo jurídico por las constituciones rígidas, me remito a "La semantica della teoria del diritto", *op. cit.*; "La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e

La tesis que aquí pretendo sostener¹¹ es que este cambio de paradigma incide retrospectivamente sobre la ciencia jurídica, confiriéndole una ulterior y más específica dimensión pragmática que viene a añadirse a la ya señalada anteriormente: la función de identificar y criticar en el plano dogmático el derecho ilegítimo y de promover la corrección del mismo a través de la activación o proyección de adecuadas técnicas de garantía elaboradas a nivel teórico. Sostengo, aunque resulte aparentemente paradójico, que después de este cambio la ciencia jurídica está en condiciones de ser coherentemente *descriptiva* de su propio objeto, es decir, de explicar la inevitable desviación entre normas de rango constitucional y normas de rango legal, y al mismo tiempo *normativa* respecto de ese mismo objeto, es decir, de los actores dedicados a la producción y a la aplicación de normas del ordenamiento en cuestión.

Ese cambio de paradigma, en efecto, ha investido la estructura misma del derecho, forzando a repensar la cuestión del objeto mismo de la ciencia jurídica: ¿de qué se ocupa esta ciencia? ¿de normas o de hechos? ¿de normatividad o de facticidad? ¿del deber ser o del ser del derecho? Esta es la cuestión epistemológica que está en el centro del debate filosófico-jurídico desde la famosa polémica que en 1915 enfrentó a Hans Kelsen, máximo exponente del normativismo jurídico, con Eugen Ehrlich, uno de los fundadores de la sociología del derecho y uno de los máximos exponentes del realismo jurídico. “El contraste fundamental”, escribía Kelsen en 1915, “que amenaza con dividir la ciencia jurídica, en lo que se refiere al objeto y método, en dos tendencias distintas desde los fundamentos, surge del doble modo en que se puede tomar en consideración el fe-

nell'applicazione della legge”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 1985, pp. 404 y ss. [N. del. T.: artículo también incluido en este volumen]; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, 1989, pp. 909-922; “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su ‘Diritto e ragione’”, en Gianformaggio, L., (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 460-465 y 470-477; “Il diritto come sistema di garanzie”, en *Ragion Pratica*, I, núm. 1, 1993, pp. 143-161; “La filosofía jurídica analítica italiana...”, *op. cit.*, pp. 105-113; “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”, en *Teoria politica*, 1999, núm. 1, pp. 81-87 (ahora en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 163-171).

nómeno jurídico. Puede observarse el derecho como *norma*, esto es, como una determinada forma de *deber*, como una específica regla-de-deber y, en consecuencia, constituir la ciencia jurídica como una ciencia *normativa y deductiva de valores*, como la ética o la lógica". Pero se puede también, prosigue Kelsen, "concebir el derecho como una parte de la *realidad* social, como hecho o proceso cuya *regularidad* es comprendida de forma *inductiva y explicada* causalmente. Aquí, el derecho es una *regla del ser* de un determinado comportamiento humano, la ciencia jurídica es una ciencia de la realidad, que trabaja según el modelo de las ciencias naturales".¹²

Como sabemos, la división entre estas dos concepciones del derecho y de la ciencia jurídica, pronosticada por Kelsen, se ha producido efectivamente y ha recorrido toda la filosofía jurídica del siglo xx. La división afecta, como también decía Kelsen, tanto al *objeto* como al *método* de la ciencia jurídica y puede ser expresada, como he tenido ya ocasión de señalar,¹³ por las dos respuestas ofrecidas por la meta-jurisprudencia a la pregunta elemental que aquí se ha formulado.

La primera respuesta, ofrecida por las *epistemologías normativistas*, es que los fenómenos empíricos indagados por la ciencia del derecho son las *normas jurídicas* de las que se compone un determinado ordenamiento de derecho positivo; y que el instrumento de una investigación como esa es el *análisis del lenguaje legal*, esto es, la lectura y la interpretación de esos particulares datos empíricos que son los enunciados normativos de los que está compuesto el discurso del legislador. La segunda respuesta, ofrecida por las *epistemologías realistas*, es que los fenómenos indagados por la ciencia jurídica con los *hechos* o, mejor aún, los *actos jurídicos*, esto es, los comportamientos humanos regulados por el derecho o la práctica y la experiencia jurídica, empezando por la práctica de esos sujetos particulares—legisladores, personal de la administración y jueces— que producen y aplican normas; y que el instrumento de una investiga-

¹² Ehrlich, E. y Kelsen, H., *Scienza giuridica e sociologia del diritto* (editado por Carrino, A.), Napoli, Esi, 1992, pp. 67 y 68.

¹³ "La semántica...", *op. cit.*, pp. 84-97.

ción como ésta es la *observación empírica o sociológica*, esto es, la puesta de manifiesto, la descripción y la explicación de los hechos y de los comportamientos jurídicamente relevantes.

Está claro que las referencias semánticas y los universos del discurso de estas dos concepciones son distintos. La referencia de la concepción normativista es un universo de normas; la de la concepción realista es un universo de hechos y, más precisamente, de comportamientos. Las dos concepciones son perfectamente compatibles, dado que sirven para fundar, como afirmó Kelsen, dos disciplinas absolutamente distintas: la primera funda la teoría y la ciencia jurídica propiamente dicha, que considera y describe el *derecho como norma*; la segunda funda la sociología del derecho, que considera y describe el *derecho como hecho*. Una asume lo que Hart denomina el *punto de vista interno* y la otra el *punto de vista externo* respecto del derecho.¹⁴ Y está claro, en consecuencia, que son distintas las concepciones en presencia de las cuales se puede afirmar que una proposición sociológico-jurídica y una proposición dogmática son aceptables como “verdaderas”: la correspondencia, obviamente aproximada, de la primera a lo que de hecho sucede, y de la segunda a lo que dicen las normas.

Naturalmente, las dos “verdades” divergen entre sí por la desviación que siempre subsiste entre normas y hechos:¹⁵ la tesis jurídica “(la norma del artículo 624 del código penal italia-

¹⁴ Hart, H. L. A., *The concept of Law*, (1961), tr. it. di Cattaneo, M., *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 98-108.

¹⁵ “La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse” (Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, (1960), tr. cast. de Vernengo, R. J., México, UNAM, 1986). La normatividad, en efecto, consiste precisamente en la desviación virtual entre normas y hechos. Si esta desviación no puede darse, porque lo que es objeto de la regla es necesario (como por ejemplo en la norma “es obligatorio respirar”), viviríamos en un mundo deónticamente perfecto, que sería, no obstante, un mundo no deóntico, en el que no tendría sentido hablar de reglas. Si, en cambio, aquella desviación no fuera virtual sino necesaria e insuperable, porque lo que es objeto de la regla es imposible (como por ejemplo en la norma “está prohibido respirar”), viviríamos en un mundo deónticamente irrealizable en el que tampoco tendría sentido hablar de reglas.

no) todos los hurtos son castigados con reclusión hasta un máximo de tres años” es negada por la tesis sociológica “(sobre la base de las estadísticas) no todos los hurtos (sino sólo un pequeño porcentaje de ellos) son castigados con reclusión hasta un máximo de tres años”. Las dos tesis no son, sin embargo, contradictorias, dado que hablan de cosas distintas: la primera del “deber ser” de la sanción, la segunda de su “ser” (o “no ser”). Todo esto no genera ningún problema: en un ordenamiento unidimensional como es el *estado legislativo de derecho*, en el que la legalidad es expresada únicamente por el rango normativo de la ley ordinaria, normas y hechos pertenecen a dos universos del discurso rígidamente separados.

La cuestión se complica en los ordenamientos de los *estados constitucionales de derecho*, estructurados en distintos niveles de legalidad al estar dotados de constituciones rígidas, es decir, no modificables por la legislación ordinaria: como es, por ejemplo, el ordenamiento italiano, que cuenta con una jurisdicción constitucional sobre la validez de las leyes. En este caso, el nivel normativo inferior toma relevancia también como hecho y, más específicamente, como acto de producción normativa valorable como cumplimiento o violación de las normas de nivel superior, no sólo por su forma sino también por los significados normativos que expresa. Por ello, no es sólo posible sino inevitable, por la desviación que siempre subsiste entre normas y hechos, que en tales ordenamientos existan antinomias y lagunas: por ejemplo, que un comportamiento esté prohibido por la ley (como delito de opinión) y, en cambio, permitido por la constitución (como ejercicio de la libre expresión del pensamiento); o que la ley no establezca una garantía (por ejemplo, la justicialidad de algunos derechos, como el derecho al trabajo o a la salud) que, en cambio, está establecida por la constitución (según la cual cualquiera puede ejercer acciones judiciales para tutelar sus propios derechos). Por todo ello, serán posibles en sede dogmática --y, sin embargo, inadmisibles, bajo pena de inconsistencia-- parejas de proposiciones ambas jurídicas pero contradictorias entre sí. Ciertamente, como ha objetado Paolo

Comanducci,¹⁶ dos proposiciones jurídicas que “describen” una contradicción no son, a su vez, contradictorias. Pero no es esta la descripción del derecho que ofrece la ciencia jurídica. Ningún discurso sobre el derecho se limita a decir, frente a un caso cualquiera regulado por normas en conflicto, que “existe la norma *x* que dice ‘*p*’ ” y “existe la norma *y* que dice ‘*no-p*’ ”. Al contrario, el jurista pretende ofrecer una solución para el problema, es decir, una reconstrucción del contenido normativo del derecho que resuelva el conflicto y no se limite a reproducirlo mediante dos proposiciones jurídicas descriptivas, pertenecientes ambas al discurso dogmático porque ambas son interpretativas del discurso del legislador, pero donde una niega lo que la otra afirma respecto a lo que el derecho prescribe.

5. PARADIGMA CONSTITUCIONAL Y EPISTEMOLOGÍA GARANTISTA. EL DERECHO ILEGÍTIMO

Este problema, obviamente aparente, no puede ser resuelto con una aproximación puramente descriptiva y neutral de tipo únicamente normativista o realista. Ciertamente, estas dos concepciones permiten, si se está frente a ordenamientos de un solo nivel jerárquico —el de la ley—, resolver el problema con la rígida *actio finium regundorum* sugerida por Kelsen entre dogmática jurídica y sociología del derecho, es decir, entre proposiciones jurídicas (del tipo “todos los hurtos son castigados con la sanción *S*”) y proposiciones fácticas (del tipo “no todos los hurtos son castigados con la sanción *S*”). Pero no permiten resolver el problema cuando la desviación se manifiesta entre normas y hechos consistentes en actos normativos, pertenecientes ambos al universo jurídico indagado. En ese caso, en efecto, antinomias y lagunas, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos dotados de un solo nivel normativo, dan lugar a violaciones no resolubles inmediatamente por el intérprete y capaces de generar, hasta que no sean eliminadas mediante una

¹⁶ En el curso de un congreso sobre “Normatividad, hechos y valores”, organizado en Roma por la *Società italiana di Filosofia analitica*, los días 28 a 30 de octubre de 1999.

concreta intervención normativa, proposiciones jurídicas contradictorias.

Esta tesis ha sido criticada por Paolo Comanducci y Tecla Mazzarese, quienes sostienen que no hay diferencia alguna, en materia de antinomias y lagunas, entre los ordenamientos dotados de constitución rígida y los que no. También en estos últimos, objetan, existen antinomias y lagunas, cuya solución no conlleva problemas distintos que la solución de antinomias y lagunas entre normas de distinto nivel jerárquico. Por otra parte, añaden Comanducci y Mazzarese, la distinción de niveles normativos jerárquicos no es propia únicamente del estado constitucional de derecho, sino que se da también en cualquier sistema nomodinámico, entre ley y decisiones judiciales, entre ley y disposiciones administrativas, entre ley y negocios jurídicos.

Quiero señalar inmediatamente, a propósito de las decisiones judiciales, las disposiciones administrativas y la autonomía privada, que nunca han sido entendidos como contradictorios o "antinómicos", si están en conflicto con la ley, sino simplemente como "violación" de la misma. Esto es así porque las sentencias, las disposiciones administrativas y los negocios jurídicos, aún más si son considerados inválidos, no entran a formar parte del universo lingüístico de la ciencia jurídica, es decir, del sistema de normas vigentes que es objeto de ella. Si son tomadas en consideración por el jurista, lo serán como "violaciones" de la ley, sin que puedan servir de fundamento para proposiciones dogmáticas en contradicción con las fundadas en la propia ley.

No existen, por otra parte, lagunas y antinomias entre normas del mismo nivel que den lugar a violaciones —las primeras por omisión, las segundas por comisión— o que no sean solucionables inmediatamente por el intérprete. No existen lagunas consistentes en incumplimientos, al no poder la ley ordinaria imponer nada al legislador ordinario. Y por la misma razón no existen tampoco antinomias en sentido propio, es decir, no inmediatamente resolubles, sin incurrir en proposiciones contradictorias, sobre la base de los tradicionales criterios de prevalencia de la norma sucesiva sobre la precedente y de la norma especial sobre la general.

Lo dicho resulta evidente en el supuesto de conflicto entre una norma anterior y otra posterior. Pueden darse dudas interpretativas sobre el significado de las dos normas y, por ello, sobre su efectiva incompatibilidad: dudas, en otras palabras, sobre la propia existencia del conflicto y por ello del problema que estamos analizando. Pero si se sostiene que el conflicto existe, éste queda resuelto por la norma constitutiva que dispone la derogación tácita de la norma anterior. No se puede, pues, hablar propiamente de "antinomía", dado que la norma anterior cesa de existir en el momento mismo en que empieza a existir la norma posterior.¹⁷

Pero la situación es menos evidente en el caso de conflicto entre una norma general y una norma especial. La norma especial no regula, en efecto, el mismo supuesto que la norma general, sino un supuesto distinto, extensionalmente más restringido, cuya regulación excepciona a la dictada por la norma general. Por ejemplo, la norma establecida por el artículo 13.2 de la constitución italiana, que prohíbe restricciones a la libertad personal no dispuestas por actos de la autoridad judicial fundados en la ley es derogada por la norma establecida en el párrafo tercero del mismo artículo, que permite esas restricciones en "casos excepcionales de necesidad y urgencia", también ellos establecidos por la ley, sobre la base de "actos provisionales" de la policía. Pero está claro que entre las dos normas no hay antinomia alguna: el sentido de su conjunción es, simplemente, que no se admiten restricciones a la libertad personal que no estén fundadas en lo establecido por uno de los dos párrafos del artículo.

¹⁷ "De dos proposiciones contradictorias", escribe Eugenio Bulygin, "una siempre es verdadera y la otra falsa; en el caso de una derogación, las dos normas son, en principio válidas y ambas pierden en un momento determinado su validez. A saber: la norma derogada en cuanto la norma derogatoria adquiere validez; la norma derogatoria en cuanto ha realizado su función, es decir, la supresión de la otra norma. El tiempo desempeña aquí un papel importante en contraste con una contradicción lógica en la que ninguna de las dos proposiciones pierde su verdad, porque la una es (intemporalmente) verdadera y la otra es (intemporalmente) falsa. En la derogación no se da ningún conflicto entre las dos normas y es incluso posible que ninguna de ambas sea válida; por el contrario, dos proposiciones contradictorias no pueden ser falsas". "Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho", (1983), en Kelsen, H. y Klug, U., *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 16-17.

De forma análoga, la norma penal sobre el ultraje deroga la norma sobre la injuria, castigando más gravemente la misma ofensa cuando la parte ofendida sea un funcionario público. Pero entre esas normas no hay tampoco antinomia alguna, aplicándose la segunda norma cuando no concurra el caso específico previsto y regulado por la primera.

En ninguno de estos casos, el conflicto entre normas, al ser resuelto inmediatamente por los dos criterios de prevalencia de la *lex posterior* o de la *lex specialis*, da lugar a antinomias no solucionables de forma inmediata desde el propio derecho y, por ello, a contradicciones dentro del discurso del derecho. Obviamente, también el criterio cronológico y el de especialidad —como también el criterio jerárquico, que establece la prevalencia de la norma superior sobre la inferior— son meta-normas. Pero se trata, a diferencia del criterio jerárquico, de normas típicamente constitutivas y, en cuanto tales, inviolables y ambas capaces de excluir tanto el conflicto entre normas como la contradicción entre proposiciones sobre normas. Tampoco se plantea, pues, el problema de la desviación entre “normas” y “hechos” normativos y, por ello, de un posible conflicto, en la descripción del derecho, entre la concepción normativista (que privilegia a las primeras) y la concepción realista (que privilegia los segundos): en efecto, ninguna norma y ninguna ausencia de normas legales, en un ordenamiento dotado de un único nivel legislativo, pueden configurarse como violaciones de otras normas, es decir, como hechos respecto a normas *supraordinadas* a ellos.

En cambio, es precisamente este el problema que se plantea en los ordenamientos de los actuales estados constitucionales de derecho, estructurados en dos niveles normativos, cuyas desviaciones se configuran como antinomias o como lagunas no resolubles inmediatamente por el intérprete, sino sólo —al no ser el criterio jerárquico, al menos en los sistemas basados en el control concentrado de constitucionalidad, una meta-norma constitutiva sino regulativa— con (la obligación de) la intervención de autoridades competentes que corrijan el ordenamiento, anulando en el primer caso (porque es indebidamente existente) o introduciendo en el segundo (porque es indebidamente inexistente) la norma de rango inferior. Esta cuestión remite eviden-

temente a otra más de fondo: la distinción, ineludible en esos ordenamientos, entre validez y existencia de las normas y de las consecuencias implicadas por ellas; así, la existencia, de hecho, de antinomias y lagunas generadas por la violación o por el incumplimiento de normas de nivel superior permite, mientras permanece la contradicción o la laguna, predicar la verdad de dos proposiciones jurídicas en las que una es negación de la otra. En ese caso, para evitar la contradicción, las aproximaciones puramente normativista o puramente realista se ven obligadas a amputar el discurso sobre el derecho, ofreciendo una representación parcial y, por tanto, falsa del mismo.

Precisamente, la concepción normativista, al identificar la existencia de las normas con su validez (piénsese en Kelsen, por ejemplo) y, por ello, al describir únicamente el *derecho que debe ser*, tiende a olvidar la ineffectividad, es decir, a no ver el *derecho que es*, a causa de una falacia que denominaré "normativista". En cambio, la concepción realista, al identificar la existencia de las normas con su efectividad (piénsese en Ross, por ejemplo) y, por ello, al describir únicamente el *derecho que es*, tiende a olvidar la invalidez, es decir, a no ver el *derecho que debe ser*, a causa de una falacia que denominaré "realista". En ambos casos, el resultado es la amputación del universo del discurso jurídico. La falacia normativista, frecuente especialmente entre los juristas, induce a representar el derecho únicamente a través de las normas, ignorando con ello las desviaciones que, de hecho, se dan: por ejemplo, tiende a describir el derecho constitucional o el derecho procesal y con ellos el funcionamiento de las instituciones y la praxis judicial únicamente a través de las normas de la constitución o de los códigos procesales, dejando de lado los amplios márgenes de ineffectividad. La falacia realista, frecuente especialmente entre los politólogos, induce, en cambio, a representar el derecho únicamente a través de la descripción de lo que de hecho sucede, ignorando lo que dicen las normas: por ejemplo, para identificar el derecho constitucional y procesal con el concreto funcionamiento de las instituciones y la concreta práctica judicial, ignorando sus diversos aspectos de invalidez. Afortunadamente, estas concepciones, a

pesar de los modelos meta-teóricos respectivos, no impiden, de hecho, dar cuenta de las desviaciones entre los distintos niveles del ordenamiento. Pero esto equivale a un abandono del modelo adoptado, ya sea puramente normativista o realista.

Sólo es posible superar estas aporías con la integración de las dos concepciones. Para que la teoría del derecho pueda dar cuenta de forma consistente de las antinomias y de las lagunas producidas por la desviación que siempre subsiste entre el “deber ser” constitucional del derecho y su “ser” legislativo, es necesario que esta desviación sea abordada por la meta-teoría semántica del derecho como el objeto privilegiado de la misma; y, por ello, que sea reconocida, en todo fenómeno normativo de rango no-constitucional la doble naturaleza de “norma” vigente (si se observa desde abajo, es decir, respecto de los fenómenos regulados por ella) y de “hecho” o, mejor aún, de “acto” normativo válido o inválido (si se observa desde arriba, es decir, como fenómeno regulado y, por ello, conforme o disconforme –en cuanto a la forma de su producción– y coherente o incoherente –en cuanto a los significados normativos expresados por ella– respecto de las normas de nivel superior). Una teoría y una metateoría del derecho que aborden esta ambivalencia de los fenómenos normativos y que, por ello, distingan la existencia o vigencia de los mismos tanto de su validez como de su efectividad, son al mismo tiempo normativistas y realistas, dado que son capaces de explicar el carácter de norma y de hecho de esos fenómenos, no como dos universos distintos sino como dos caras o dimensiones de un mismo universo. Así, son capaces también de leer como validez o invalidez de la norma de rango inferior la efectividad o ineffectividad de las normas de rango superior, y una y otra como conformidad o disconformidad (en cuanto a la forma) o como coherencia o incoherencia (en cuanto al significado) de la primera norma respecto de la segunda.

Esta desviación entre deber ser y ser del derecho, es decir, entre normatividad y facticidad dentro del propio derecho, es el tema más interesante de la ciencia jurídica propia del paradigma constitucional: así, ésta adquiere la función de identificar las antinomias y las lagunas –en otras palabras, el *derecho ilegiti-*

mo por ser inválido o incompleto— y de promover su superación como condición de consistencia tanto del derecho como de los discursos sobre el derecho.

6. PRINCIPIOS DE DERECHO Y PRINCIPIOS EN EL DERECHO. EL PAPEL CRÍTICO DE LA DOGMÁTICA Y EL NORMATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Llegamos así a las implicaciones meta-teóricas, de carácter pragmático, que se derivan de la inevitable desviación entre los distintos niveles normativos en los que se articulan los ordenamientos de las actuales democracias constitucionales.

La primera y más importante implicación está referida a la relación entre lógica y derecho y entre teoría del derecho y derecho. Antinomias y lagunas, como ya se ha visto, no pueden no existir, en las relaciones entre normas pertenecientes a niveles normativos distintos, a causa del carácter nomodinámico del derecho positivo: por cuya fuerza una norma existe (o no existe) no ya porque se deduzca sino porque ha sido dictada (o no), sin que necesariamente se respeten las reglas de la lógica. No es, pues, verdad, por ejemplo, que no se dé el caso, en conflicto con el principio de no contradicción, de que un mismo comportamiento esté permitido y prohibido al mismo tiempo; del mismo modo que no es verdad que para todo derecho exista siempre la obligación o la prohibición correlativa, de conformidad, por ejemplo, con la definición teórica de “derecho subjetivo” como expectativa que se refleja en una obligación o una prohibición para un tercero. En el derecho italiano, por ejemplo, una misma manifestación del pensamiento está permitida por el artículo 21 de la constitución y simultáneamente prohibida como delito de opinión por el código penal; y no a todos los derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho al trabajo o a la salud, les corresponde la previsión de las obligaciones correlativas dirigidas a sujetos determinados. Consiguientemente, del mismo modo que es siempre divergente el valor de verdad de las tesis jurídicas y de las tesis fácticas referidas a una misma clase de comportamientos, es también divergente el valor de

verdad de las tesis jurídicas referidas a esos comportamientos tomando en cuenta normas de rango distinto. La normatividad, que el constitucionalismo rígido ha introducido en el interior mismo del derecho, implica, en efecto, la desviación virtual pero inevitable entre normas y hechos, también normativos, que, a su vez, conlleva la incoherencia entre proposiciones jurídicas que se limitan a “describirla” como explicación del contenido normativo del derecho.

La coherencia, que se exige a los discursos sobre el derecho como condición de su consistencia, no es, pues, ni puede ser, en el paradigma constitucional, un rasgo del derecho que es objeto de esos discursos, precisamente porque el derecho, en ese paradigma, es normativo respecto de sí mismo. Tampoco lo es la completud, requerida por la teoría cuando enuncia implicaciones entre figuras deónticas, algunas de las cuales pueden, de hecho, no existir en el derecho. Y, sin embargo, el derecho es un discurso en el cual las antinomias y lagunas, cuando se dan entre normas de distinto rango, equivalen a violaciones del derecho, además de la lógica y de la teoría. Se sigue de ello que, en los ordenamientos estructurados en distintos niveles normativos, la lógica y la teoría adquieren carácter normativo respecto de su objeto, es decir, del propio derecho positivo. Precisamente, el paradigma del estado constitucional de derecho impone la coherencia y la completud de las leyes ordinarias respecto de las normas constitucionales: impone, en particular, la solución de las antinomias generadas por la existencia de normas que violan derechos de libertad, mediante su anulación jurisdiccional, y, por otra parte, la integración de las lagunas generadas por la inexistencia de normas que impongan las obligaciones de prestación correspondientes a los derechos sociales constitucionalmente establecidos, mediante la introducción de normas legales.

Esto significa que los principios de la lógica y de la teoría son principios *del* derecho —*principia iuris*— pero no siempre, ni necesariamente, observados *en el* derecho, es decir, *principia in iure*. Son principios, en otras palabras, que imponen al derecho positivo la lógica que, de hecho, no tiene pero que, jurídicamente, debe tener. El propio principio de no contradicción, que no puede no presidir los discursos sobre el derecho, no siendo ne-

cesariamente respetado en el derecho, es, respecto de él, normativo, en el sentido de que impone la eliminación de las antinomias entre normas de rango superior y normas de rango inferior, por ser violaciones de las primeras por parte de las segundas. Lo mismo puede decirse de la tesis teórica que enuncia la implicación entre derechos y garantías: puede no ser implementada por algunos derechos, cuyas garantías no hayan sido jurídicamente establecidas, dando lugar a lagunas que la dogmática tiene la función de poner de relieve para que sean colmadas.¹⁸ Se trata, por decirlo así, de principios *externos* al derecho, en el sentido de que no son formulados en normas jurídicas positivas, ni son derivables de ellas. Eso no le quita valor jurídico, sino que lo incrementa, tanto si son principios lógicos como teóricos. Tanto unos como otros son, por un lado, principios asertivos que enuncian y explicitan el “deber ser” del derecho positivo de los actuales ordenamientos complejos, marcado precisamente por el hecho de contener un derecho sobre sí mismo; pero son, por otra parte, principios normativos respecto del “ser” del derecho, que puede estar perfectamente en conflicto con ellos, como sucede con todo fenómeno normativo. De ahí el papel normativo de la teoría y, a su vez, su función crítica y proyectiva. La razón de

¹⁸ Una justificación más detallada del carácter normativo de la teoría respecto de las lagunas de garantías puede verse en mi respuesta “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”, *op. cit.*, pp. 76-87, a las objeciones que me dirigió Guastini, R.: “Tre problemi per Luigi Ferrajoli”, en *Teoria politica*, XIV, núm. 2, 1998, pp. 35-37 (ahora en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, *op. cit.*, pp. 43-45 y 156-171). Guastini, añadido ahora, rechazando mis tesis en un encuentro en Génova, ha denominado meramente “axiológica” y no “técnica” la laguna consistente en la falta, respecto de algunos derechos (por ejemplo, los derechos sociales establecidos por las actuales constituciones), de la previsión de los órganos obligados a satisfacerlos y de su accionabilidad en juicio, a pesar de estar prevista para todos los derechos por el artículo 24 de la constitución italiana. Pero, según la definición propuesta por el propio Guastini, se produce una “laguna técnica” en un ordenamiento jurídico “cuando falta en el mismo una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma. Por ejemplo: una norma prescribe la convocatoria periódica de un órgano, pero ninguna norma determina quién es el competente para convocarlo” (*Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè 1998, p. 2444). Sería difícil formular una definición que se adaptase mejor a los dos casos de laguna que he propuesto: la falta de normas (la garantía que he denominado “primaria”, de la obligación correlativa a los derechos sociales, y la que he denominado “secundaria”, de su accionabilidad en juicio) cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otras normas (las normas constitucionales que confieren los derechos sociales y la que establece, para todos los ciudadanos, la accionabilidad en juicio).

ello es que los principios del derecho formulados por la teoría sirven, por un lado, para fundar en el plano de la dogmática la crítica de las antinomias y de las lagunas y, por otro lado, para exigir su superación a través de la elaboración en el plano teórico y la introducción en el plano práctico de *garantías* adecuadas: entendiendo por garantías, precisamente, las técnicas idóneas para asegurar efectividad tanto a las normas como a los principios.

El segundo orden de implicaciones meta-teóricas de carácter pragmático, consecuente con el paradigma constitucional, está también vinculado a los distintos niveles jerárquico-normativos. La teoría formula, o mejor aún, reformula, principios que extrae de los niveles altos del derecho: así pues, no sólo principios *del* derecho, sino también principios *en el* derecho (*principia iuris in iure*), *internos* al ordenamiento indagado y por ella explicados y desarrollados. Por ejemplo, formula el concepto, que es también un principio normativo, de “validez”, explicitando sus condiciones formales y sustantivas en el paradigma constitucional: por un lado, la conformidad de los actos normativos con las normas formales; por el otro, la coherencia de sus significados con las normas sustantivas sobre su producción. Reformula, por ejemplo, el principio de estricta legalidad penal, definiendo las condiciones bajo las cuales es satisfecho (de las que la primera es la taxatividad de las formulaciones de los tipos penales), y caracterizándolo como una regla semántica dirigida al legislador sobre la formación del lenguaje penal. Formula los conceptos de “derechos fundamentales”, de “derechos patrimoniales”, de “garantías primarias” y “secundarias”, de “representación política” y de “división de poderes”, enunciando sus rasgos definatorios y, por ello, las formas y las condiciones de su tutela y satisfacción. Más aún: formula, por hipótesis, el principio de la “rigidez natural” de las constituciones, sobre la base de la tesis obvia de que una constitución totalmente flexible, esto es, modificable con los mismos procedimientos previstos para las leyes ordinarias, es, en realidad, una ley ordinaria y no una constitución, independientemente del nombre con la que la llamemos o de la particular solemnidad con la que la asociemos. Esta es

una elección teórica de gran relevancia práctica: de hecho, las constituciones han sido por mucho tiempo consideradas flexibles, en ausencia de explícitas garantías institucionales como el procedimiento especial de revisión o el control de constitucionalidad de las leyes, precisamente porque así eran en el imaginario de los juristas. Pero este imaginario ha sido cambiado precisamente por la teoría: en concreto, por la teoría kelseniana de la estructura jerárquica del ordenamiento y de la garantía del juicio de constitucionalidad sobre las leyes.

Existen, en definitiva, opciones teóricas que se hacen, en todo caso, a espaldas de toda aproximación científica al derecho. Dado que el derecho es un fenómeno artificial, es siempre el producto de un diseño, quizás implícito e inconsciente. Y está claro que el jurista tiene que explicitar las opciones que están en la base de la construcción jurídica y de su reconstrucción científica. La propia idea del "sistema jurídico" postula una teoría puramente cognitiva, pero a su vez normativa. Esto es a mayor razón verdadero en el paradigma constitucional que, como se ha dicho ya, ha positivizado en constituciones rígidas las elecciones a las que el derecho debe adaptarse, formando parte, así, del propio objeto tanto de la dogmática como de la teoría: consiguientemente, éstas, por su parte, no dicen sólo lo que el derecho es, sino también lo que el derecho debe ser. Las tesis interpretativas formuladas respecto de cada nivel normativo son, de hecho, explicativas del mismo, pero son normativas respecto del derecho de nivel inferior, con la fuerza del principio de legalidad, que impone a las normas de cada nivel jerárquico-normativo, como condición de su validez sustantiva, la coherencia con las normas de nivel superior.

Los juristas, por otra parte, han desarrollado siempre un papel crítico y normativo frente al derecho positivo objeto de su análisis; lo único que sucede es que lo han hecho, a menudo, sin explicitarlo, a causa de la ideología de la neutralidad que, como se ha dicho al inicio, ha gravitado siempre sobre la cultura jurídica iuspositivista. No puede ya ignorarse más esta dimensión pragmática de la ciencia jurídica —la función crítica de la dogmática y la función constructiva y proyectiva de la teoría—, es-

tando inscrita en la propia estructura normativa del paradigma constitucional. Obviamente, esa función se opone a toda concepción aséptica y puramente analítica de la teoría del derecho. Pero no puede ser ignorada sin comprometer, junto al rol civil y político de la ciencia jurídica, su propia capacidad explicativa.

EXPECTATIVAS Y GARANTÍAS PRIMERAS TESIS DE UNA TEORÍA AXIOMATIZADA DEL DERECHO*

1. INTRODUCCIÓN. TÉRMINOS PRIMITIVOS Y POSTULADOS

Desarrollaré un fragmento de una teoría del Derecho elaborada con el método axiomático:¹ o sea, a través de la estipulación de un número limitado de *términos primitivos* y de *postulados*, la utilización como otros términos de la teoría sólo de los *términos definidos* por medio de los primitivos o de términos an-

* Traducción de Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero.

¹ Se trata de algunos párrafos extraídos de los primeros tres capítulos de una teoría axiomatizada del Derecho, de próxima publicación en la editorial Laterza con el título *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*. El fin de su publicación es el de mostrar en forma elemental y exponer a la discusión el método axiomático empleado, más allá de los límites de las tesis desarrolladas aquí, cuya relevancia puede medirse únicamente en el contexto de la teoría completa de la cual forman parte. Ésta se compone de cuatro partes, dedicadas respectivamente a la deontica, al Derecho positivo, al Estado de Derecho y a las formas jurídicas de la democracia. He diseñado el proyecto de tal teoría y he llevado a cabo un primer desarrollo rudimentario en "Saggio di una teoria formalizzata del diritto", en la *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1965, pp. 55-105 y en *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970. He ilustrado sumariamente el método de la misma en "La semantica della teoria del diritto", en U. Scarpelli (editor), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze*

teriormente definidos, la aceptación en fin como otras tesis de la teoría sólo de las que consisten en *definiciones* o en *teoremas* derivados de los postulados, o de las definiciones, o de otros teoremas sobre la base de reglas de formación y de transformación previamente establecidas. Postulados, definiciones y teoremas se expresarán tanto en el lenguaje común, como en el lenguaje teórico artificial *LT*. Suministraré en el apéndice las reglas de formación y de transformación de tal lenguaje, junto a la demostración de los teoremas; pero para cada uno de éstos indicaré también en el texto, a la derecha de las fórmulas que lo expresan, las tesis de las cuales se deriva.

Estas páginas están dedicadas sobre todo al análisis de las "expectativas": concepto extraño al léxico jurídico corriente, pero a mi parecer central para el análisis lógico de las diversas figuras de derecho subjetivo, así como de las relaciones jurídicas y de las correspondientes garantías. Al tratarse de un fragmento de una teoría general, los términos primitivos y los postulados aquí propuestos son únicamente los indispensables para su desarrollo.²

Asumo pues, como primitivos, los siguientes cuatro términos: *permiso*, *modalidad*, *expectativa* y *sujeto*. El primero, será empleado como predicado monádico, o sea para designar una propiedad, esto es, un modo deóntico en contextos del tipo *PERx* (*x* está permitido, esto es, su comisión está permitida) y *PER⊥x* (no-

attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 81-130 y en "La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 1985, pp. 401-422. Llamo en particular la atención sobre la distinción entre lenguaje teórico y lenguaje dogmático formulada en *Teoria...*, *op. cit.*, pp. 11-17, en *La semántica...*, *op. cit.*, pp. 105-114 y en *La formazione...*, *op. cit.*, pp. 404 y ss.

² Los términos primitivos y los postulados de la teoría completa son respectivamente catorce y quince; las definiciones alrededor de doscientas cincuenta; los teoremas alrededor de dos mil. En el estado actual de su elaboración, los otros términos primitivos de la teoría son "comportamiento", "interés", "status", "objeto", "significado (prescriptivo)", "regla", "conjunto", "causa", "constituyente" y "democracias". No he asumido, sin embargo, como primitivo el término "derecho", que en el sentido de "Derecho objetivo" o "positivo" no es otra cosa más que el nombre del universo de la teoría: "Derecho" será por ello utilizable para designar, sin ulteriores especificaciones, el llamado "derecho subjetivo".

x está permitido, esto es, está permitida la omisión de x). El segundo y el tercero, serán empleados bien en contextos monádicos del tipo $MODy$ y ASP_y (y es una modalidad, por ejemplo una facultad, o una obligación o una prohibición, e y es una expectativa) bien en contextos diádicos, o sea para designar la relación entre una figura de cualificación deóntica y aquello que está deónticamente cualificado por ella en contextos del tipo $MODyx \cdot PERx$ (y es modalidad de x y x está permitido), $MODyx \cdot PER\perp x$ (y es modalidad de x y no- x está permitido), $ASP_y\perp x \cdot \neg PERx$ (y es expectativa de no- x y x no está permitido). El cuarto término, en fin, será usado en contextos diádicos del tipo $SOGzx$, para designar la relación entre un sujeto y aquello (comportamiento, o modalidad o expectativa) que le es imputado.

Asumo seguidamente como postulados las tres siguientes tesis:

P1 De cualquier argumento o está permitida la comisión, o está permitida la omisión.

$$(x)(PERx \vee PER\perp x)$$

P2 De cualquier argumento vale que existe la expectativa de su comisión si y sólo si existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida la omisión.

$$(x)((\exists y')ASP_{y'}x \equiv (\exists y'')(MOD_{y''}x \rightarrow \neg PER\perp x))$$

P3 Para toda modalidad y para toda expectativa existe alguien que es su sujeto.

$$(y)((MODy \vee ASPy) \rightarrow (\exists z)SOGzy)$$

El primer postulado enuncia una verdad autoevidente y casi analítica: de un acto o está permitida su comisión, o está permitida su omisión, o está permitida una y otra cosa; mientras que es imposible que no esté permitida ni la comisión ni la omisión. En otras palabras, dado un universo cualquiera, si de un acto no está permitida la comisión, entonces está siempre permitida la omisión del mismo; mientras que si no está permitida la omisión del mismo, entonces está siempre permitida su comisión.

El segundo postulado vale para caracterizar las expectativas sobre la base de su correlación con las modalidades consis-

tes en la no permisión (negativa o positiva según, como veremos, se trate de expectativas positivas o negativas), o sea en la obligación o en la prohibición de la misma acción. Esto permitirá representar en términos de expectativas y de no expectativas positivas y negativas toda la fenomenología deóntica.

El tercer postulado enuncia el principio de que toda modalidad y toda expectativa supone siempre un sujeto, o sea un centro de imputación al que sean imputables. También ésta es una verdad evidente para cualquier universo, no siendo concebibles modalidades o expectativas que no sean propias de algún sujeto. Sobre esta tesis fundaré las diversas correlaciones entre las modalidades, las expectativas y sus titulares que proporcionarán la base de una teoría general de las garantías y de las relaciones jurídicas.

2. LOS MODOS DEÓNTICOS Y LAS MODALIDADES DEÓNTICAS

De cualquier acción por tanto —excluido por el postulado P1 que pueda ser no permitida tanto la comisión como la omisión— o está permitida tanto la comisión como la omisión, o está permitida la omisión pero no la comisión, o está permitida la comisión pero no la omisión. Estas tres hipótesis configuran otros tantos modos deónticos que convengo en denominar, respectivamente, *facultativo*, *prohibido* y *obligatorio*.

D1 "*Facultativo*" es aquello de lo que está permitido tanto la comisión como la omisión.

$$(x)(FCOx \equiv (PERx.PER\perp x))$$

D2 "*Prohibido*" es aquello de lo que está permitida la omisión y no está permitida la comisión.

$$(x)(VIEx \equiv (PER\perp x \cdot \neg PERx))$$

D3 "*Obligatorio*" es aquello de lo que está permitida la comisión y no está permitida la omisión.

$$(x)(OBBx \equiv (PERx \cdot \neg PER\perp x))$$

Se deriva de ello la interdefinibilidad de “permitido”, de “prohibido” y de “obligatorio”: “permitido” equivaldrá simplemente a “no prohibido” (T1) y a “no obligatorio que no” (T2); “permitido que no” a “no obligatorio” (T3) y a “no prohibido que no” (T4); “prohibido” a “no permitido que” (T5) y a “obligatorio que no” (T6); “obligatorio” a “no permitido que no” (T7) y a “prohibido que no” (T8). “Facultativo”, en fin, resultará equivalente a “facultativo que no” (T9).

T1 (x)(PER _x ≡ ¬VIE _x)	P1,D2
T2 (x)(PER _x ≡ ¬OBB _{⊥x})	P1,D3
T3 (x)(PER _{⊥x} ≡ ¬OBB _x)	T2
T4 (x)(PER _{⊥x} ≡ ¬VIE _{⊥x})	T1
T5 (x)(VIE _x ≡ ¬PER _x)	T1
T6 (x)(VIE _x ≡ OBB _{⊥x})	T5,T2
T7 (x)(OBB _x ≡ ¬PER _{⊥x})	T2
T8 (x)(OBB _x ≡ VIE _{⊥x})	T6
T9 (x)(FCO _x ≡ FCO _{⊥x})	D1

Pero las figuras deónticas pueden ser tratadas no sólo como *modos* (o propiedades, o predicados monádicos), sino también como *modalidades* (o relaciones, o predicados diádicos): no para denotar lo “facultativo” sino la “facultad”, no lo “prohibido” sino la “prohibición”, no lo “obligatorio” sino la “obligación”: no, en suma, aquello que está deónticamente cualificado sino la figura de cualificación deóntica. Se dirá, en este caso, que existe (o que Tizio tiene) el permiso o el no permiso *de* (o *de no*) realizar una determinada acción; o que existe (o que Tizio tiene) la facultad o la prohibición o la obligación *de* un comportamiento dado; o bien –en caso que se trate de aquellas figuras no genéricamente deónticas sino específicamente jurídicas que son las “situaciones”–, que existe (o que Tizio tiene) el poder, o el deber o el derecho *de* realizar un determinado “acto jurídico”. Defino pues los cinco tipos de modalidades correspondientes a los modos deónticos hasta ahora identificados: la “*permisión positiva*” (o de la comisión), la “*permisión negativa*” (o de la omisión), la “*facultad*”, la “*obligación*” y la “*prohibición*”:

D4 "Permisión positiva" es la modalidad de lo permitido que.

$$(y)(x)(PEMyx \equiv (MODyx \cdot PERx))$$

D5 "Permisión negativa" es la modalidad de lo permitido que no.

$$(y)(x)(PEMy\perp x \equiv (MODyx \cdot PER\perp x))$$

D6 "Facultad" es la modalidad de lo facultativo

$$(y)(x)(FACy\perp x \equiv (MODyx \cdot FCOx))$$

D7 "Obligación" es la modalidad de lo obligatorio.

$$(y)(x)(OBLyx \equiv (MODyx \cdot OBBx))$$

D8 "Prohibición" es la modalidad de lo prohibido.

$$(y)(x)(DIVyx \equiv (MODyx \cdot VIEx))$$

Estas cinco definiciones enuncian otras tantas correspondencias biunívocas entre tipos de modalidades y tipos de modos deónticos. De ello derivan como teoremas: *a)* las tres equivalencias entre "facultad", "obligación" y "prohibición" y las conjunciones, respectivamente, de "permisión positiva" y "permisión negativa" (T10), de "permisión positiva" y "no permisión negativa" (T11), de "permisión negativa" y de "no permisión positiva" (T12); *b)* las dos equivalencias entre "permisión positiva" y "permisión negativa" y las disyunciones, respectivamente, de "facultad" y "obligación" (T13) y de "facultad" y "prohibición" (T14); *c)* las relaciones de incompatibilidad entre "facultad", "obligación" y "prohibición", en virtud de la implicación por parte de cada una de estas figuras de las negaciones de las otras dos (T15, T16, T17), así como entre permisión positiva y prohibición y entre permisión negativa y obligación (T18, T19); *d)* la distinción de las modalidades, correspondiente al postulado P1, entre "permisión positiva" y "permisión negativa" (T20) y la distinción, todavía más importante, entre "facultades", "prohibiciones" y "obligaciones" (T21); *e)* la tesis de que la modalidad de la comisión de un comportamiento lo es también de su omisión y viceversa (T22) así como que las equivalencias, correlativas a las expresadas en los teoremas T8, T6 y T9, entre obligación de la comisión y prohibición de la omisión (T23), en-

tre prohibición de la comisión y obligación de la omisión (T24) y entre facultad de la comisión y facultad de la omisión (T25).

T10	$(y)(x)(FACy_x \equiv (PEMy_x \cdot PEMyL_x))$	D4,D5,D6,D1
T11	$(y)(x)(OBLy_x \equiv (PEMy_x \cdot \neg PEMyL_x))$	D4,D5,D7,D3
T12	$(y)(x)(DIVy_x \equiv (PEMyL_x \cdot \neg PEMy_x))$	D4,D5,D8,D2
T13	$(y)(x)(PEMy_x \equiv (FACy_x \vee OBLy_x))$	D4,D6,D7,D1,D3
T14	$(y)(x)(PEMyL_x \equiv (FACy_x \vee DIVy_x))$	D5,D6,D8,D1,D2
T15	$(y)(x)(FACy_x \rightarrow (\neg OBLy_x \cdot \neg DIVy_x))$	T10,T11,T12
T16	$(y)(x)(OBLy_x \rightarrow (\neg FACy_x \cdot \neg DIVy_x))$	T15,T11,T12
T17	$(y)(x)(DIVy_x \rightarrow (\neg FACy_x \cdot \neg OBLy_x))$	T15,T16
T18	$(y)(x)(PEMy_x \rightarrow \neg DIVy_x)$	T13,T17
T19	$(y)(x)(PEMyL_x \rightarrow \neg OBLy_x)$	T14,T16
T20	$(y)(x)(MODy_x \equiv (PEMy_x \vee PEMyL_x))$	D4,D5,P1
T21	$(y)(x)(MODy_x \equiv (FACy_x \vee OBLy_x \vee DIVy_x))$	T20,T13,T14
T22	$(y)(x)(MODy_x \equiv MODyL_x)$	T20
T23	$(y)(x)(OBLy_x \equiv DIVyL_x)$	T12,T11
T24	$(y)(x)(DIVy_x \equiv OBLyL_x)$	T11,T12
T25	$(y)(x)(FACy_x \equiv FACyL_x)$	T10

3. EL CUADRADO LÓGICO DE LAS EXPECTATIVAS

Es posible, sobre esta base, afrontar el análisis de un nuevo concepto, tradicionalmente extraño tanto a la teoría del Derecho como a la lógica deóntica y considerado, comúnmente, una noción sociológica o en todo caso extra-jurídica.³ En esta teoría tal concepto será, sin embargo, formalizado como noción basilar para el análisis de la fenomenología del Derecho: la cual podrá ser vista enteramente en términos de expectativas, o sea

³ El carácter prejurídico de la noción de "expectativa" es sostenido abiertamente, por ejemplo, por R. Scognamiglio, "Aspettativa di diritto", en *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 226-232. Por lo demás, los estudios más relevantes sobre las expectativas son de carácter sociológico: véase, sobre todo, N. Luhmann, *Politische Planung*, (1971), tr. it. de A. Febbrajo, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, Guida, 1978, pp. 65-83; *Rechtssoziologie*, (1972), tr. it. de A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1977, pp. 40-157; *Id.*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, (1974), tr. it. de A. Febbrajo, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 59 y ss.

de figuras deónticas *pasivas*, al igual que en términos de facultades, de obligaciones y de prohibiciones, o sea de figuras deónticas *activas*. En particular, este concepto se revelará esencial para obtener una definición satisfactoria de "derecho subjetivo" y para salir del atolladero de los muchos equívocos y de las muchas aporías que rodean esta noción.⁴

Todos los derechos subjetivos consisten, en efecto, en expectativas: no sólo aquellos que podemos llamar "derechos a" o "positivos", como los derechos de crédito y los derechos sociales, los cuales consisten en la expectativa (positiva) de prestaciones, sino también los derechos que podemos llamar "derechos de" o "negativos", como la propiedad y las libertades, que por consistir en facultades y/o en inmunidades incluyen siempre expectativas (negativas) de no impedir y de no turbar su ejercicio o disfrute. Las expectativas, por otro lado, no tienen necesariamente por argumento prestaciones (comisivas u omisivas) ventajosas para sus titulares: son, en efecto, expectativas también la exposición a sanciones o a anulaciones, esto es la responsabilidad por actos ilegales y la anulabilidad de los actos inválidos. En fin, las mismas situaciones que no son en ningún sentido expectativas sino modalidades, como las obligaciones y

⁴ "Derecho subjetivo" será definido, en la tercera parte de la teoría, como "expectativa de prestaciones o de no lesiones", o sea como la suma lógica de la expectativa positiva de actos jurídicos conformes y de la expectativa negativa de actos jurídicos contrarios al interés de su titular. El elemento de expectativa, en el sentido indicado por el postulado P2 y de las tesis T26-T39 que como veremos derivan de él, me parece que es el que vincula a todas las distintas y heterogéneas figuras de los derechos subjetivos: de los derechos-pretensión a los derechos de libertad y de inmunidad, de los derechos patrimoniales a los derechos fundamentales. Diremos por ello, en base a nuestra definición, que "derecho subjetivo" aparece todas las veces en que expectativa e interés, sean a la comisión o a la omisión de un acto jurídico ajeno, coinciden en relación con un mismo sujeto. Es así como nuestra definición conjuga las dos concepciones tradicionales del derecho subjetivo, la del derecho como *facultas agendi* y la del derecho como interés protegido. Todos los derechos son intereses protegidos por imperativos a cargo de terceros, incluidos los consistentes en facultades o potestades, que, de manera semejante son intereses a la libertad y a la autodeterminación caracterizados como "permisos fuertes" en vez de como meros "permisos débiles" en cuanto se encuentran sancionados como expectativas negativas o inmunidades gracias a la prohibición de interferencia ajena.

prohibiciones, son siempre correlatos de expectativas positivas o negativas de su propio argumento –la realización de la obligación o la no realización de la prohibición– por parte de otros sujetos.

Es precisamente esta diversidad de sujetos a quienes se imputan las modalidades y las expectativas de un mismo argumento –considerado por las primeras como comportamiento propio y por las segundas, como comportamiento ajeno– lo que proporciona la clave para identificar rigurosamente el concepto de expectativa, tanto positiva como negativa. Una caracterización adecuada de tal concepto viene dada, en efecto, por las cuatro relaciones que podemos establecer entre las cuatro figuras del *permiso*, identificadas por el clásico cuadrado deóntico de las oposiciones y los correspondientes argumentos de *expectativa*: a) decir que de un comportamiento está permitida la comisión equivale a decir que no hay expectativa de su omisión; b) decir que está permitida su omisión equivale a decir que no hay expectativa de su comisión; c) decir que no está permitida la comisión equivale a decir que hay expectativa de su omisión; d) decir que no está permitida su omisión equivale a decir que hay expectativa de su comisión.

Asumiendo por un momento “expectativa” como predicado monádico o de propiedad de los comportamientos, tendremos pues cuatro equivalencias que reproducen –en términos de “esperado” (o si se quiere de “pretendido”)– las cuatro figuras del cuadrado de los modos deónticos:

(a) $PERx \equiv ASP\perp x$

(b) $PER\perp x \equiv \neg ASPx$

(c) $\neg PERx \equiv ASP\perp x$

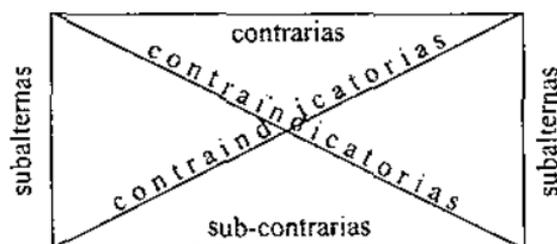
(d) $\neg PER\perp x \equiv ASPx$

Correlativamente a las relaciones entre los permisos y no permisos (positivos [u obligaciones] y negativos [o prohibiciones]), también las relaciones entre las expectativas y las no expectativas (positivas y negativas) pueden, pues, ser representadas mediante un cuadrado de seis oposiciones: dos de *contra-*

dictoriedad (o de *alternatividad*) entre expectativas y no expectativas (positivas o negativas); una de *contrariedad* (o de *incompatibilidad*) entre expectativa negativa y expectativa positiva; una de *subcontrariedad* (o de *disyunción*) entre no expectativa positiva y no expectativa negativa; dos de *subalternación* (o de *implicación*) entre expectativa positiva y no expectativa negativa y entre expectativa negativa y no expectativa positiva.

ASP_x
 ¬PER_{⊥x}
 OBB_x

ASP_{⊥x}
 ¬PER_x
 VIE_x



¬VIE_x
 PER_x
 ¬ASP_{⊥x}

¬OBB_x
 PER_{⊥x}
 ¬ASP_x

Sintácticamente, sin embargo, el término “expectativa” es comúnmente (y será también aquí) usado no ya como predicado monádico de comportamiento, sino como predicado diádico de relación entre una figura deóntica y un comportamiento: esto es, en contextos del tipo “Tizio tiene derecho (o no tiene derecho) a obtener”, o “está sujeto (o no está sujeto) a sufrir” la comisión u omisión de un comportamiento ajeno, que es el mismo comportamiento, por ejemplo una prestación o una sanción, cualificado por la modalidad correspondiente.⁵ Son precisamente estos contextos los que evidencian la estructura de las expectativas —sean positivas (o de la comisión) o negativas (o de la

⁵ Por eso no he juzgado necesario introducir, en correspondencia con la figura diádica “expectativas”, una figura deóntica monádica como “esperado” o “pretendido (que o que no)” correlativa al modo monádico del “no permitido (que no o que)”.

omisión) — como *posiciones pasivas* correspondientes a sujetos distintos de aquellos a los cuales corresponden las *posiciones activas* expresadas por las modalidades del mismo argumento. Y es en base a estos sujetos como será posible, cuando disponga de los términos “sujeto” y “persona”, elaborar las nociones, en primer lugar, de “relación deóntica” y, después, de “relación jurídica”. Nuestras cuatro equivalencias podrán por tanto reformularse en las siguientes formas diádicas:

$$(a') \text{PEMy}''x \equiv \neg \text{ASPy}' \perp x$$

$$(b') \text{PEMy}'' \perp x \equiv \neg \text{ASPy}' x$$

$$(c') \neg \text{PEMy}''x \equiv \text{ASPy}' \perp x$$

$$(d') \neg \text{PEMy}'' \perp x \equiv \text{ASPy}' x$$

He expresado estas relaciones, equivalentes entre sí, con el postulado P2, que enuncia la correlación biunívoca⁶ que se da siempre entre expectativas positivas y modalidades correspondientes a otros sujetos del no permiso del mismo comportamiento omisivo o bien, sustituyendo en P2 x con $\perp x$, entre expectativas negativas y modalidades correspondientes a otros sujetos del no permiso del mismo comportamiento comisivo (T26)

$$P2 (x)((\Sigma y') \text{ASPy}' x \equiv (\Sigma y'')(\text{MODy}''x \neg \text{PER} \perp x))$$

$$T26 (x)((\Sigma y') \text{ASPy}' \perp x \equiv (\Sigma y'')(\text{MODy}''x \neg \text{PER} x)) \quad P2, T22$$

Deriva de ello, uniendo este postulado con el postulado P1, el isomorfismo ya ilustrado entre el cuadrado de las expectativas y el de las modalidades: dada la correlación entre expectativas y no permisos (P2), si es verdadero que de toda acción está permitida o su comisión o su omisión (P1), es también verdad que de la misma acción o no existe la expectativa de la comisión o

⁶ A pesar de esta correlación biunívoca, expresada por el signo de equivalencia entre “expectativa de que” y “modalidad de lo que no es permitido que no”, “expectativa” no es un término definido y el postulado P3 no es una definición. Esto depende del hecho de que la variable de la que “expectativa” es predicado está cuantificada existencialmente y no aparece en aquello que debería ser el *definiens*, el cual por tanto no puede reemplazar a “expectativa” en todas las ocasiones en que aparece.

no existe la expectativa de la omisión (T27); de forma que, si de algo existe la expectativa positiva no existe la expectativa negativa (T28), y viceversa (T29), siendo los dos tipos de expectativas incompatibles entre sí (T30) exactamente como las correspondientes obligaciones y prohibiciones (T16, T17).⁷

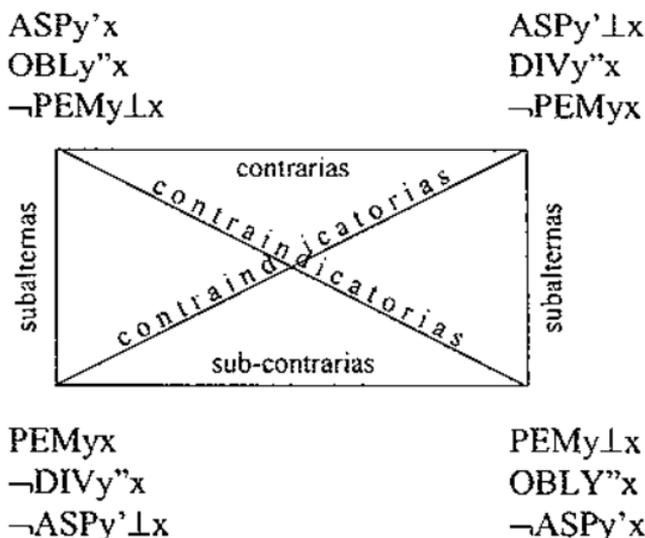
T27	$(x)(\neg(\Sigma y)ASPyx \vee \neg(\Sigma y)ASPy\perp x)$	P1,P2,T22
T28	$(y)(x)(ASPyx \rightarrow \neg ASPy\perp x)$	T27
T29	$(y)(x)(ASPy\perp x \rightarrow \neg ASPyx)$	T28
T30	$(y)(x)(\neg ASPyx \vee \neg ASPy\perp x)$	T28

Ahora bien, sabemos que las modalidades del no permiso de la omisión y del no permiso de la comisión —correspondientes respectivamente a la expectativa positiva y a la expectativa negativa— no son nada distinto que la obligación (D7) y que la prohibición (D8), dado que el no permiso de la omisión es lo obligatorio (T7), mientras que el no permiso de la comisión es lo prohibido (T5). Diremos por ello que la existencia de la expectativa de una comisión o de una omisión está siempre correlacionada con la existencia de una obligación o de una prohibición correspondiente; de forma que la obligación vale para definir la correspondiente *expectativa positiva* (y viceversa) y la prohibición vale para definir la correspondiente *expectativa negativa* (y viceversa). Precisamente, puesto que, según las tesis T23 e T24, la obligación de la comisión equivale a la prohibición de la omisión y la prohibición de la comisión equivale a la obligación de la omisión, según que se den o no se den expectativas positivas (o de la comisión), o expectativas negativas

⁷ Adviértase que el contexto monádico de “expectativas” (ASPy) equivale a la suma lógica de la posibilidad de la comisión y de la posibilidad de la omisión de su argumento, o sea de dos figuras (la expectativa positiva y la expectativa negativa) que como se ha mostradao (T27-T30) son incompatibles entre sí. El lenguaje de la teoría de las expectativas es en efecto más pobre que el de la teoría de las modalidades: mientras que “modalidad” es un término de género respecto a las figuras de la permisión positiva o negativa, de la facultad, de la obligación y de la prohibición, “expectativa” es el único término en el cual se declinan todas las figuras del cuadrado correspondiente. En el lenguaje común esto podría provocar equívocos, que quedan excluidos, sin embargo, en nuestro lenguaje formalizado.

(o de la omisión), tendremos cuatro equivalencias o implicaciones recíprocas, ordenables de nuevo sobre la base de nuestro cuadrado: entre la existencia de expectativas positivas y la de obligaciones (T31), entre la existencia de expectativas negativas y la de prohibiciones (T32), entre la inexistencia de expectativas positivas y la inexistencia de obligaciones (T33) y entre la inexistencia de expectativas negativas y la inexistencia de prohibiciones (T34).

T31	$(x)((\Sigma y')ASP_y'x \equiv (\Sigma y'')OBL_y''x)$	P2,T7,D7
T32	$(x)((\Sigma y')ASP_y'\perp x \equiv (\Sigma y'')DIV_y''x)$	P2,T5,D8
T33	$(x)(\neg(\Sigma y')ASP_y'x \equiv \neg(\Sigma y'')OBL_y''x)$	T31
T34	$(x)(\neg(\Sigma y')ASP_y'\perp x \equiv \neg(\Sigma y'')DIV_y''x)$	T32



Además, según que no existan expectativas positivas, o que no existan expectativas negativas, o que no exista ningún tipo de expectativa, las modalidades correspondientes consistirán, respectivamente, en permisiones negativas (T35), en permisiones positivas (T36) y en facultades (T37). Diremos así, que las facultades comportarán siempre la inexistencia de las expectativas correspondientes, sean ellas positivas o negativas (T38, T39).

T35 $(x)(\neg(\Sigma y')ASP_y'x \equiv (y'')(MODy''x \rightarrow PEMy''Lx))$ T33, T19, T21, T14

T36 $(x)(\neg(\Sigma y')ASP_y'Lx \equiv (y'')(MODy''x \rightarrow PEMy''x))$ T34, T18, T21, T14

T37 $(x)(\neg(\Sigma y')(ASP_y'x \vee ASP_y'Lx) \equiv (y'')(MODy''x \rightarrow FACy''x))$
T35, T36, T10

T38 $(x)((y'')FACy''x \rightarrow \neg(\Sigma y')(ASP_y'x \vee ASP_y'Lx))$ T37

T39 $(x)((y'')FACy''x \rightarrow (\neg(\Sigma y')ASP_y'x \rightarrow \neg(\Sigma y')ASP_y'Lx))$ T38

Obviamente, el hecho de que las expectativas sean figuras pasivas que no consisten en, sino que corresponden a modalidades referidas a otros sujetos (y viceversa), no excluye que puedan ser asociadas a modalidades deónticas referidas al mismo sujeto, y viceversa. Por ejemplo, el derecho del propietario de hacer uso de la cosa de su propiedad (modalidad), está asociado con el derecho a no ser molestado en tal uso por parte de otros (expectativa); la obligación de pagar el resarcimiento de un daño o de no cometer delitos (modalidad), está asociado a la sujeción a sanciones en caso de desobediencia (expectativa); el derecho de crédito (expectativa), está asociado al derecho de acción (modalidad) que permite su justiciabilidad, etc. Modalidades (activas) y expectativas (pasivas) son efectivamente figuras deónticas, por así decirlo, *simples* o *atómicas*, las cuales conviven de diversas formas —a veces una de ellas como *garantía* de la otra— en las figuras *complejas* y *moleculares* constituidas por las situaciones jurídicas y, en particular, por los derechos fundamentales. La modalidad representada por el derecho de acción, por ejemplo, es una garantía (como veremos “secundaria”) de la expectativa constituida por el derecho de crédito y de la obligación correspondiente; de la misma manera que, inversamente, la expectativa de la sanción es una garantía (secundaria) de las modalidades consistentes en obligaciones o prohibiciones y de las correspondientes expectativas.

“Expectativa” es en todos los casos, al igual que “modalidad”, una noción deóntica. En particular, las expectativas jurídicas son expectativas de efectividad de las normas jurídicas y de las obligaciones y prohibiciones dispuestas o predispuestas por ellas. En el lenguaje común, naturalmente, “expectativa” puede entender-

se también en un sentido distinto: en el sentido, sociológico o cognitivo, de previsión de lo que de hecho sucederá (o no sucederá), o mejor de lo que es verosímil (o inverosímil) que pueda suceder. En una sociedad caracterizada por una alta tasa de criminalidad no dejaré abierta la puerta de casa, dado que, aun teniendo la expectativa jurídica de que nadie violará mi domicilio, tengo una realista expectativa de que el domicilio sea, de hecho, violado por los ladrones. El sentimiento de seguridad jurídica viene dado precisamente por la (máxima) correspondencia entre expectativas normativas y expectativas cognitivas, generada por la existencia de las garantías idóneas.

4. LOS SUJETOS Y LAS RELACIONES JURÍDICAS

De acuerdo con la caracterización sugerida por el postulado P4, "sujeto" es un individuo al que son adscribibles modalidades o expectativas (además de –pero de ello no hablaré en este fragmento de la teoría– comportamientos e intereses). Defino ahora como "titular" al sujeto al que son imputadas una "modalidad" o una "expectativa".

D9 "Titular" es cualquier sujeto de una modalidad o de una expectativa.

$(z)(y)(TITzy \equiv (SOGzy \cdot (MODy \vee ASPy)))$

Estamos en este punto en condiciones de definir, sobre la base de las tesis de las que disponemos, el concepto de "relación deóntica" entre sujetos. Se ha visto en el párrafo anterior que a las obligaciones corresponden expectativas positivas (T31), y a las prohibiciones expectativas negativas (T32), mientras que a las facultades no corresponde ninguna expectativa (T39). Estos nexos entre imperativos y expectativas positivas o negativas pueden ahora configurarse como relaciones entre (posiciones de) sujetos distintos, vinculados por la identidad del comportamiento que es realización de unos y otras. De las tesis T31 y T32 se pueden deducir los dos teoremas:

T40 Decir que un individuo es titular de una expectativa positiva equivale a decir que otro individuo es titular de la obligación correspondiente.

$(x)((\Sigma z')(\Sigma y')(TITz'y' \cdot ASPy'x) \equiv (\Sigma z'')(\Sigma y'')(TITz''y'' \cdot OBLy''x))$ T31, P3, D9, T21

T41 *Decir que un individuo es titular de una expectativa negativa equivale a decir que otro individuo es titular de la prohibición correspondiente.*

$(x)((\Sigma z')(\Sigma y')(TITz'y' \cdot ASPy' \perp x) \equiv (\Sigma z'')(\Sigma y'')(TITz''y'' \cdot DIVy''x))$ T40, T24

Llamo "relación deóntica" a la relación expresada por estos teoremas entre dos sujetos titulares, respectivamente, de una expectativa positiva y de la obligación correspondiente, o de una expectativa negativa y de la prohibición correspondiente.

D10 *Dos individuos están en relación deóntica entre sí si y sólo si uno de ellos es titular de una expectativa positiva y el otro de la obligación del mismo comportamiento:*

$(z')(z'')(RADz'z'' \equiv (\Sigma y')(\Sigma y'')(TITz'y' \cdot TITz''y'' \cdot M(\Sigma x)(ASPy'x \cdot OBLy''x)))$

de lo cual deriva, por sustitución, que es una relación deóntica también la que existe entre dos sujetos de los cuales uno es titular de una expectativa negativa y el otro de la prohibición correspondiente:

T42 $(z')(z'')(RADz'z'' \equiv (\Sigma y')(\Sigma y'')(TITz'y' \cdot TITz''y'' \cdot M(\Sigma x)(ASPy' \perp x \cdot DIVy''x)))$ D10, T24

De "relación deóntica" se puede por tanto hablar si y sólo si uno de los términos de la relación es una obligación o una prohibición; no, por el contrario, cuando es una facultad, dado que a ésta, como afirma el teorema T39, no le corresponde ninguna expectativa. Enunciaré por tanto, a través de los cuatro siguientes teoremas, dos parejas de relaciones biunívocas: la primera es que, si un sujeto es titular de una expectativa positiva, entonces ese sujeto está en relación deóntica con otro titular de la obligación correspondiente (T43), y viceversa (T44); la segunda es que, si un sujeto es titular de una expectativa negativa, entonces ese sujeto está en relación deóntica con otro titular de la prohibición correspondiente (T45), y viceversa (T46).

T43	$(z')(x)((SOGz' \cdot (\Sigma y')(TITz'y' \cdot ASPy'x)) \rightarrow (\Sigma z'')(\Sigma y'')(RADz'z'' \cdot TITz'y'' \cdot OBLy''x))$	DI0.T40
T44	$(z'')(x)((SOGz'' \cdot (\Sigma y'')(TITz'y'' \cdot OBLy''x)) \rightarrow (\Sigma z')(\Sigma y')(RADz'z'' \cdot TITz'y' \cdot ASPy'x))$	D10,T40
T45	$(z')(x)((SOGz' \cdot (\Sigma y')(TITz'y' \cdot ASPy' \perp x)) \rightarrow (\Sigma z'')(\Sigma y'')(RADz'z'' \cdot TITz'y'' \cdot DIVy''x))$	T43,T24
T46	$(z'')(x)((SOGz'' \cdot (\Sigma y'')(TITz'y'' \cdot DIVy''x)) \rightarrow (\Sigma z')(\Sigma y')(RADz'z'' \cdot TITz'y' \cdot ASPy' \perp x))$	T44,T24

Sobre esta base se podrá construir la categoría de “*relaciones jurídicas*”, identificables con las relaciones deónticas que se dan entre las modalidades y las expectativas consistentes en “*situaciones jurídicas*” —o sea entre las que llamaré “*situaciones activas*”, como los poderes y deberes, y las que llamaré “*situaciones pasivas*”, como los derechos subjetivos y las responsabilidades— en cuanto sus argumentos son no meros comportamientos jurídicamente irrelevantes, sino “*actos jurídicos*” productivos de “*efectos*”. Modalidades y situaciones activas, al afectar a los comportamientos propios de los sujetos que son sus titulares, forman el lado activo de la relación; expectativas y situaciones pasivas, al afectar a comportamientos ajenos, forman, por el contrario, su lado pasivo.

Toda la vida de relación, desde sus formas más simples a las más complejas, es por lo demás interpretable en términos de relaciones deónticas entre expectativas positivas o negativas y obligaciones o prohibiciones correspondientes. Si ordeno a alguien “*cierra la puerta*” tengo la expectativa de que la cierre. La prohibición “*no fumar*” genera la expectativa de que nadie fume. La prohibición de matar, sea moral o jurídica, corresponde a la expectativa de no ser matado. La estipulación constitucional de la libertad de manifestación del pensamiento genera la prohibición de la censura o de otras formas de limitación o de impedimento de su ejercicio; de la misma forma como la estipulación del derecho a la asistencia sanitaria o a la educación genera la obligación de proporcionar las correspondientes prestaciones. En todos los casos, las expectativas y los deberes correspondientes, sobre todo si tienen carácter universal (*omnium*) y/o absoluto

(*erga omnes*), valen para fundamentar –tanto en el Derecho como en la moral y en los demás sistemas normativos– la *reciprocidad* de las relaciones deónticas. Al mismo tiempo las relaciones deónticas forman la base de todas las formas –jurídicas y extrajurídicas– de *solidaridad*. El sentimiento de solidaridad, en efecto, no es otra cosa más que el sentimiento de obligatoriedad con el que cada uno advierte las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas de otros, y que se encuentra con el sentimiento recíproco de confianza en la satisfacción, por parte de los demás, de las propias expectativas. Es principalmente este sentimiento intersubjetivo de la reciprocidad de las relaciones deónticas lo que sirve para fundamentar la efectividad de cualquier modalidad o expectativa. El mismo equivale, como ahora veremos, al sistema de *garantías* a las que estas modalidades y expectativas están conectadas.

5. LAS GARANTÍAS

Como confirmación de lo que se ha dicho en el § 3, los teoremas T43-T46 muestran que no hay ninguna prioridad lógica de las modalidades respecto de las expectativas. Se puede desarrollar una teoría del Derecho, y más en general de los sistemas normativos, partiendo de las modalidades (o sea de las figuras deónticas activas) y definiendo a través de éstas las expectativas (o sea las figuras deónticas pasivas); pero se puede también desarrollarla partiendo de las expectativas y definiendo, a través de éstas, las obligaciones, las prohibiciones y, aunque indirectamente, las facultades. En el primer caso tendremos una teoría del Derecho formulada, como por ejemplo la kelseniana, principalmente en términos de imperativos (o de deberes); en el segundo, una teoría del Derecho formulada, como la que trato de desarrollar, prevalentemente en términos de expectativas (o de derechos). Lo mismo se puede decir del ordenamiento objeto de la teoría: las normas pueden formularse en términos de obligaciones y prohibiciones, esto es, como normas imperativas, o bien en términos de expectativas, esto es, como normas atributivas. Entre las dos cosas no hay ninguna diferen-

cia. Lo que es argumento de expectativa, en efecto, es debido a alguien o a todos por parte de alguno o de todos; de la misma forma que lo que es argumento de deber corresponde a una expectativa de todos o de alguno frente a todos o frente a alguno.

De hecho el lenguaje legal hace uso de ambas formulaciones. Las normas en términos de expectativas están más difundidas en los textos constitucionales, y esto justifica la opción por formular en términos de expectativas la teoría del Estado de Derecho y de la democracia. Son, por ejemplo, expectativas positivas o negativas los derechos de libertad, el *habeas corpus*, los derechos de las minorías lingüísticas, el derecho de huelga, el derecho al trabajo, los derechos a la salud, a la educación, a la retribución equitativa, y similares, establecidos en la primera parte de la constitución italiana. Por el contrario, las normas imperativas están más difundidas en la legislación ordinaria, y en particular en la penal, formada por prohibiciones de comportamiento sancionados como delitos. En cuanto al Derecho civil, éste se expresa tanto en términos de expectativas (o sea de derechos), como en términos de obligaciones.

Las razones de estos diversos estilos legislativos son evidentemente tanto de carácter técnico como de carácter político. Las constituciones privilegian las formulaciones en términos de “derechos”, o sea de expectativas, dejando de ordinario sobreentendidas las prohibiciones y las obligaciones correspondientes, en cuanto que nacen como solemnes convenciones dirigidas a proclamar inmunidades, libertades y pretensiones de tutela o satisfacción de necesidades fundamentales a cargo de los poderes públicos y para fundamentar sobre estas promesas la legitimación política de los ordenamientos. Las leyes penales privilegian por el contrario las formulaciones en términos de prohibiciones y dejan sobreentendidas las correlativas expectativas negativas de inmunidades, en cuanto se vinculan al respeto del principio de taxatividad en la configuración de los comportamientos que son violaciones de estas expectativas. Las normas civiles, en fin, bien pueden formularse tanto en términos de derechos como de obligaciones, a causa del carácter de ordinario simétrico de las posiciones de sus titulares y de la forma horizontal y paritética de sus relaciones deónticas.

Sea cual sea la técnica de formulación adoptada, expectativas y modalidades imperativas, como muestran las tesis T43-T46, se implican recíprocamente como posiciones de sujetos distintos en relación deóntica entre sí. Al ser las expectativas positivas y negativas de un sujeto, respectivamente, la otra cara de la obligación o de la prohibición imputadas a otro sujeto y viceversa, no se dan pues, en el plano teórico, expectativas sin obligaciones o prohibiciones correspondientes, y ni siquiera obligaciones y prohibiciones sin las correspondientes expectativas. En el plano práctico esto quiere decir que la estipulación de un derecho, al consistir siempre como veremos en su momento en la atribución de una expectativa, exige que sea identificable el sujeto titular del deber correspondiente; y que por tanto, aunque las constituciones sean charlatanas en las promesas de derechos, estas promesas son serias, es decir lógicamente consistentes, únicamente si van acompañadas por la identificación de los correlativos deberes y de los sujetos, públicos o privados, a los que se imputan estos deberes. Lo mismo debe decirse de las responsabilidades y de las anulabilidades, que son, también ellas expectativas (de sanción y de anulación) cuya consistencia depende de la predeterminación de los sujetos obligados a declararlas. Podemos en efecto demostrar —sobre la base de una definición semántica de “efectividad” como la comisión de comportamientos que obedecen a una obligación o satisfacen una expectativa positiva y como la omisión de los comportamientos que violan una prohibición o una expectativa negativa— que una expectativa es efectiva si y sólo si es obedecida la obligación o no desobedecida la correspondiente prohibición, siendo su satisfacción o su violación respectivamente equivalente a la obediencia del uno y a la desobediencia del otro.⁸

⁸ Definida “realización” como el comportamiento que forma el argumento de una modalidad o de una expectativa, será posible definir como “efectivas” las facultades, las obligaciones y las expectativas positivas de las cuales se da la realización, así como las prohibiciones y las expectativas de las cuales no se da la realización; e, inversamente, será posible definir como “inefectivas” las prohibiciones y las expectativas negativas de las que se da la realización así como las facultades, las obligaciones y las expectativas positivas de las que no se da la realización. Allí donde las modalida-

Analizaré ampliamente, en el curso de la teoría, la estructura de las diversas situaciones jurídicas y, en relación con las relaciones deónticas que se dan entre sus titulares, las diversas técnicas y condiciones que aseguran su efectividad. Estas condiciones, podemos sin embargo afirmar desde ahora, no son otra cosa más que las "garantías", que por ello representan las figuras centrales de la teoría que trato de desarrollar. Esas garantías serán divididas, con relación al Derecho, en dos clases: por un lado las "garantías primarias", las cuales consisten, en relación con las expectativas positivas y las negativas que como veremos forman los contenidos de los derechos subjetivos, en las obligaciones y en las prohibiciones implicadas por ellos, como afirman las tesis T43 e T45, por lo que hace a los sujetos en relación deóntica con sus titulares; por otro lado, las "garantías secundarias", que consisten en las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad generadas, como efectos específicos, respectivamente por los actos ilícitos y por los actos inválidos. También las garantías secundarias, como veremos en su momento, reenvían a relaciones jurídicas: precisamente a las relaciones entre las obligaciones (por lo que hace a órganos judiciales) y las correlativas expectativas positivas (de aplicación de la sanción o de declaración de la anulación) producidas por la desobediencia de las obligaciones o de las prohibiciones en las que consisten las garantías primarias. La diferencia entre las dos clases de garantía —que justifica la calificación de la primeras como "primarias" y de las segundas como "secundarias", así como la calificación como "primarias" y como "secundarias" de las normas que respectivamente las prevén— se encuentra, sin embargo, en el hecho de que mientras que la obediencia de las primeras equivale siempre a la satisfacción en vía primaria de los derechos garantizados, la de las segundas entra en acción

des y las expectativas sean reglas, será preciso además hablar de "grado de efectividad (o de ineffectividad) en el tiempo t " de acuerdo con el número de sus realizaciones o de sus no realizaciones en el tiempo t .

eventualmente, como remedio prestado por el ordenamiento para prevenir o reparar la desobediencia de las primeras por obra de actos ilícitos o de actos inválidos.

Defino, pues, las *garantías* sobre la base de las relaciones deónticas identificables entre expectativas y modalidades en el interior de cualquier sistema normativo. Entenderé en efecto con esta expresión las modalidades imperativas de cuya obediencia depende la satisfacción o la no violación de las expectativas que son su argumento.

D11 "*Garantía*" es la obligación correspondiente a la expectativa positiva que es su argumento.

$$(y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\Sigma x)(OBLy''x \cdot ASPy'x))$$

Deriva de ello que también es una garantía la prohibición correspondiente a la expectativa negativa que es su argumento (T47); de forma que, en su conjunto, las garantías equivalen a la suma de las obligaciones y de las prohibiciones correspondientes a las expectativas de que se trate (T48).

$$T47 (y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\Sigma x)(DIVy''x \cdot ASPy' \perp x)) \quad D11, T24$$

$$T48 (y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\Sigma x)((OBLy''x \cdot ASPy'x) \vee (DIVy''x \cdot ASPy' \perp x))) \quad D11, T47$$

Podemos llamar "*garantías positivas*" a las garantías que consisten en obligaciones y "*garantías negativas*" a las que consisten en prohibiciones. Precisamente, las obligaciones *son* las garantías positivas de las correspondientes expectativas positivas (T49), y las prohibiciones *son* las garantías negativas de las correspondientes expectativas negativas (T50). Inversamente, las expectativas positivas *tienen* siempre su garantía en la obligación correspondiente (T51), y las negativas la *tienen* siempre en la prohibición correspondiente (T52). Y puesto que la relación entre expectativas y las correspondientes modalidades imperativas es la relación deóntica entre los sujetos que son titulares de las unas y de las otras, las garantías no son otra cosa más que el lado activo, o sea las modalidades, de las relaciones

deónticas de las que las expectativas garantizadas son el lado pasivo (T54), y viceversa (T55).

T49 $(y'')(M(\Sigma x)OBLy''x \rightarrow (\Sigma y')(GARy''y' \cdot M(\Sigma x)ASPy''x))$ D11, T31

T50 $(y'')(M(\Sigma x)DIVy''x \rightarrow (\Sigma y')(GARy''y' \cdot M(\Sigma x)ASPy''\perp x))$ T47, T32

T51 $(y')(M(\Sigma x)ASPy''x \rightarrow (\Sigma y'')(GARy''y' \cdot M(\Sigma x)OBLy''x))$ D11, T31

T52 $(y')(M(\Sigma x)ASPy''\perp x \rightarrow (\Sigma y'')(GARy''y' \cdot M(\Sigma x)DIVy''x))$ T47, T32

T53 $(y')(y'')(GARy''y' \equiv M(\Sigma x)(OBLy''x \vee DIVy''x))$ T48, T49, T50

T54 $(y'')(y')(GARy''y' \rightarrow (\Sigma z'')(z')(MODy'' \cdot TITz''y'' \cdot RADz''z'' \cdot TITz''y'' \cdot ASPy''))$
P3, D9, T21, D10, D11

T55 $(z')(z'')(RADz''z'' \rightarrow (\Sigma y')(y'')(TITz''y'' \cdot ASPy'' \cdot GARy''y'' \cdot MODy'' \cdot TITz''y''))$
D10, D11, T21

¿Pero qué quiere decir que una expectativa implica siempre como garantía la obligación por parte de otro sujeto de satisfacerla o la prohibición de no violarla? Quiere decir, simplemente, que las garantías realizan, a nivel teórico, la *completitud deóntica* del sistema. De hecho, sin embargo, en un sistema nomodinámico como el derecho positivo esta completitud puede faltar. Es muy posible, al no ser el nuestro un mundo deónticamente perfecto, que una norma jurídica atribuya una expectativa bajo la forma de derecho subjetivo sin indicar los sujetos obligados a satisfacerla: es el caso, por ejemplo, de los derechos "al trabajo" y a "la salud" enunciados por los artículos 4 y 32 de la constitución italiana. En este caso tenemos un contraste entre la teoría y el sistema deóntico que constituye su objeto. La ausencia de garantías se resuelve, en efecto, en una *laguna deóntica* que en el plano teórico parecería no permitir, hasta que no sea colmada, hablar de expectativa, ni por tanto de "derecho subjetivo". Pero donde esté previsto por una norma jurídica positiva, como en los ejemplos que acabamos de poner, un derecho subjetivo, y por tanto una expectativa, jurídicamente exis-

te, y no puede ciertamente ser ignorado por la teoría. Se sigue de ello que la laguna *debe ser* resuelta por alguien —intérprete o legislador—. Y es precisamente en este deber ser de su solución donde reside la obligación implicada por el derecho proclamado: que es una relación por así decir de segundo grado, dado que opera sobre el intérprete y/o el legislador como “obligación de obligar”, o sea de introducir la modalidad imperativa que forma la garantía que falta.

Se pone de manifiesto de tal forma, a través de esta aporía, el carácter (no meramente descriptivo sino) normativo que tiene la teoría en relación con los sistemas nomodinámicos y, en particular, con el Derecho positivo: las lagunas deénticas, de forma no distinta de las antinomias, señalan la existencia de contradicciones que exigen, si queremos tomarnos el Derecho en serio, ser removidas por vía de interpretación o de legislación. Pero se pone de manifiesto también el papel garantista del Derecho positivo en relación con aquellas expectativas universales (*omnium*) que en su momento llamaré “derechos fundamentales”. La estipulación normativa de tales derechos equivale en efecto a la imposición de la formalización de las prohibiciones y de las obligaciones correspondientes a ellos en el interior de ese sistema de sujetos, de aparatos y de funciones que forma, como veremos en su momento, la *esfera pública* del Estado de Derecho. Sin el Derecho penal, o sea sin la prohibición y el castigo como delitos del homicidio, de las lesiones personales y del hurto, no existiría garantía de los derechos a la vida o a la integridad personal o del derecho de propiedad. Sin leyes en materia sanitaria o de educación obligatoria no existiría garantía de los derechos a la salud y a la educación. A causa del carácter nomodinámico del Derecho positivo, prohibiciones y obligaciones correspondientes a los derechos, aun siendo deducibles en el plano teórico de la enunciación de estos últimos, no lo son, sin embargo, en el plano jurídico, en el que su existencia depende de su positiva estipulación normativa.

Volveré más veces, en el curso de la teoría, sobre esta cuestión, decisiva para comprender la estructura y la dinámica del Derecho moderno. Aquí importa subrayar que la identificación

normativa de ambos sujetos de las relaciones deónticas —tanto de los titulares de las expectativas, como de los titulares de las modalidades correspondientes— viene impuesta como condición de consistencia, incluso antes que de efectividad, de cualquier figura deóntica. Estos sujetos, como veremos analíticamente a propósito de las diversas situaciones jurídicas, pueden ser bien “todos”, bien “algunos”. Dividiré por tanto, en la tercera parte de la teoría, las modalidades y las expectativas jurídicas en *universales* (u *omnium*), en cuanto corresponden de la misma forma a todos, como por ejemplo los derechos fundamentales y las prohibiciones penales; *existenciales* (o *singuli*), en cuanto corresponden a individuos, como por ejemplo los derechos y las obligaciones patrimoniales; *absolutas* (o *erga omnes*), en cuanto corresponden frente a todos, como por ejemplo el derecho a la vida y el derecho de propiedad; *relativas* (o *erga singulum*), en cuanto atañen frente a individuos, como los derechos de crédito y las deudas correspondientes. La estructura de todo sistema normativo, y de forma particularmente articulada la de los ordenamientos jurídicos, resultará caracterizada como una red compleja de relaciones deónticas, horizontales y verticales, cuyos desgarros están representados por las lagunas deónticas por obra de las cuales las relaciones deónticas están interrumpidas por defecto de identificación de alguno de sus términos.

He llamado por lo demás *lagunas deónticas* a las lagunas generadas por la carencia de *garantías* en general para distinguir las de otro tipo de lagunas: las que llamaré *lagunas jurídicas* y que consisten, por el contrario, en la carencia de los presupuestos normativos u organizativos de las que he llamado antes *garantías secundarias*: como la previsión normativa de sanciones para los actos ilícitos y de anulación para los actos inválidos, la existencia de órganos encargados de su aplicación, el poder o el deber de actuar a tal fin en juicio; en una palabra, *la justiciabilidad* de las violaciones jurídicas de las expectativas y de los correlativos imperativos que forman sus garantías deónticas. Se trata, como veremos en su momento, de un tipo de garantías (y en su ausencia, de lagunas) común a todas las situaciones y, en particular, a todos los derechos subjetivos, tanto

patrimoniales como fundamentales: a los que consisten en expectativas positivas (como los derechos de crédito y los derechos sociales), pero también a los que consisten en facultades y/o en expectativas negativas (como los derechos de propiedad y de libertad), garantizados de la misma forma, por un lado, por el derecho de acción y, por el otro, por la expectativa de sanciones o de anulación en caso de desobediencia de las correspondientes prohibiciones de lesiones.

Obviamente las lagunas deónticas son más radicales, y por ello más intolerables, que las lagunas jurídicas. Si en efecto son "imperfectos" los imperativos sin sanciones y los derechos sin acción, son sin más inconsistentes las expectativas sin los correspondientes imperativos. Esto depende del hecho de que las lagunas deónticas tienen carácter lógico, de forma que la existencia de los imperativos correspondientes a las expectativas establecidas por el Derecho, así como de los sujetos que son titulares de las mismas, ha de ser en la medida de lo posible reconocida e integrada también por vía de interpretación, so pena de afirmar, en una vía de principio contraria al carácter vinculante del Derecho mismo, su inconsistencia. Las lagunas jurídicas, por el contrario, son lagunas de Derecho positivo, en el sentido de que los presupuestos de las garantías jurídicas que faltan —desde el derecho de acción a la misma existencia de una jurisdicción que tenga a su cargo la imposición de la sanción o de la anulación— no son implicadas lógicamente por las expectativas garantizadas, sino producidas por actos normativos de Derecho positivo. En ambos casos, el carácter en todo caso normativo de las expectativas carentes de garantías, a la vez que tiene el riesgo de condenarlas a la ineffectividad, genera antinomias que, al manifestarse en incumplimientos ilegítimos, imponen a los operadores por una parte y a la doctrina jurídica por otra, intervenciones reparadoras, de tipo legislativo o sólo interpretativo, dirigidas a colmar o por lo menos a reducir las lagunas. Ésta es precisamente, en el Estado constitucional de Derecho, la tarea principal tanto de la práctica jurídica como de la ciencia del Derecho.

SEGUNDA PARTE

CULTURA JURÍDICA

Y

GARANTISMO

LA CULTURA JURÍDICA EN LA ITALIA DEL SIGLO XX*

1. CULTURA JURÍDICA E INSTITUCIONES

Por "cultura jurídica" puede entenderse la suma de muchos conjuntos de conocimientos y de actitudes: en primer lugar, el conjunto de las teorías, de las filosofías y de las doctrinas jurídicas elaboradas por los juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el cúmulo de las ideologías, de los modelos de justicia y de los modos de pensar sobre el derecho que son propios de los operadores jurídicos de profesión, sean éstos legisladores o jueces o administradores; en tercer lugar, el sentido común acerca del derecho y de los institutos jurídicos singulares que opera y se difunde en una sociedad determinada. Entre el derecho positivo y la cultura jurídica existe además una relación de interacción recíproca. De hecho, el derecho puede considerarse como un lenguaje complejo que es, en un solo tiempo, objeto y producto de la cultura jurídica: como el conjunto de los signos normativos y de los signifi-

* Este texto, revisado y ampliado en sus notas, corresponde al capítulo *Scienze giuridiche*, del volumen *La cultura italiana del Novecento*, editado por Corrado Stajano, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 559-597. [N. A.]. En la versión original en italiano el texto se compone de 6 capítulos (aquí presentados como apartados) bajo el subtítulo: Primera Parte. Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX. Traducción de Pedro Salazar.

cados que en la práctica jurídica le asocian los juristas, los operadores y los usuarios. Son éstos quienes, de diversas formas y a diferentes niveles, participan tanto en su producción como en su interpretación.

Esta noción amplia de “cultura jurídica” hace que parezca inútil e ilusorio el intento por reconstruir su historia, a lo largo del siglo xx, en esta recopilación de ensayos sobre la cultura italiana de nuestro siglo.* Esta advertencia vale particularmente para un país como Italia que en estos cien años testimonió la sucesión de tres sistemas políticos, y tal vez se prepara para testimoniar el nacimiento de un cuarto: primero, el sistema de la Italia liberal que todavía se regía por el estatuto albertino; después, el sistema del fascismo y de sus transformaciones autoritarias y corporativas; en tercer lugar, el sistema de la primera república que surgió con la Constitución de 1948 y; ahora, el sistema que se perfila en el horizonte después de la crisis que, en los primeros años noventa, fue provocada por el derrumbe del viejo sistema de partidos.

No obstante, es precisamente la relación de recíproca interacción que existe entre la cultura jurídica y el derecho positivo la que sugiere una clave de lectura de su historia que, como lo demuestra la historiografía reciente del derecho italiano, no adolece de fecundidad: el papel decisivo, aunque frecuentemente olvidado, que mediante la elaboración de “imágenes” y de “paradigmas” del Estado y del derecho, ha tenido la ciencia jurídica en la formación de las clases dirigentes de nuestro país y en la proyección, consolidación ideológica y funcionamiento práctico de nuestras instituciones.¹ Además, resulta de utilidad la facilidad con la que, como en ningún otro sector de la cultura, podemos distinguir entre distintos periodos. Esto se debe a las rupturas institucionales apenas recordadas, aunque el periodo más largo —el de la Italia republicana— exige una subdivisión

* Es oportuno recordar que el texto fue escrito por el autor en los últimos años del siglo XX (1996). [N.T.]

¹ Consultar, en particular, el importante volumen editado por A. Schiavone, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, con escritos de Mauricio Fioravanti, Pietro Costa, Mario Sbriccoli, Cesare Salvi, Aldo

posterior: los años de la Resistencia y de la Constitución, la posguerra y los años cincuenta, el descubrimiento de la Constitución y las reformas en los años sesenta y setenta, la crisis constitucional en los años ochenta y noventa.

Propongo como hipótesis de trabajo que el secreto del papel político que desempeñó la cultura jurídica en la construcción del Estado italiano y en la formación del espíritu nacional radica, en una paradoja aparente, en una doble operación de despolitización que fue realizada por los juristas a partir de la segunda mitad del siglo pasado: despolitización de su objeto de estudio, o sea del derecho y del Estado (teorizando su neutralidad y su apoliticidad) e, incluso antes, la despolitización de su propio trabajo, de la doctrina jurídica, que configuraron como "ciencia" neutral en materia de valores. Estas dos suposiciones que, más allá de las transformaciones políticas e institucionales, seguirán siendo los postulados epistemológicos de la cultura jurídica, por lo menos hasta nuestros años setenta, coinciden con el viraje anti-ilustrado del liberalismo del siglo XIX. Mientras en pensamiento liberal ilustrado se había planteado el problema de la justificación del derecho y del Estado como "artificios" por construir, asumiendo un papel crítico de oposición y de transformación contra las instituciones del antiguo régimen; el liberalismo del siglo XIX se plantea el problema opuesto: el de la defensa y conservación del Estado liberal que para ese entonces ya había sido construido y no necesitaba justificación, ante las amenazas subversivas de las nuevas "clases peligrosas".

Schiavone y Luisa Mangoli. Cfr. También, Mazzacane, A. (editor), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Nápoles, Liguori, 1986, con escritos, entre otros, de Luisa Mangoli, Pasquale Beneduce, Pioriana Colao, Giulio Cianferotti, Guido Melis y Giovanna Cavallari; M. Fioravanti, "Le dottrine dello Stato e della costituzione", en Romanelli, R. (editor), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, Donzelli, 1995, pp. 407-457. Retomo la noción de "imagen" (de Estado, pero también de derecho y de ciencia jurídica) y la de "paradigma disciplinario" de los trabajos de Pietro Costa, que han demostrado su relevancia epistemológica y su fecundidad explicativa: Costa, P., "La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare", en Schiavone, A. (editor), *Stato e cultura giuridica, op. cit.*, pp. 89-145 e *Id. Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, Giuffrè, 1986.

El primer supuesto —la despolitización del derecho y la neutralidad del Estado incluso cuando hubo cambios de regímenes políticos— invierte el postulado principal de la ilustración, la artificialidad del derecho y de las instituciones, y en su lugar propone la tesis de la evolución histórica espontánea y natural, sin reparar en los eventos políticos contingentes. Esta operación se importó de Alemania, en donde la Escuela histórica del derecho de Friedrich Carl von Savigny, desde la primera mitad del siglo XIX, se había opuesto a la codificación y a la identificación juspositivista del derecho con la ley que, en países como Francia e Italia, habían terminado por degradar el papel de los juristas al de meros exegetas de la voluntad del legislador. Para esta escuela que se conocerá como “pandectista” porque está basada en un “*usus modernus*” de las Pandectas de Justiniano, el derecho no se identifica con los códigos y con las leyes, sino con el sistema de los institutos y de los principios que, provenientes desde el derecho romano y convalidados por una experiencia secular de la que también provienen los códigos, son constantemente reelaborados por la ciencia jurídica.²

En esta transfiguración de su propio objeto, la cultura jurídica italiana se aprovecha, tanto de su grande tradición romanista,

² *Usus modernus Pandectarum* es el título de una importante obra de Samuel Stryk publicada en Alemania entre el 1690 y el 1710, que daría nombre al método pandectista consistente en la actualización del derecho romano para adaptarlo a las exigencias modernas (cfr. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, 1952, tr. it. de la II edición de 1967 de Santarelli, U., vol. I, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 325 y 330). Sobre la pandectística, cfr. Solari, G., *Storicismo e diritto privato* (1916), Turin, Giappichelli, 1940; Koschaker, P., *L'Europa e il diritto romano* (1947), tr. it. de la edición alemana de 1958 de Biscardi, A., Sansoni, Florencia, 1962, pp. 333-490; Orestano, R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1953), Turin, Giappichelli, 1963, pp. 28-272; Willhelm, W., *Metodologia giuridica del secolo XIX* (1958), tr. it. de Lucchini, L., Milán, Giuffrè, 1974; M. Losano, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla scuola storica*, Turin, Giappichelli, 1968; F. Wieacker, *Storia del diritto privato, op. cit.*, vol. II, tr. it., de Fusco, S. A., Milán, Giuffrè, 1980; Fioravanti, M., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán, Giuffrè, 1979; Mazzacane, A., “Pandectística”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 592-608; Cappellini, P., *Sistema iuris*, vol. 2, Milán, Giuffrè, 1984; Tarello, G., “Sulla scuola storica del diritto”, en *Id.*, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Boloña, Il Mulino, 1988, pp. 103-122.

como de una pluralidad de aportaciones culturales heterogéneas que provenían de diferentes campos disciplinarios —historiográficos, sociológicos, antropológicos— y que tienen ascendencias filosóficas diferentes —el jusnaturalismo, el romanticismo, el positivismo evolucionista y el historicismo idealista— pero que se adaptan igualmente al proyecto que promueve que el derecho sea autónomo de la legislación y de la política. Lo que quiero decir, es que el origen de estas aportaciones es secundario cuando se piensa en el efecto de naturalización del derecho y del Estado en el que concurren: el historicismo pandectista y la idea del nexo entre derecho y conciencia popular; el positivismo antropológico en la concepción naturalista de la desviación; el positivismo sociológico en la idea de la sociedad como un espacio de conflictos salvajes e irracionales; el formalismo y el tecnicismo jurídico en el acercamiento a las fuentes legislativas; el idealismo y la sublimación ética y meta-histórica del Estado.³

Tanto la idea de la naturalidad del Estado, como la idea de la autonomía del derecho tienen su sustento principal en el segundo supuesto que he señalado: la tesis de la doctrina jurídica como “ciencia” y de la actividad del juez y de los otros operadores como “técnica” que promovía la cultura jurídica desde la segunda mitad del siglo pasado. Este paradigma de lo científico también es un paradigma de la figura del jurista y tenía su origen en la misma tradición de la cultura jurídica: el viejo modelo del saber del jurisconsulto transmitido por el derecho romano y, después por el derecho común, que la propia pandectista alemana volvió a poner en auge. Sin embargo, no se trata de la mera reproducción de una inocua ideología profesional, sino de una operación meta-política que avalaba como “científicas” a todas las operaciones políticas realizadas por los juristas en la construcción de las imágenes del derecho y del Estado. Esto producía un efecto de legitimación recíproca: el derecho y del Estado

³ Sobre las múltiples aportaciones que concurren en la construcción de la imagen de Estado durante el siglo XIX, véanse los trabajos de Pietro Costa mencionados en la nota 1.

que aparecían como racionales y neutrales porque la ciencia jurídica los asumían como entidades naturales; y, de la dogmática jurídica que se consideraba ciencia porque era la representación y la sistematización de un universo naturalizado.

También esta imagen de la ciencia jurídica tiene un evidente sentido antilustrado: se ubica en el extremo opuesto de la “ciencia de la legislación” —del derecho no como es, sino como debe ser— que un siglo antes había sido propuesta por Gaetano Filangieri.⁴ Además, al igual que las imágenes del Estado y del derecho, se alimenta de diversos filones culturales: de la tradición romanista del derecho civil, del positivismo determinista y paracientífico (presente, sobre todo, en las disciplinas penales), del encuentro entre el idealismo y el formalismo de las ciencias publicistas, del mito de la neutralidad y de la objetividad (tanto más obsesivo, en cuanto más ilusorio) que venía afirmándose en las nuevas ciencias sociales. Nuevamente lo que importa es la legitimación “científica” que la cultura jurídica obtenía de su autonomía de la política y que le permite defender al Estado, como quiera que éste sea y avalar sus cambios políticos e institucionales sin alterar sus paradigmas disciplinarios.

Esta es la ambición del jurista más representativo de la Italia liberal, Vittorio Emanuele Orlando (aunque estuviera en contradicción con su aclamada despolitización). Orlando, desde su prolucción palermitana de 1889, confiere a la naciente doctrina del derecho público una función de apoyo al Estado unitario y a nuestra identidad nacional: “la sangre de los mártires y el consejo de los estadistas nos dieron el Estado italiano; ahora la escuela jurídica debe darnos la ciencia del derecho público italiano...: no basta con que la unidad del Estado, por tanto tiempo deseada haya tenido un reconocimiento político, sino que es necesario que viva de la vida del derecho, de un derecho nues-

⁴ “La legislación”, el derecho por hacer pero no el derecho existente, “es el objeto común de los que piensan” (Filangieri, G., “La scienza della legislazione”, 1783, Introduzione, en *Id.*, *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruxelles, Tipografia della Società Bellica, 1841, p. 57).

tro, de un derecho nacional".⁵ Cabe agregar que se trató de un papel ambivalente. La denominada "autonomía del jurídico" —tanto de la sociedad, como de la política— siempre ha tenido una función de legitimación del Estado como entidad neutral, pero también una función de defensa de la cultura y de la práctica jurídica ante las invasiones de la política y, cuando sobrevino el fascismo, ante las vocaciones totalitarias del régimen.

Este papel político de la ciencia jurídica se vio favorecido por una de sus características específicas: el ser una ciencia escasamente visible,⁶ inaccesible para todos aquellos que no son expertos en derecho. Esto hace que fuera inmune a la política: no sólo por su estatuto epistemológico que excluye por ser extra-jurídica y (lo que es lo mismo) anti-científica cualquier violación de fronteras sociológica o politológica; sino también por su separación, en cuanto disciplina técnica, de la cultura en general. La literatura jurídica —a pesar de su masa desperdigada e integrada por miles de revistas, cientos de columnas, decenas de repertorios y enciclopedias y de una cantidad incalculable de tratados, manuales y monografías— es una literatura destinada a la categoría de los juristas, de los jueces, de los abogados, de los administradores y de los burócratas. Pero ello no evita que exprese una cultura hegemónica y, hasta cierto punto exclusi-

⁵ Orlando, V. E., "I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico" (1889), ahora en *Id.*, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milán, Giuffrè, 1954, p. 21: "Es ardua la empresa, ¡pero cuánto es noble y adecuada la compensación! A nosotros, a quienes la maravillosa historia del Resurgimiento nos confirió la existencia de un Estado nacional y libre, si no nos tocó el poder de cooperar se nos asignó otra tarea delicadísima y solemne que exige todo el fervor de nuestra actividad y la inspiración de motivos aún más ideales que aquellos meramente científicos [...] El aliento del derecho necesita animar a las instituciones por las que una serie tan larga de generaciones ha combatido y sufrido: es una deuda sagrada que la ciencia contrae y que no puede dejar de saldar".

⁶ Sbriccoli, M. habla de esta "visibilidad menor" de la producción de los juristas que "no está dirigida al público sino que está destinada a otros juristas": "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita", en Schiavone, A. (editor), *Stato e cultura giuridica, op. cit.*, p. 152; *Id.*, "Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca", en Grossi, P. (editor), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 128 y ss.

va, de la clase política, de la judicial y de la administrativa. Por el contrario, precisamente porque los juristas sólo leen libros de derecho y los libros de derechos son leídos solamente por juristas, tenemos una autosuficiencia cultural y una inmunización política de la clase estatal. Esta doble impermeabilidad —la impermeabilidad de la cultura humanista a la cultura jurídica y sobretodo viceversa— caracteriza al jurista y, en general al hombre de leyes (dotado de una cultura jurídica pero frecuentemente sin ninguna otra cultura) y explica la extraordinaria capacidad de la ciencia del derecho para resistir a los cambios políticos y culturales.⁷

Hay un episodio que revela de manera iluminante el peso político de la cultura jurídica, a pesar de —es más, a causa de— este aislamiento cultural: el durísimo ataque de Benedetto Croce contra Pietro Bonfante cuando éste último, en una prolucción en la Universidad de Roma en 1917, había reivindicado el papel que habían desempeñado el derecho romano y su enseñanza en la unificación nacional.⁸ Como ha observado Aldo Schiavone, la aspereza de este ataque, como el de la réplica correspondiente y, posteriormente, el del enfrentamiento que se prolongó con intercambios de insultos y amenazas en las páginas de *La Critica* y de la *Rivista Italiana di Sociologia* no puede explicarse solamente por la batalla de Croce en contra del positivismo sociológico y científico que caracterizaba a la cultura jurídica y a la historiografía del derecho romano. Más allá de la diferencia de ideas, el enfrentamiento indicaba una batalla entre estudios

⁷ Salvatore Pugliatti en 1948 podía escribir en 1948 que, "entre pausas y reinicios [...] la ciencia jurídica, a pesar de las agitaciones causadas por las críticas y las polémicas, es la que menos ha resentido las transformaciones producidas en los otros campos del saber. De hecho, la ciencia jurídica ha operado en un territorio prácticamente cercado, lográndose preservar de toda influencia externa: ha mantenido un carácter dogmático pero ha conquistado una considerable capacidad de resistencia" ("Crisi della scienza giuridica", 1948, ahora en Pugliatti, S., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milán, Giuffrè, 1951, p. 693).

⁸ El evento es recordado por Schiavone, A., "Un'identità perduta. La parabola del diritto romano in Italia", en *Id.* (editor), *Stato e cultura giuridica, op. cit.*, pp. 288-293; *cfr.* también M. Bretonc, "Il 'naturalismo' del Bonfante e la critica idealista", en *Labeo*, núm. 5, 1959, pp. 257 y ss.

jurídicos y estudios filosóficos por la hegemonía cultural en la formación de las élites dirigentes. Croce había entendido que la cultura jurídica representaba la única cultura que podía competir con la cultura historicista de corte humanista y filosófico que él mismo encarnaba. Y tenía razón. La cultura jurídica no sólo era una cultura competidora y alternativa a la filosófica, sino que, de hecho e indiscutiblemente, era la cultura dominante en la clase política y burocrática. Y lo era, tanto por su pretendido carácter "técnico científico", como por su separación, en tanto cultura profesional, del resto de la cultura. De hecho, es probable que la incomprensión de la hegemonía de la cultura jurídica en los aparatos estatales por parte de la historiografía y de la cultura politológica sea un signo y un producto de la incomunicabilidad entre las dos culturas que la valoración crociana de los estudios jurídicos y del derecho contribuyó a acentuar.

2. LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA "CIENTÍFICO" DEL DERECHO Y DEL ESTADO EN LA ITALIA LIBERAL

Estas imágenes del Estado, del derecho y de la ciencia jurídica se fueron formando y consolidando durante la época liberal y prefascista. Los cincuenta años que van desde la unificación italiana hasta la llegada del fascismo son los años en los que se desarrolla, al mismo tiempo que la construcción del Estado unitario a partir del modelo liberal y parlamentario, la gran cultura jurídica académica: la historiografía romanista e italianista, la dogmática civilista, las diferentes escuelas penalistas, la nueva ciencia del derecho público. Junto con esta cultura y sus grandes tratados doctrinarios, se desarrolló una cultura de la práctica forense y administrativa que, entre finales del siglo xix y principios del siglo xx, se abasteció con un enorme instrumentario, integrado por una gran variedad de revistas disciplinarias y profesionales en el ámbito nacional y local: revistas de doctrina y de jurisprudencia, pero también de abogacía, de

notariado, de las Cámaras penales, de los institutos bancarios y de los entes públicos más disparatados.⁹ Al mismo tiempo, se diseñó la arquitectura de las Facultades de Jurisprudencia que refleja la idea de unidad del saber jurídico fundada jerárquicamente: la enseñanza del derecho romano como propedéutica al derecho civil, la del derecho civil como propedéutica a todas las demás enseñanzas, la del derecho público como doctrina general del Estado y como coronación de todo el conjunto.

La historia de la cultura jurídica de la Italia liberal puede caracterizarse como un proceso de progresiva autonomización de la ciencia del derecho y de homologación y unificación de sus diferentes ramas bajo la hegemonía, teórica y metodológica, de la doctrina civilista. El primer paso de este proceso, con el que arranca la despolitización del derecho y de la ciencia jurídica, es la conversión de la juscivilista italiana al método histórico y sistemático de la pandectística alemana.¹⁰ De esta forma

⁹ Cfr. Cassese, S., "Giolittismo e burocrazia nella 'cultura delle riviste'", en *Storia d'Italia. Annali. IV. Intelletuali e potere*, Turin, Einaudi, 1981, pp. 473 y ss.; Grossi, P. (editor), *La 'cultura' delle riviste giuridiche italiane. Atti del primo incontro di studio*. Florencia, 15-16 de abril de 1983, Milán, Giuffrè, 1984; Melis, G., "La burocrazia e le riviste: per una storia dell'amministrazione", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 16, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 47-104. Sobre la figura del jurista y del hombre de leyes, tal como se fue formando en la etapa liberal, cfr. Benedice, P., *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Nápoles, Newprint, 1990; *Id.*, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'età liberale*. Boloña, Il Mulino, 1996.

¹⁰ Recuérdense las célebres traducciones de las Pandectas de Arndts a cargo de Filippo Serafini de 1874; las del *Sistema del diritto romano attuale di Savigny* realizada por Vittorio Scialoja y publicada en ocho volúmenes entre 1886 y 1898; la del *Commentario* de Glück, realizada bajo la dirección de Filippo Serafini y de Pietro Cogliolo en 1888; la del *diritto delle Pandette* de Windscheid que contiene larguissimas notas de los traductores Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa y fue publicada entre 1902 y 1904. Vittorio Scialoja enunció el programa de refundación de la ciencia civilista sobre las bases del modelo pandectista en su proleusión de 1879 en la Universidad de Camerino: *Del diritto positivo e dell'equità*, Savini, Camerino, 1880. Antes de la recepción de la pandectista el método prevaleciente era el paleojuspositivista de la escuela francesa de la exégesis que se basaba en el culto al código: cfr. Tarello, G., "La scuola dell'esegesi la sua diffusione in Italia" (1969), ahora en *Id.*, *Cultura giuridica, op. cit.*, pp. 90 y ss.; Grossi, P., "Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-5, 1976-1977, pp. 210-238;

se reciben tres ideas vinculadas con la distinción anti-juspositivista entre derecho y ley. La idea savigniana del "derecho romano actual": de la continuidad entre el derecho romano, el derecho común y el derecho civil codificado que supone que también éste último se funda en el *corpus iuris* y sigue siendo, entre todas las ramas del derecho, la rama más autónoma de la legislación. En segundo lugar, la idea de la centralidad del derecho civil, considerado como el derecho por antonomasia, como la verdadera constitución material de la sociedad y de la doctrina civilista cual disciplina madre, que ofrece las bases teóricas y las categorías conceptuales de todas las demás disciplinas. En tercer lugar y, consecuentemente, la autorepresentación de la pandectística como la última escuela de jurisconsultos; de juristas que, a partir del modelo de los juristas premodernos del derecho romano y común, construyen conceptos y sistemas: entre las construcciones más conocidas de la pandectística, se cuentan la del negocio jurídico y la del derecho subjetivo que tiene su origen en el dogma liberal de la "señoría de la voluntad".¹¹

A partir de este nexo epistemológico entre el derecho civil y el derecho romano se explica el enorme desarrollo de los estudios y de las enseñanzas romanistas, que se promovió desde finales de los años sesenta del siglo XIX, como base para la edificación de una cultura jurídica vinculada con el nuevo Estado nacional. La cultura romanista, repensada en clave pandectística, ofrece el modelo de jurista y los elementos básicos de la ideología de clase: la actualización del derecho pasado, que en Italia se identificaba con su más antigua y gloriosa tradición y, por lo mismo, con un factor de la identidad nacional; el papel cons-

Id., 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milán, Giuffrè, 1977; Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milán, Giuffrè, 1992; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* (1981), Boloña, Il Mulino, 2ª ed., 1990, II part.

¹¹ El "Derecho es una potestad o una señoría de la voluntad impartida por el orden jurídico" (B. Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten*, 1862-1870, tr. it. de Fadda, C. y Bensa, P. E., *Diritto delle Pandecte*, Turín, UTET, I, & 37, 1902, p. 170); "Negocio jurídico es una declaración que carece de voluntad y que está destinada a producir un efecto jurídico" (*Ibid.*, & 69, p. 264).

tructivo del jurista, que ya no es un simple exegeta y comentarista sino un modelador del sistema jurídico a partir de las categorías civilistas recibidas desde el derecho romano; la consecuente primacía de la ciencia jurídica y, dentro de ella de la civilista-romanista, como intérprete del "espíritu del pueblo" en contra de la idea ilustrada y jacobina de la omnipotencia del legislador; la función pedagógica de la enseñanza del derecho romano en la formación del jurista y, más en general, del hombre de ley.¹²

El segundo paso de la operación, ejecutada por Vittorio Scialoja y por Carlo Fadda, fue la conciliación del método sistemático-pandectístico con el dogma juspositivista de la autoridad de la ley que se había impuesto en Italia a través de la codificación napoleónica reproducida por los códigos de 1865. Scialoja identifica el código civil —y no sólo el derecho civil transmitido por la tradición— como "el estatuto fundamental de la vida social y económica de un país"¹³ que sanciona en forma de ley la organización privada, propietaria y mercantil de la sociedad: es decir, como el lugar de la mediación entre el derecho romano común y premoderno y el derecho estatal positivo. De aquí deriva una doble legitimación: de la tradición por parte de la ley y de la ley por parte de la tradición; de la organización "natural" privada y capitalista de la sociedad por parte del derecho positivo estatal, y viceversa.¹⁴ Por otro lado, esta fusión entre la vocación actualizadora del derecho romano (propia de la pandectista) y la fidelidad al derecho positivo, se vio favore-

¹² Cfr. Schiavone, A., *Un'identità perduta. op. cit.*, pp. 278-281, en donde se recuerda, que la profusión de Filippo Serafini en la Universidad de Roma el 25 de noviembre de 1871 es un manifiesto programático de este resurgimiento de los estudios romanistas.

¹³ Scialoja, V., "La riforma dei codici di diritto privato in Italia" (1923), ahora en *Studi giuridici*, IV, Roma, Soc. edit. del Foro Italiano, 1933, p. 208. Sobre la recepción que tuvo el paradigma pandectístico en la civilista italiana y sobre su adaptación al código, realizada por Vittorio Scialoja, cfr. Schiavone, A., *Un'identità perduta. op. cit.*, pp. 283, y ss.; Salvi, C., "La giurisprudenza fra codice e scienza", en A. Schiavone (editor), *Stato e cultura giuridica. op. cit.*, pp. 235 y ss.

¹⁴ Cfr. Salvi, C., *La giurisprudenza fra codice e scienza. op. cit.*, pp. 236-237; Belfiore, A., *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 187 y ss.

cida por la aproximación histórico-filológica que, en la historiografía romanista, se había afirmado con la obra de Contardo Ferini y de Pietro Bonfante. Según Bonfante, en la construcción de los conceptos y de los institutos civilistas, el estudio del derecho romano y común, necesariamente, suple e integra al estudio de la literalidad del código. Esto es así porque el significado profundo y los fines de los institutos jurídicos se revelan, se aceptan y confirman científicamente mediante la práctica jurídica y a través de su constante verificación histórica. La historia del derecho romano asume de esta forma un valor teórico metodológico: constituye el terreno experimental del derecho en el que es posible poner a prueba y acertar el alcance normativo de los institutos, así como indagar sobre su naturaleza y su esencia.¹⁵

De esta forma, la doctrina civilista se afirma como la doctrina hegemónica de la cultura jurídica: por su método indagatorio; por su tradición milenaria; por su adhesión a la ley, a la historia y a las relaciones sociales concretas; por su rigor analítico y; por el valor teórico general que se reconoce a sus principios y a sus categorías. La alternativa entre jusnaturalismo y juspositivismo, entre primacía de la ciencia jurídica y primacía de la ley, se diluye en el derecho civil que puede representarse como el derecho natural de la sociedad civil, expresión de una racionalidad intrínseca a la economía de mercado y, al mismo tiempo, como el derecho común de la Europa capitalista, formalmente sancionado por los diferentes códigos estatales pero sustancialmente transnacional.

La tercera y última operación política realizada por la cultura jurídica italiana en los veinte años que unen a los dos siglos, fue la importación de estos paradigmas desde la cultura alemana que los había elaborado, también en aquellos ámbitos en los que la alternativa entre derecho natural y derecho positivo era irresoluble por el predominio del momento constituyente y del momento legislativo (que en este caso no podía eludirse, como fue posible en el derecho privado, apelando a la tradición del

¹⁵ Cfr. Schiavone, A., *Un'identità perduta*, op. cit., pp. 287-289.

derecho romano y común): primero, en el derecho público en dónde la operación, aunque no fue fácil, se favoreció por la ausencia de una tradición disciplinaria y; posteriormente, en el derecho penal que, en cambio, ostentaba un largo y prestigiado pasado desde Cesare Beccaria.

Vittorio Emanuele Orlando y de Santi Romano también transplantaron el modelo civilista en la juspositivista, al distinguir el derecho público de la ley positiva y configurarlo como "un sistema de principios jurídicos más que de preceptos legislativos".¹⁶ "Y el medio es simplísimo, al menos al enunciarlo: que el derecho público, igual que el derecho privado, se considere como un conjunto de principios jurídicos sistemáticamente coordinados",¹⁷ dado que "el derecho antecede a la ley y las ciencias jurídicas son sistemas de principios de derecho y no comentarios de legislaciones positivas"¹⁸ construidas por el juris-

¹⁶ Orlando, V. E., *Principii di Diritto amministrativo* (1888). Florencia, Barbera, V. ed., 1915, p. X.

¹⁷ Orlando, V. E., *I criteri tecnici*, op. cit., p. 20. "Mientras que el estado actual de nuestras disciplinas presenta graves imperfecciones, sobre todo en el sentido metodológico, la otra de las dos grandes divisiones de las ciencias jurídicas, la que abarca a todo el derecho privado, cuenta con un altísimo grado de perfección (sobre todo técnica). La causa de esta afirmación, que nadie puede contradecir, es simplísima y radica en la elaboración secular que tuvo el derecho privado en el derecho Romano [...] Ustedes ya pueden ver, oh señores, que en estas observaciones se encuentran el primer y más general criterio para la renovación científica que invocamos en la esfera del derecho público. Si aquí es deficiente el sentido y la intuición del derecho, necesitamos que nuestra ciencia se fortalezca a través de la comparación con otro orden científico que se inspiró en este mismo sentido jurídico. Si nosotros lamentamos que los cultivadores del derecho público son demasiado filósofos, demasiado políticos, demasiado históricos, demasiado sociológicos y muy poco juriconsultos, siendo que deberían ser precisamente juriconsultos, ¿qué mejor forma, más segura y más simple, puede haber para realizar la transformación que un estudio profundo de los métodos que utilizan las escuelas que son un modelo de *jurisprudencia*?" (*Ibid.*, p. 6).

¹⁸ Orlando, V. E., *Principii di diritto amministrativo*, op. cit., p. 4. "Entonces, en otros términos, es la ley la que supone al sistema científico del derecho y no es el sistema jurídico el que supone a la ley" (*ibidem*). Aquí se encuentra el origen de la oposición de Orlando hacia "el abuso del método exegético que es la peste de los estudios administrativos. El conocimiento de las leyes no siempre es conocimiento del derecho: bajo el aspecto científico la ley es al derecho como el material áureo al metal precioso que contiene, pero que debe extraerse. La cultura jurídica, esencialmente, es conocimiento íntimo y profundo de los *principios del derecho* que se forman a través de un proceso histórico y lógico; principios que se completan y adquieren vida en un sistema grandioso en el que cada uno encuentra su lugar con simetría estética" (Prefacio de

ta con "un alto grado de precisión y de rigor conceptual".¹⁹ La idea básica del sistema, es la noción jurídica de Estado que, siguiendo la línea de la juspositivista alemana y, en particular, de Gerber y Laband, Orlando identificaba con la figura del "Estado-persona": un paradigma que es fruto de la recepción de la categoría civilista de la personalidad jurídica y de la consecuente transformación de la metáfora hobbesiana del Leviatán en un sujeto jurídico originario y metahistórico, fundador y no fundado, separado y superior a la política, titular de la soberanía en lugar del Rey o del pueblo. Como ha demostrado Mauricio Fioravanti, una construcción similar se vio favorecida en Italia por la ambivalencia del estatuto albertino que, a partir del modelo dualista y comprometedor de la monarquía francesa de julio, se caracterizaba por la convivencia de dos fundamentos —el monárquico y el popular— del poder político: si ninguno de estos dos fundamentos "políticos" es constituyente, argumenta Orlando en sus *Studi giuridici sul governo parlamentare*, de 1866, "soberano" no es ni el Rey ni el pueblo, sino el propio Estado personificado.²⁰

Orlando, V. E. editor, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milán, Società Editrice Libreria, 1900, p. XV).

¹⁹ *Principii di diritto amministrativo*, op. cit., p. X. Orlando expresa su adhesión a la Escuela histórica de Savigny en los *Principii di diritto costituzionale* (1889), Florencia, Barbera, V. ed., 1920, p. 35: "La escuela a la que pertenecemos es la llamada escuela *histórica*, la cual nos parece una aplicación particular del método inductivo a las ciencias jurídicas. Fundada por Savigny, pero con puntos de vista particulares, esta teoría no ha tenido el desarrollo que requiere, ni las aplicaciones de las que es capaz". Orlando se empeña en presentarla como "criterio metodológico a nuestra teoría del Estado". Sobre la recepción orlandina de la pandectista y sobre el papel de Orlando como padre fundador de la juspositivista italiana, véase Cianferotti, G., *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, Giuffrè, 1980; *Id.*, "La prolusione di Orlando. Il paradigma pandectistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 1989, pp. 995-1023; M. Fioravanti, "Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato", en Sciafone, A. (editor), *Stato e cultura giuridica*, op. cit., pp. 13-21; Costa, P., *La giuspubblicistica*, op. cit., pp. 106-130; *Id.*, *Lo Stato immaginario*, op. cit.; Mangoni, L., "Giuristi e politica. Il diritto come supplezza", en A. Sciafone (editor), *Stato e cultura giuridica*, op. cit., pp. 303-340.

²⁰ M. Fioravanti, *Costituzione*, op. cit., pp. 10-21; *Id.*, *Le dottrine dello Stato*, op. cit., pp. 408-412. Los *Studi giuridici sul governo parlamentare* de 1886 se encuentran ahora en Orlando, V. E., *Diritto pubblico generale*, op. cit., pp. 345 y ss. Véanse *infra*, en la nota 52, los resultados totalitarios de esta doctrina en el pensamiento de Alfredo Rocco. Según la interpretación de Fioravanti (*Costituzione*, op. cit., pp. 7-15), la prin-

Con esta remoción del momento constituyente del Estado,²¹ que tenía un corte anti-contractualista y anti-ilustrado, se obtenían dos resultados: en primer lugar, se afirmaba la continuidad del Estado como entidad natural y su autonomización de la política con lo que era posible otorgarle un carácter “científico-objetivo” a las disciplinas juspublicistas y, a través de éstas en una especie de legitimación retroactiva, carácter “jurídico-objetivo” al Estado y a sus instituciones contingentes;²² en segun-

cial finalidad de la construcción orlandina y romaniana fue la elaboración de una “doctrina de los orígenes y de la formación del Estado unitario” capaz de asegurar el principio de su continuidad, de excluir cualquier fundamento voluntarista y contractual y, en consecuencia, de afirmar su carácter “originario” como entidad meta-política, que no estaba involucrada en el cambio de los regímenes políticos y de los arreglos institucionales. Véase la enunciación de esta doctrina en Orlando, V. E., *Principi di diritto costituzionale, op. cit.*, pp. 52-53: “El Estado italiano actual, aunque surgió de un movimiento revolucionario, desde un punto de vista formal se fue constituyendo a través de una ampliación progresiva de lo que era un pequeño Estado con una verdadera vida secular [...]: el antiguo Reino de Sardeña” que “poco a poco se fue extendiendo sobre toda la Italia, proclamándose Reino Italiano en 1861. Y fue entonces cuando, con gran sentido político, la continuidad del estado, si bien era meramente formal porque no podía realizarse de otra manera, fue celosamente protegida, sin transformarse en el nombre del Rey la serie de sus predecesores, vinculando las legislaturas parlamentarias con el Parlamento subalpino” y manteniendo como “fundamento constitucional del nuevo Estado, el mismo Estatuto que el 4 de marzo de 1848 el Rey Carlos Alberto había otorgado a sus pueblos”.

²¹ Para Romano, S. la sola idea de un momento, o de una voluntad, o de una decisión o de un poder “constituyente”, (lo mismo que la idea de “constitución”) resultaba “inasible y carente de toda consistencia”: con “la segura consecuencia de que un poder o, una función constituyente [...] no tiene lugar en la categoría de los conceptos fundamentales del derecho público” (“Costituente”, en *Digesto Italiano*, VIII, Turin, UTET, 1899-1903, pp. 352 y 353). Véase también, de Romano, S., “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (1901), en *Id.*, *Scritti minori*, Vol. I, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 107 y ss., en donde se cancelan junto con el momento constituyente todos los temas relacionados con los fundamentos: “(El presente estudio) no pretende examinar o discutir los viejos problemas que ocuparon a los constitucionalistas del período doctrinario y que en su mayoría han perdido importancia o deben plantearse con criterios diferentes. Por ejemplo, la teoría —concebida en el modo tradicional— del Estado o Gobierno legítimo; la controversia que discute si el pueblo tiene o no el derecho de procurarse el ordenamiento que le parece mejor; la admisión del llamado derecho de resistencia colectiva o a la revolución; los problemas del origen y de la justificación de la soberanía; y, procediendo a este ritmo, el examen de las doctrinas que fundan al Estado en la fuerza, en elementos contractuales y así sucesivamente” (*Ibid.*, p. 108).

²² Orlando, V. E. enuncia expresamente la conexión entre Estado y ciencia, así como la separación entre estado y política (*Principi di diritto costituzionale, op. cit.*, p. 23): “Nosotros no pensamos que sea posible comenzar nuestro estudio con la definición de

do lugar, se otorgaba a esta imagen del Estado y a la doctrina del derecho público, la función de reforzar la frágil identidad y la flamante unidad nacionales. Esto tenía dos consecuencias de carácter iliberal: los derechos fundamentales no se consideraban como límites externos y como condiciones de legitimidad política del artificio estatal, sino como "autolimitaciones" de la soberanía del Estado y, por lo tanto, como concesiones sujetas a su disponibilidad;²³ además, se afirmaba la doctrina organicista que todavía hoy está vigente en muchos manuales de derecho público y que hace de la soberanía, del pueblo y del territorio "elementos" constitutivos del Estado. "La soberanía", escribe

la ciencia. Ésta última se encuentra tan estrechamente conectada con la *noción de Estado* que no es posible concebir plenamente y científicamente una sin determinar primero a la otra"; *Ibid.*, pp. 41-43: "El estudio científico de la vida de ese gran organismo que es el Estado da lugar a una observación que, en un principio, parece encerrar una contradicción insuperable [...] por una parte, las leyes que regulan su vida parecen ser naturales y necesarias; producto último e inevitable de una evolución histórica. En este sentido, las relaciones originadas en el Estado parecen tener el mismo carácter de necesidad. De este modo, tenemos que, con lógica, objetiva y absoluta certeza, cuando existe un determinado pueblo en un ambiente determinado, sus instituciones políticas, el alcance y los términos de las mismas son las que tienen que ser. Sin embargo, una observación superficial nos revela que la vida de los pueblos está marcada por una actividad autoconsciente que los lleva a reaccionar ante la acción de las leyes naturales y no les permite resignarse a ellas. Los pueblos tienen conciencia de su libertad: libertad de elección entre varias instituciones, libertad para adaptarlas, modificándolas según sus necesidades. De ahí proviene su trabajar incesante, su actividad febril, que es mayor cuando es más grande el desarrollo civil e intelectual de un pueblo [...]. La dirección positiva a la que pertenecemos no intenta armonizar estas antinomias: le basta con observar y constatar estas dos verdades (sólo que a cada una le otorga órdenes científicos diferentes). Sobre estas bases fundamos la distinción entre orden jurídico y orden político: uno supone el estudio de las relaciones naturales y necesarias, el otro la variabilidad de éstas según la consciente actividad de investigación subjetiva. De esta forma el derecho constitucional se distingue de la política y, también de esta forma (aunque modificando los términos para variar el contenido) el derecho administrativo se distingue de la Ciencia de la administración".

²³ Esta doctrina —anticipada por Carl Friedrich von Gerber con su concepción de los derechos públicos como "efectos reflejos" del derecho soberano con el que el Estado regula su actividad ("Lineamenti del diritto pubblico", 1865, tr. it. di Lucchini, P. L., en *Id.*, *Diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 1971, pp. 130-133)—, como es sabido, fue elaborada por G. Jellinek, *sistemi dei diritti pubblici soggettivi* (1892), tr. It. Vitagliano, de G., Milán, Società Editrice Libreria, 1912, pp. 215 y ss., que habla de "autobligación del Estado". En Italia la retomó S. Romano, "La teoria dei diritti pubblici soggettivi", en Orlando, V. E. (editor), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, op. cit., vol. I, p. 163, que, en cambio, habla de "autolimitación del Estado".

Orlando, "corresponde, en relación con el organicismo estatal, al cartesiano *cogito ergo sum*"; al igual que el Estado, "no necesita justificación: es la expresión de un hecho natural y necesario; es decir, una vez que existe un organismo político se afirma su personalidad jurídica. Y, de acuerdo con nuestros criterios metodológicos, todo aquello que se refiere al orden natural de las cosas no necesita justificación".²⁴ En cuanto al pueblo, agrega Santi Romano, "sólo tiene existencia jurídica en el Estado".²⁵

De esta forma se invierte el paradigma liberal y contractualista del Estado de derecho según la cual se trata de un instrumento artificial que tiene como finalidad la tutela de las personas de carne y hueso que lo han construido.²⁶ Por el contrario, el para-

²⁴ V. E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, op. cit., pp. 58-60.

²⁵ S. Romano, "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato" (1898), en *Id., Scritti minori*, op. cit., vol. 1, p. 2. En la misma página Romano enlista los principales resultados logrados en la tarea de entificación y despolitización del Estado gracias "al desarrollo que, lentamente pero triunfalmente, se ha dado a la dogmática del derecho público": en particular, la concepción del "diputado" como "funcionario público" que ejecuta los "intereses y los derechos del Estado" y no como "un representante de los electores que realiza su voluntad, protege sus intereses, y defiende derechos inciertos". Esto porque dichos derechos "considerados colectivamente", "coinciden necesariamente" con los derechos estatales; y "así también considerar al elector como un verdadero órgano del Estado y al cuerpo electoral como un cuerpo que ejerce necesariamente una función pública al igual que cualquier otro colegio constitucional o administrativo; dejando de apelar, cuando se delinea la noción jurídica, a la noción política del gobierno democrático; prescindiendo de la teoría de la soberanía popular o nacional".

²⁶ Es la conocida imagen hobbesiana del "Estado que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido" (T. Hobbes, *Leviatán*, 1651, tr. esp. Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, p. 3). La polémica de Orlando y de su escuela en contra de la doctrina contractualista del estado como entidad artificial es constante: "la teoría contractualista es *individualista*" porque "la génesis del Estado reposa sobre la voluntad de cada uno de los asociados [...]. A tal postulado, nuestra teoría contrapone este otro: el individuo, independientemente de la sociedad, *no sólo es una idea históricamente improbable, sino que ni siquiera es abstractamente concebible*: el Estado forma un complemento necesario y una derivación natural de la vida individual" (*Principii di diritto costituzionale*, op. cit., pp. 30-31). "Esta simple consideración *histórica* nos demuestra que el Estado surge como un efecto natural y espontáneo de una evolución histórica [...] y, afirmándose de este modo, lo vemos desarrollarse, crecer, morir como cualquier otro organismo [...] Natural, entonces, es el origen, las manifestaciones, el desarrollo: esto es lo que nos falta para darle un fundamento científico a la teoría del Estado. De esta forma, en antítesis con las escuelas individualistas, nosotros no subordinamos la existencia del estado a la manifestación de la voluntad individual, sino que la recabamos de una razón de ser autónoma que lo hace ser un organismo con leyes propias y con un modo particular de desarrollo" (*Ibid.*, pp. 37-38).

digma propuesto es el paradigma ambivalente del Estado como abstracción jurídica y como organismo antropomórfico,²⁷ que resulta ideal para sugerir una pluralidad de imágenes del Estado complementarias —como necesidad natural, como valor ético, como voluntad omnipotente y similares— que se valen de reclamos biológicos, históricos, espiritualistas y que mezclan historicismo pandectístico, evolucionismo sociológico positivista, estatismo ético hegeliano y nacionalismo patriótico.²⁸ Como resultado tenemos una metáfora estatista que ignora, con el momento constituyente, la soberanía popular y el valor constitucional del estatuto como sistema de límites y garantías. Además, al mismo tiempo que sacraliza al Estado, lo reduce a un “estado administrativo”, considerado como el lugar de autoridad y de la imparcialidad, opuesto a la política y a la sociedad que se consideran sedes de intereses particulares, de conflictos y de egoismos individuales, o de grupo o de clase.²⁹

²⁷ “El Estado”, afirma de nuevo Orlando, “es, entonces, un instituto jurídico, y es un sujeto capaz de Derecho; en cuyos términos ya está comprendida la noción de personalidad jurídica del Estado” (*Ibid.*, p. 28). Pero también es un organismo que vive una vida propia y cuyo desarrollo está determinado por sus propias leyes, que tienen formas que dependen de la necesidad del desarrollo histórico” (*Ibid.*, p. 31). En esta representación evolucionista, no faltan acentos racistas: “Así, mientras ciertos pueblos bárbaros se han detenido en ciertas organizaciones primitivas, que dudosamente constituyen un Estado, dicha forma ha alcanzado sus formas más complejas y progresistas en la raza que ciertamente supera a todas las demás: la raza aria” (*Ibid.*, pp. 35-36).

²⁸ Costa, P., *La giurispubblicistica*, op. cit.; *id.*, *Lo stato immaginario*, op. cit.

²⁹ No es irrelevante que la obra más importante producida por la escuela juspublicista italiana, publicada en diez volúmenes bajo la dirección de Orlando entre 1897 y 1925, se intitule *Primo trattato completo di diritto amministrativo*. En su elaboración participaron los más eminentes juspositivistas del tiempo, desde Santi Romano hasta Federico Cammeeo, Oreste Ranelli, Ugo Forti, Cino Vitta, Humberto Boris y Luigi Raggi. Sobre la construcción de estado administrativo en la Italia liberal, véase: S. Cassese, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 11-61; Rebufa, G., *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bolonia, Il Mulino, 1981; M. Fioravanti, *Costituzione*, op. cit., pp. 24 y ss.; *Id.*, “Stato di diritto e Stato amministrativo nell’opera giuridica di Santi Romano”, en A. Mazzacane (editor), *I giuristi*, op. cit., pp. 309-346; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell’Italia liberale. La formazione della nozione dell’interesse legittimo*, Milán, Giuffrè, 1985; Allegretti, U., *Profilo di Storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bolonia, Il Mulino, 1989, pp. 455-484.

En el derecho penal esa misma operación llegó más tarde, alrededor de la primera década del siglo xx, al afirmarse la orientación técnico-jurídica de Vincenzo Manzini y de Arturo Rocco.³⁰ Indudablemente, entre todas las disciplinas jurídicas, la doctrina penalista, al derogar la autonomía de lo jurídico, había mantenido durante más tiempo una apertura y un espesor filosóficos. Todavía al inicio del siglo habían dos grandes escuelas: la "Escuela clásica" de Francesco Carrara y de Enrico Pessina, heredera de la gran tradición liberal e ilustrada de Beccaria, de Filangeri y de Romagnosi, y la "Escuela positiva" de Cesare Lombroso, de Enrico Ferri y de Raffaele Garofalo que representaba una de las más directas y relevantes expresiones del positivismo filosófico. El conflicto entre las dos escuelas, más que doctrinario y filosófico, era un enfrentamiento entre dos grandes opciones ético-filosóficas en torno a los fines y a los límites del derecho penal. Por un lado, teníamos la defensa de la libertad contra el arbitrio punitivo que había llevado a la Escuela clásica a grandes batallas en defensa de las garantías de legalidad y de certeza, en favor de la abolición de la pena de muerte, de la reducción de las figuras de delito y de las penas, de la reforma en sentido acusatorio del proceso penal y de la mejora en las condiciones de vida de los detenidos. Por el otro lado, estaba la prioridad de la seguridad y de la defensa social que promovía la Escuela positiva y que implicaba invertir todos los postulados garantistas de la tradición ilustrada: a la centralidad del hecho legalmente previsto como delito se opuso la centralidad del delincuente, considerado como un ser antropológi-

³⁰ Esta orientación técnico-jurídica surgió con la prolucción de Arturo Rocco en Sassari el 15 de enero de 1910, "Il problema e il metodo della scienza penale", extracto de la *Rivista di diritto e procedura penale*, año I, Fac. X, 1910, Milán, Vallardi, 1910, p. 25. "La función principal (si no es que exclusiva) de la ciencia penal es la elaboración técnico-jurídica del derecho penal positivo y vigente, el saber científico y no exclusivamente empírico del sistema del derecho penal tal como es y a partir de las leyes que nos gobiernan". Por su solemnidad, las prolucciones constituían las oportunidades propicias para exponer programas e inaugurar orientaciones: recuérdense las prolucciones de Orlando de 1889, de Scialoja de 1879 y de Serafini de 1871 (mencionadas en las notas 5 y 17, 10, 12). Sobre la prolucción de Rocco, *cfr.* M. Sbriccoli, *La penalistica civile, op. cit.*, pp. 217 y ss.

camente diferente e inferior a partir de una concepción naturalista y no convencionalista del delito (como síntoma patológico de anormalidad); el principio de la certeza y de la proporcionalidad de las penas fueron sustituidos por la idea de la defensa social como terapia correccional indeterminada en el tiempo y en los contenidos o, alternativamente, como amputación del sujeto infectado e irrecuperable del organismo social; finalmente, la nueva criminología positiva contrapuso al valor de la igualdad y a los principios de imputabilidad y de responsabilidad, una antropología de la desigualdad natural y una metafísica determinista con resultados abiertamente iliberales y antigarantistas.

En los primeros años del siglo, el desencuentro entre las dos escuelas se había agotado en los hechos por el agotamiento de ambas. La Escuela clásica había prevalecido al inicio y, gracias al prestigio de Francisco Ferrara, había influenciado ampliamente la elaboración del código penal Zanardelli de 1889, de corte liberal. Pero la escuela positiva terminó minando sus fundamentos teóricos, al verse favorecida por múltiples factores: el presunto carácter "científico" de la aproximación antropológica y médica y la fascinación por una ciencia penal "integrada" con las nuevas ciencias criminológicas como la antropología, la sociología criminal, la medicina legal y la sicología forense; las múltiples emergencias —primero el bandalismo y, después, las subversiones anárquicas y las nuevas e indisciplinadas "clases peligrosas"— que desde el inicio de nuestra historia unitaria se combatieron con una imponente legislación policial y de excepción y; finalmente, el giro radical, en sentido estatalístico y autoritario, de la cultura liberal que ya no estaba animada por la preocupación ilustrada de la garantía del ciudadano contra el poder punitivo sino por la preocupación opuesta, la defensa social y la conservación del orden existente.

La ruptura con la tradición liberal-garantista lograda por la Escuela positiva pesará también en la dirección técnico-jurídica y abiertamente anti-filosófica de Vincenzo Manzini y de Arturo Rocco. El éxito de la nueva dirección —que, gracias a los dos tratados monumentales de derecho penal (1908-1919) y de procedimientos penales (1914) de Manzini, que aún se actuali-

zan en nuestros días,³¹ será la orientación dominante en el siglo— fue el resultado del agotamiento de las dos escuelas, pero también por la indiscutible hegemonía de la cultura civilista y del modelo epistemológico propuesto por ella. Por un lado, se afirmaba la “autonomía del jurídico” clamorosamente rechazada por la Escuela positiva y, por el otro, se renunciaba a todo tipo de fundamento o justificación externa del derecho penal y por lo mismo de sus límites y de sus garantías.³² En los hechos, “método técnico-jurídico” significa oscurecer el punto de vista axiológico externo y fundar autopoieticamente al derecho penal: todo esto en contradicción con la integración de las disciplinas penales a las ciencias antropológicas promovida por la Escuela positiva y, sobre todo, con el espíritu del utilitarismo ilustrado que, desde Beccaria y hasta Carrera, había orientado la reflexión penal hacia la crítica del derecho existente y hacia la carga de la justificación externa como sistema de garantía para tutelar la seguridad y las libertades individuales.³³ De esta forma se con-

³¹ Sin duda, el producto más conspicuo de esta orientación fueron los dos tratados gigantescos de Vincenzo Mancini: el *Trattato di diritto penale*, en 9 volúmenes publicados entre 1908 y 1919, el *Trattato di diritto processuale penale*, en 4 volúmenes, del 1914, todavía recitados y actualizados. La obra más significativa desde el punto de vista metodológico es la de Arturo Rocco, “L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale” (1913), en *Id., Opere giuridiche*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1932.

³² Recuérdese la declaración antifilosófica que se encuentra en las primeras páginas del célebre *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. 1, Turin, Fratelli Bocca, 1908, pp. 3-4, de Vincenzo Manzini: “Parece que, para nuestros estudiosos, resulta completamente superflua la parte filosófica con la que los viejos escritores solían comenzar sus tratados. La investigación de los fundamentos supremos [...] hoy está permitida en una disciplina eminentemente práctica, positiva y de buen sentido, como la nuestra [...]. Ciertamente fue mucho mayor el daño que el beneficio de la infección filosófica que invadió al derecho penal a partir del siglo XVII.” Véase también, de V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Turin, UTET, 1931, con introducción de Alfredo Rocco, ministro de justicia, I, p. 63: “Los filósofos con sus sistemas artificiales, no crearon nada [...]. La filosofía nunca ha tenido y nunca tendrá ninguna influencia sobre las relaciones sociales, sino refleja la conciencia y la opinión de la colectividad dominante”.

³³ El ataque de Arturo Rocco estaba dirigido contra la Escuela clásica que “primero por ignorante, olvidará después, las enseñanzas de la escuela *histórica* del derecho. Pretendió estudiar un derecho penal al margen del derecho positivo, se hizo la ilusión de que podría forjar un derecho penal diferente al que se encuentra consagrado en las leyes positivas del Estado”: de aquí “se deja llevar por la desenfrenada voluntad de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes; una crítica que, en sus

sumó la homologación de la anomalía penalista, cuyas escuelas —clásica y positiva— habían permanecido inmunes por mucho tiempo y por diferentes razones —la primera por el peso del prestigio de la tradición de la ilustración penal italiana, la segunda por el explícito anclaje a las ciencias antropológicas— a la neutralización política inducida por la pandectística.³⁴

En síntesis, el positivismo de la “Escuela positiva” no pudo oponer resistencia a los ataques concéntricos de la cultura jurídica dominante y del idealismo que en ese entonces triunfaba: éste último, si bien estaba totalmente desarmado ante el tecnicismo impermeable de las disciplinas civilistas y publicistas, aún tenía la capacidad de golpear sus pretensiones filosóficas. Ello

anticuadas tendencias reformadoras, frecuentemente no tiene límites”. (*Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, op. cit., pp. 4 y 3). El remedio propuesto es el mismo que propone Orlando para la juspublicista: “Aproximadamente hace veinte años se elevó una voz autorizada en el campo de las disciplinas de derecho público, la del ilustre profesor Orlando, que predicaba el divorcio o, para decirlo mejor, la separación entre estas ciencias y la sociología, la política y la filosofía, constatando que ésta era la única condición para el progreso de estas importantísimas ramas de nuestro derecho. La voz permaneció sin escucharse. Podríamos, más o menos, repetir lo mismo para el derecho penal y la advertencia sería más útil y oportuna que nunca [...]. Al menos que nos equivoquemos, no queda otro remedio: remedio simplísimo, al menos al enunciarlo: mantenemos firmes, religiosa y escrupulosamente, pegados al estudio del derecho [...]: del derecho positivamente vigente, el único que la experiencia nos indica y el único que puede ser objeto de una ciencia jurídica, como la ciencia del derecho penal y como, una vez desmentidos los oráculos de una cómoda e inexacta antropología, debe seguir siendo. Al mismo tiempo, se debe subrayar la distinción, por no decir la separación, entre la ciencia jurídica penal y la antropología, la psicología, la sociología, la filosofía del derecho y la política criminal (arte o ciencia que ésta sea); reduciendo la ciencia, como ya se ha hecho en el derecho privado, a un sistema de principios de derecho, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas, en resumen, a un estudio general y especial del delito y de la pena desde el punto de vista jurídico, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. Esta es la dirección técnico-jurídica, la única posible para una ciencia precisamente jurídica y, para colmo, con un carácter especial como lo es la ciencia del derecho penal. Es la única dirección que puede brindarnos una reconstrucción orgánica de las debilitadas conexiones científicas del derecho penal” (*Ibid.*, pp. 9-10).

³⁴ Mario Sbriccoli habla de un traspaso que va desde la “penalista civil” de la Escuela clásica y de la Escuela positiva, ambas caracterizadas por el compromiso civil del jurista, hacia la “civilista penal” (*La penalistica civile*, op. cit., p. 224). Véase también el bonito ensayo de M. Sbriccoli, “Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano” (1860-1990), en L. Violante (editor), *Storia d'Italia. Annali*, 14, *Legge, Diritto, Giustizia*, Turin, Einaudi, 1998, pp. 485-551.

no quita que el positivismo sociológico, organicista y evolucionista, haya seguido siendo, durante los primeros veinte años del siglo, la cultura filosófica de fondo de toda la ciencia jurídica, conjugándose ágilmente con el positivismo legalista y, también, con el organicismo histórico y con las tendencias sistematizantes de la tradición pandectística. Esto quedó recogido en dos grandes obras: la *Enciclopedia giuridica italiana* y el *Digesto italiano. Enciclopedia di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, ambas publicadas en 50 tomos, la primera entre 1881 y 1937 y, la segunda, entre 1884 y 1921. Ambas obras fueron enormes compendios de sabiduría jurídica y, al mismo tiempo, de historia y de análisis social.³⁵ En particular, el positivismo sociológico siguió siendo la base filosófica de la juspublicista y le transmitió la imagen de la sociedad como un espacio de conflictos, de intereses particulares y de jerarquías naturales; en oposición al Estado que se configuraba orgánicamente como un momento unificador del interés general y como punto de llegada de la evolución histórica.³⁶ Asimismo influye en toda la historiografía del derecho italiano que, a diferencia de historiografía romanista de tipo pandectístico y actualizador, nace como historiografía histórico-positivista, docta, anticuaria, filológica: dado que era primordialmente medieval tenía relación con fuentes diversas al *corpus iuris* justiniano, como el Edicto de Rotarios, las costumbres del alto medioevo o los estatutos comunales, que no pueden actualizarse en el presente.

Sobre estas bases se forma un saber jurídico unitario con un método, un aparato conceptual y un estilo argumentativo que está

³⁵ Cfr. Mazzacane, A. y Schiera, P. (editores), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Boloña, Il Mulino, 1990.

³⁶ Cfr. los párrafos de Orlando citados en las notas 22, 24, 26 y 27. Sobre el positivismo que está a la base de la cultura juspublicista y de sus imágenes organicistas y anti-individualistas, cfr. Costa, P., *La giurispubblicistica, op. cit.*, pp. 101-111; *Id.*, *Lo Stato immaginario, op. cit.*, por el contrario, la influencia de la filosofía idealista —de la gentiliana y todavía menos de la crociata— fue muy escasa, salvo algún eco hegeliano en las connotaciones éticas del paradigma estado-centrista, que es fruto del organicismo positivista. A causa de su autosuficiencia la cultura jurídica apenas resintió la influencia de esa filosofía y aún menos de la filosofía del derecho que había alcanzado un desarrollo académico relevante en las Facultades de Jurisprudencia.

consciente de su función constituyente del derecho y del Estado y, al mismo tiempo, es celoso de su autonomía, basada en el aclamado rigor "científico" de sus estatutos disciplinarios. El paradigma civilista seguirá dominando, por lo menos hasta los años sesenta de nuestro siglo,^{*} y seguirá aportando los postulados de la deontología del jurista y de su ideología de clase: la neutralidad y la despolitización del derecho, la plenitud y la coherencia del ordenamiento, el carácter técnico-avalorativo de la interpretación doctrinaria y judicial. Lo mismo vale para los paradigmas estatal-céntrico del derecho público y formalista del derecho penal que comparten la falta de fundamento constitucional y la concepción autopoiética del Estado y de su potestad punitiva.

De esta forma, el estatualismo ético (aun cuando carece de conversiones idealistas) penetra en la cultura jurídica italiana que en aquél tiempo dependía sin interrupciones de la cultura alemana.³⁷ Indudablemente, en el plano político y dejando de lado la corriente circunscrita del "socialismo jurídico",³⁸ la opción predominante entre los juristas era la liberal. Pero el liberalismo de la cultura jurídica pre-fascista es, por su intrínseca estructura teórica, un liberalismo conservador y autoritario, estatualista y patriótico, que entrará sin dificultades en contacto con el fas-

* Recordar que el autor se refiere al siglo xx. [N.T.]

³⁷ Sobre la "asimilación" en Italia de la cultura alemana, véase Alfredo Rocco, "La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni", en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, IX, 1911, primera parte, pp. 285-304; Donati, B., "Dall'esegesi delle leggi alla scienza del diritto", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV, 1925, pp. 583-603; Ferrara, F., "Un secolo di vita del diritto civile" (1839-1939), en *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1954, pp. 273-333. Pero la sumisión cultural a la doctrina alemana, a través de la recepción generalizada del paradigma civilista y pandectista, abarcó todas las disciplinas jurídicas, desde las juspublicistas hasta las penalistas y las procesales. Y siguió adelante durante todo el siglo gracias también al *tirocinio* de estudios en Alemania que las férreas reglas de la academia fueron imponiendo a muchas generaciones de juristas.

³⁸ Sobre el socialismo jurídico, *cfr.* P. Ungari, "In memoria del socialismo giuridico", en *Politica del diritto*, 1970, pp. 241 y ss.; *cfr.* también los dos volúmenes dedicados al "Il Socialismo giuridico. Ipotesi e letture", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núms. 3-4, 1974-75, Milán, Giuffrè, 1975, en donde destaca, M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale. 1883-1912 e id.*, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*.

cismo sin necesidad de convertirse en fascista. Y, sin embargo, esa misma cultura, a pesar de apoyar al fascismo, al promover el tecnicismo, la científicidad y la apoliticidad podrá cerrar filas en posiciones de defensa de la autonomía del derecho y de la legalidad por lo que, durante los veinte años del fascismo, llegará a desempeñar un papel liberal de garantía, contrario al que había desarrollado anteriormente.

3. LA CULTURA JURÍDICA DURANTE EL FASCISMO

De esta forma se explica la aceptación sustancial con la que, aunque escondida en una aparente y distante neutralidad, la cultura jurídica liberal recibió al fascismo. El principal —enorme— servicio que le brindó al régimen fue su legitimación constitucional, precisamente en nombre de aquella continuidad del Estado que era uno de sus postulados. A diferencia de lo que sucedió en Alemania, en donde el nazismo se presentó como una ruptura incluso formal de la Constitución de Weimar que fue avalada y teorizada por los juristas, en Italia se llevó a cabo la operación contraria. A pesar de la ruina del Estatuto que se realizó con la supresión del sistema parlamentario y de las libertades fundamentales, los juristas se preocuparon por ocultar la ruptura sin siquiera tematizarla. Pero al hacerlo no contradecían los consolidados paradigmas disciplinarios que, como hemos visto, ignoraban el constitucionalismo, sino que simplemente los adaptaban a los nuevos tiempos. En síntesis, los juristas no iniciaron una revuelta o manifestaron oposición alguna por deber de coherencia ya que el estatuto no formaba parte esencial de sus paradigmas, así como tampoco la idea democrática de la soberanía popular (mucho menos en la aborrecida forma de los nuevos partidos de masa o de las organizaciones sindicales agredidas por el fascismo), ni la idea liberal del carácter inderogable y supraestatal de los derechos fundamentales.

Naturalmente entre los juristas, salvo pocas figuras antifascistas como Silvio Trentin y Francisco Riffini, hubieron formas

y grados distintos de desempeño, de adhesión y de compromiso: la toma de distancia de los viejos maestros, como Orlando y Scialoja, que se apartaron en espera de que terminara lo que, al igual que Croce, consideraron un "paréntesis"; la adhesión al régimen de otros que, como Santi Romano, Oreste Ranelli y Vincenzo Manzini, escogieron trabajar en el mismo porque convergían objetivamente con el estatismo fascista y porque buscaban salvar lo salvable del principio de legalidad y de los valores de la neutralidad del Estado y de la autonomía del derecho; la aceptación por oportunismo o transformismo, o simple conformismo de la grande mayoría y; por último, el compromiso militante de los juristas del régimen.³⁹ Pero, más allá de las adhesiones más o menos convencidas, los terrenos de encuentro fueron, por un lado, el antiguo método técnico jurídico que había creado una cultura anti-política, burocrática y estatista y que podía convivir perfectamente con el fascismo y, por el otro, la enorme capacidad del régimen para integrar "técnicos": se piense en el nombramiento de Santi Romano como presidente del Consejo de Estado, de Alfredo Rocco como ministro de la justicia, y en la convocatoria que se hizo a decenas de juristas del mundo académico —desde Vittorio Scialoja hasta Filippo Vassalli, desde Enrico Redenti hasta Francisco Camelutti y Piero Calamandrei, desde Vincenzo Manzini hasta Arturo Rocco— para participar en las comisiones para la reforma de los códigos.

Seguramente tiene razón Norberto Bobbio cuando excluye la existencia de una "cultura fascista" capaz de producir "iniciativas o empresas duraderas e históricamente relevantes".⁴⁰ Sin embargo, quizá el derecho es el sector en el que menos pode-

³⁹ Pietro Costa distingue entre "juristas tradicionales" o "juristas-juristas" y "juristas militantes" (*La giuspubblicistica, op. cit.*, pp. 125-128). Por su parte, Maurizio Fioravanti, distingue entre aquellos que, como Orlando, adoptaron la "estrategia del alejamiento y de la indiferencia", los que aceptaron trabajar como técnicos del régimen, y los juristas del régimen como Costantino Mortati y Vezio Crisafulli (*Costituzione, op. cit.*, pp. 39-68).

⁴⁰ Bobbio, N., "La cultura e il fascismo", en Guazza, G. (a cura di), *Fascismo e società italiana*, Turin, Einaudi, 1973, p. 229.

mos considerar al fascismo como un "paréntesis". Por más filosóficamente decadente y declamatoria que haya sido, se desarrolló una doctrina fascista del Estado totalitario⁴¹ —a cargo de Giovanni Gentile, Alfredo Rocco, Arnaldo Volpicelli y Giuseppe Maggiore— que, sin lograr penetrar a profundidad en la cultura jurídica académica, tuvo consecuencias en la ideología de las clases profesionales y burocráticas a las que les sirvió para solidificar su relación de fidelidad con el régimen. Además, inspirándose en las doctrinas de Alfredo Rocco, de Giuseppe Bottai y de Ugo Spirito, el fascismo produjo —con las leyes de 1926 sobre la estatalización de los sindicatos y las contrataciones colectivas y, después, con el ordenamiento de las corporaciones producto de las leyes del 5 de febrero de 1934 y del 19 de enero de 1939— un modelo institucional específico: el del Estado corporativo, basado en la solidaridad orgánica de las clases, de los intereses y de las fuerzas productivas y en su subordinación y unificación en el Estado que, a diferencia de en el modelo liberal, ya no estaba separado de la sociedad.⁴² Finalmente el fascismo dejó rastros en nuestro sistema institucional. Si la doctrina fascista y las instituciones corporativas desaparecieron con

⁴¹ Recuérdese, de Volpicelli, A., "I fondamenti dello stato corporativo", en *Archivio di studi corporativi*, I, 1930; de Alfredo Rocco, "La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista", en *La Voce*, Roma, Anónima Editrice, 1927; de Maggiore, G., "Diritto penale totalitario nello Stato totalitario", en *Rivista italiana di diritto penale*, 1939 (del que conviene recordar el párrafo citado en la nota 51). Sobre Alfredo Rocco, cfr. P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963. Véase también Schmitt, C., Ambrosini, G., Ranalletti, O., *Gli Stati europei a partito politico unico*, Milán, Panorama, 1936, que reúne las conferencias de los tres autores en el Círculo jurídico de Milán entre diciembre de 1935 y junio de 1936: en particular, Ranalletti, O., *Il partito nazionale fascista nello Stato italiano*, pp. 17-33, que teoriza el carácter "totalitario" del partido fascista a causa de la "exclusión de la prohibición constitucional de cualquier otro partido" y, al mismo tiempo, su naturaleza de "institución de derecho público", y Schmitt, C., *I caratteri essenziali dello Stato nazionalsocialista*, pp. 37-52, que enuncia la "vinculación orgánica entre derecho y Estado [...] materializada en los órganos supremos y, en primer lugar, en el Führer del Partido".

⁴² Cfr. Aquarone, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Turin, Einaudi, 1965; Tarello, G., "Corporativismo" (1970), ahora en *Id.*, *Cultura giuridica, op. cit.*, pp. 378 y ss; Schwarzenberg, C., *Il sindacalismo fascista*, Milán, Mursia, 1972.

la caída del régimen, no puede decirse lo mismo de gran parte de la legislación de base: los cuatro códigos —el penal, el de procedimientos penales de 1930, el civil de 1942 y el de procedimientos civiles de 1940— de los cuales sólo el segundo fue reformado en 1989, mientras que los otros todavía están vigentes; la ley de seguridad pública y el ordenamiento penal, que siguió en vigor hasta 1975; el ordenamiento bancario y las instituciones de gobierno de la economía; las participaciones estatales, el aumento de los entes públicos y las primeras estructuras de un estado social burocrático.⁴³

En resumen, el fascismo contó con un ambicioso proyecto jurídico orgánico, que se tradujo en una profunda reforma del Estado en sentido autoritario. Ciertamente este proyecto permaneció relativamente ajeno a la gran cultura académica de los Chiovenda, de los Calamandrei, de los Manzini, de los Zanobini, que lograron conservar un grado relevante de autonomía del derecho y, a diferencia de lo que sucedía con las experiencias totalitarias contemporáneas en Alemania y en la Unión Soviética, lograron conciliar, en la elaboración de los códigos, el rasgo autoritario con la defensa del principio de legalidad. También es cierto que, gracias al peso de la tradición técnico jurídica, la magistratura mantuvo un cierto grado de autonomía: al grado que en 1926, después del proceso por el asesinato de Matteotti, el régimen tuvo que recurrir, dada su justicia política, a los tribunales especiales. Además, se trataba de una autonomía limitadísima, circunscrita solamente a la magistratura judicial, debido a que el ministerio público dependía ya desde antes, según lo establecía el ordenamiento judicial de 1865 modificado por las reformas de 1923 y de 1941, al poder ejecutivo y tenía el poder de promover acciones disciplinarias contra todos los magistrados.⁴⁴ Hasta en la administración pública, en

⁴³ Cfr. Cassese, S., *La formazione dello stato amministrativo*, op. cit., pp. 65 y ss.

⁴⁴ Cfr. Neppi Modona, G., "La magistratura e il fascismo", en Quazza, G. (editor), *Fascismo e società italiana*, op. cit., pp. 127-181; Aquarone, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, op. cit., p. 246. Véase también, sobre la magistratura y sobre el ordenamiento judicial prefascista, D'Addio, M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milán, Giuffrè, 1966; P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italia-*

dónde la inscripción al partido fascista había sido considerada obligatoria desde 1932, el gran prestigio de la jurisprudencia liberal, y en particular las enseñanzas de Santi Romano y de Oreste Ranelletti, lograron preservar, en nombre del formalismo y del tecnicismo, vinculados a los paradigmas tradicionales de la neutralidad del Estado y de la imparcialidad de la administración, una apariencia de estado administrativo de derecho, separado de la política del régimen. Sin embargo, se trató de una acción de defensa que, por más valiosa que fuera, no impidió que el Estado se hiciera fascista, operación que se consumó entre 1925 y 1926 con las "leyes fascistas" y que fue coronada con las leyes raciales de 1938, y mucho menos impidió que las conciencias cambiaran en la misma dirección: las de los juristas menores y las de funcionarios públicos que se vieron sometidos a un control disciplinario cada vez más penetrante.⁴⁵

Por otro lado, la autonomía que la tradición aseguraba a la cultura jurídica alta no impidió que sufriera transformaciones significativas en los paradigmas disciplinarios que se expresaron tanto en el plano doctrinario, como en la obra de codificación. Obviamente la defensa de la tradición llegó al máximo con las disciplinas civiles, en las que se puso en duda el viejo modelo individualista: piénsese en la teoría del negocio jurídico de Emilio Betti que no estaba basada en el dogma liberal de la voluntad, sino en la categoría de la "causa" como "función socialmente relevante" que "justifica" la tutela jurídica,⁴⁶ y en la relectura, propuesta por Salvatore Pugliatti, de todo el ordenamiento civilista a la luz de los principios programáticos de la

na dal 1848 al 1923, Milán, Giuffrè, 1967; Neppi Modona, G., *Sciopero, potere politico e magistratura. 1879/1922*, Bari, Laterza, 1969; Pignatelli, A., "I controlli politici sul giudice dallo stato liberale al regime fascista", en *Politica del diritto*, I, 1975, pp. 103-126.

⁴⁵ Sobre el papel de "tutores del Estado de derecho" que asumieron Santi Romano, Oreste Ranelletti y otros juristas del estado administrativo, *cfr.* Fioravanti, M., *Costituzione, op. cit.*, pp. 43-46. Sobre la penetración ideológica del fascismo en la clase de los empleados, *cfr.* Salvati, M., *Il Regime e gli impiegati. La nazionalizzazione piccolo-borghese nel ventennio fascista*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

⁴⁶ Betti, E., *Teoria Generale del negozio giuridico* (1943), II., Turin, UTET, 1952, pp. 174 y 187.

Carta del trabajo.⁴⁷ Por lo que hace al código civil, éste fue el resultado de un debate de veinte años en el que se enfrentaron aquellos que, como Vittorio Sciajola y Mariano D'Amelio, propugnaban por una reforma meramente técnica que no tocara el viejo edificio pandectístico y quienes, como Sergio Panunzio y Carlo Costamagna, proponían la incorporación en el código de los nuevos principios del corporativismo fascista y de la dirección estatal en las relaciones económicas. Gracias a la obra de Emilio Betti y, sobre todo de Filippo Vassalli, prevaleció una solución de compromiso: la salvaguardia del corte privado tradicional que, sin embargo, fue acompañada por una connotación en sentido publicístico y corporativo del sistema de las fuentes (entre las que se incluyeron las normas corporativas y los contratos colectivos) y de las disciplinas de la empresa y de las relaciones de trabajo que estaban inspiradas en la Carta del trabajo de 1926 y que, a partir del 30 de enero de 1941, se había convertido en la ley de los "principios generales del ordenamiento jurídico del estado".⁴⁸

El peso de la ideología fascista en la elaboración del código penal fue considerablemente mayor. Ciertamente el método "técnico-jurídico" que se había afirmado poco tiempo atrás permitía a la ciencia penal una conversión sin traumas. Sin embargo, con el fascismo, el derecho penal acentúa aún más sus rasgos autoritarios, convirtiéndose en una técnica de defensa ya ni siquiera "social", es decir de la sociedad, sino del derecho y del Estado mismos. Espejo y conductor de esta involución es la transfiguración que, gracias a Arturo Rocco y a partir de 1913, sufrió el concepto de "bien jurídico" susceptible de tutela penal que la tradición liberal clásica había identificado con los derechos de la persona y que ahora se convirtió en el autoreferente "derecho del Estado a las acciones y omisiones impuestas bajo

⁴⁷ Pugliatti, S., "L'ordinamento corporativo e il codice civile", en *Rivista del Diritto Commerciale*, I, 1942, pp. 358 y ss.; *Id.*, "Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni" (1942), ahora en *Id.*, *Diritto Civile, op. cit.*, pp. 167 y ss.

⁴⁸ *Cfr.* Salvi, C., *La giusprivatistica, op. cit.*, pp. 241-258. *Cfr.* también Rodotà, S. (editor), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, Introduzione, pp. 26 y ss.

amenaza de pena".⁴⁹ De aquí proviene la jerarquía de los bienes, todos abstractos y estatalizados —la personalidad del Estado, la administración pública, la religión del Estado, el orden público, la economía pública, la integridad y la sanidad de la estirpe, la moralidad pública y, sólo al final, las personas de carne y hueso— con la que Alfredo Rocco clasifica a los delitos en su código penal y en cuya elaboración había participado su hermano Arturo.⁵⁰ Sin embargo, más allá de esta arquitectura y con el aval autorizado de Vincenzo Manzini, la orientación técnico-jurídica logró salvaguardar en el código, en contra de las tesis totalitarias de Giuseppe Maggiore,⁵¹ los principios de legalidad

⁴⁹ Arturo Rocco, *L'oggetto del reato*, op. cit., p. 554.

⁵⁰ En la parte especial de la edición de 1933 de su tratado, Vincenzo Manzini. Llegó al punto de identificar el "objeto de la tutela penal, en los delitos de homicidio", con el "interés del Estado en materia de seguridad de la persona física, porque se refiere particularmente al bien jurídico de la vida humana, considerado en las relaciones entre los hombres". Y explica: "La vida humana, en el Estado fascista (como en todos los Estados modernos), es un bien de interés eminentemente público, porque la esencia, la fuerza y la actividad del Estado residen necesariamente en la población, es decir, en la unión de todos los ciudadanos. El homicidio quita injustamente una unidad a esta colectividad y, por lo tanto, produce un daño público, el cual aunque pueda ser mínimo, no por ello deja de existir" (*Trattato del diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Turin, UTET, 1933, vol. VIII, & 2877, p. 7 con una referencia, en nota, a la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p. 365, en la que el gen. Rocco establece que el fin de todo el capítulo de los delitos contra la vida humana es "asegurar, además de una sólida protección de los bienes individuales, también y especialmente, la tutela del interés Supremo del Estado por el progresivo desarrollo de la raza"). Del mismo modo, continúa Manzini "el objeto específico de la tutela penal, con relación al delito de violencia física es el interés del Estado en materia de seguridad de la persona física, en la medida en la que se refiere a la integridad física y fisiopsíquica de la persona misma". (*Ibid.*, & 2934, p. 146); el "objeto de la tutela penal en los delitos contra la libertad individual clasificados como delitos 'contra la persona', es el interés del Estado de proteger la libertad e independencia que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas [...]. Los intereses jurídicos de libertad individual, aunque en sí mismos tengan naturaleza privada, siempre son intereses públicos. De hecho, se reconocen porque al Estado le conviene defender la libertad de todos [...]. El fascismo tutela las libertades individuales porque, adecuadamente disciplinada y garantizada, es una condición necesaria para que los individuos sean útiles al Estado y a sí mismos" (*Ibid.*, & 3032, pp. 523-524, 527 y 528); y de esta forma, hasta el delito de robo, en el cual el "objeto específico de la tutela penal [...] es el interés público relativo a la inviolabilidad de los bienes patrimoniales" (*Ibid.*, vol. IX, & 3225, p. 6).

⁵¹ "En caso de incertidumbre de derecho", escribe G. Maggiore, "Diritto penale totalitario nello Stato totalitario", en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1939, p. 159, el juez se atenderá "al principio *in dubio pro republica* que, en el Estado totalitario, ocu-

y de materialidad del delito. De esta forma se evitó la desviación subjetivista que, en Alemania, condujo a la penalización de "tipos subjetivos de autor" (y no de figuras objetivas de acción), diagnosticados en función de su actitud interior (*Gesinnung*) de fidelidad al régimen. Una vez preservada la estructura formal del delito, la cultura penal dejó que la ideología fascista se expresara en elementos exteriores como la reintroducción de la pena de muerte, la previsión de una amplia serie de derechos de opinión, las penas severísimas por los delitos contra la personalidad del Estado. Por otro lado, el edificio represivo de Rocco quedó concluido con la aprobación del código de procedimientos de corte inquisitorial, así como del reglamento carcelario y del nuevo texto único de las leyes de seguridad pública.

No menos relevantes fueron las innovaciones introducidas por la juspublicista. Como hemos visto, también en el derecho público el prestigio de la tradición personificada por Orlando y por Romano logró frenar los impulsos de quienes, como Carlo Costamagna y Sergio Panunzio, proponían la ruptura de la continuidad y la refundación del Estado sobre la base de una explícita constitucionalización de los principios del fascismo y del corporativismo. Además, ni siquiera era necesaria una verdadera ruptura

pa el lugar del antiguo *in dubio pro reo*. Ante la incertidumbre, el 'sano sentimiento del pueblo', se transforma en fuente de derecho para la legislación alemana. Para nosotros podría tener valor de fuente la voluntad del Duce, tal como se puede obtener de sus palabras, de sus enseñanzas, de su doctrina. Cuando la ley es oscura, o de plano calla, la 'voluntad del Capo' será la fuente del derecho penal que es la ley de toda ley: es el jefe (*capo*) de un gobierno totalitario que no habla a través del parlamento y sus leyes sino que se dirige directamente al pueblo, de cuya voluntad y sentimientos es el único intérprete". También Francesco Carnelutti se expresa en contra del principio de legalidad penal: "No hay ninguna razón verdadera por la que un acto socialmente dañino que no se encuentre expresamente previsto por la ley penal no pueda sancionarse. Que los primeros en promover ese prejuicio hayan sido los rusos es una verdad que debemos reconocer y de la que no debemos desconfiar en exceso. Desde el punto de vista jurídico, la Revolución Rusa representa la punta extrema del movimiento de reacción contra el monopolio legislativo que caracteriza a nuestro siglo [...]. La idea simple y decisiva es la siguiente: si confiamos en el juez para que establezca el mandato penal con relación a la sanción, no hay motivo para no confiarle también la formación del precepto legal" (Carnelutti, F., "L'equità nel diritto penale", en *Rivista di diritto processuale civile*, I, 1935, pp. 105 y ss. y 116).

en el plano teórico, porque la continuidad había quedado asegurada mediante la idea de la soberanía del Estado que la juspublicista liberal había elaborado y que, como lo señaló Alfredo Rocco, contenía en sí misma los gérmenes del totalitarismo.⁵²

Sin embargo, en la escuela de Panunzio se formó toda una generación de juristas cuyos exponentes principales, Costantino Mortati y Venzio Crisafulli, apoyaron un nuevo modelo de Estado que cuestionaba la idea tradicional de su neutralidad y despolitización: ya no el Estado-persona separado y abstraído de la sociedad y tampoco el Estado administrativo imparcial, sino el Estado como gobierno de la sociedad, en virtud de su función de orientación política —de dirección de la economía, de mediación de los intereses corporativos y de intervención en la esfera de las necesidades sociales— que se consideró como una cuarta función del Estado, en adición a los tres poderes tradicionales.

Indudablemente, esta nueva orientación se ponía a la altura de los problemas del Estado social y de las relaciones entre esfera pública y esfera privada que caracterizan al derecho público de la segunda mitad del siglo xx. En particular, Costantino Mortati, identificó en el fascismo, más allá del repudio por sus aspectos totalitarios, algunas novedades como la participación de las masas en la vida del Estado, el papel político del partido y de los sindicatos, y las nuevas funciones económicas y sociales adoptadas por la esfera pública; en una palabra, detectó una respuesta a todas las transformaciones que el viejo Estado libe-

⁵² Alfredo Rocco, *La trasformazione dello Stato*, *op. cit.*, pp. 18-19: "El Estado fascista es el Estado verdaderamente soberano, el que domina a todas las fuerzas existentes en el país y el que somete a todas a su disciplina [...] En realidad, esta teoría del Estado soberano no es nueva porque toda la escuela jurídica de derecho público la profesa. Esta escuela siempre ha enseñado que la soberanía no es del pueblo, sino del Estado, principio que se afirma en todos los escritos de los maestros del derecho público extranjeros e italianos, y también de muchos de nuestros juristas que en el campo político se declaraban liberales o democráticos sin reparar en la patente contradicción en la que entraban con ellos mismos. En realidad, afirmar que el Estado es soberano es negar el liberalismo y la democracia, para los que el Estado no tiene fines superiores. Esa contradicción (en los mismos hombres) entre la concepción jurídica y la concepción política del Estado, es más llamativa cuando reconocemos que el estado fascista descende lógicamente de la teoría de la soberanía del Estado".

ral había sido incapaz de enfrentar y que habían provocado su crisis. De aquí deriva el papel normativo y programático que Mortati le otorgaba a los principios generales del derecho. De aquí deriva, en particular, la doctrina de la "constitución material" que elaboró desde 1940 y que prefiguraba —más allá del fascismo, pero en alternativa a la vieja separación liberal entre Estado y sociedad y entre derecho y política— el "espacio de la doctrina de la constitución" como un núcleo de valores políticos y de normas fundamentales superior a todo el ordenamiento.⁵³ Se trata, sin duda, de una doctrina caracterizada por una fuerte ambigüedad, no sólo por su origen impuro, sino por los equívocos que provocará (más allá de las intenciones de su autor) al proponer la obscura e insidiosa contraposición entre "constitución formal" y "constitución material". Pero es en esta doctrina en la que debemos buscar, para bien y para mal, los primeros gérmenes de nuestro constitucionalismo y los primeros, aunque confusos, elementos de una doctrina democrática de derecho público.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1948 Y LA CULTURA JURÍDICA DE LA PRIMERA POSGUERRA

Con la caída del fascismo, el nacimiento de la República y la aprobación de la constitución, la forma del Estado italiano y, junto con ella todo el paradigma del derecho, cambiaron radicalmente. La transformación, que tardará en ser asimilada por la cultura jurídica, se manifiesta esencialmente en la breve e

⁵³ M. Fioravanti, *Costituzione, op. cit.*, p. 60. Sobre el pensamiento y el papel de Costantino Mortati que, en la historia de la juspositivista, sólo pueden compararse con los de Orlando y Romano y sobre su ruptura con el viejo esquema de la despolitización del estado (sobre todo con el célebre ensayo *La costituzione materiale*, Milán, Giuffrè, 1940), cfr. M. Galizia y P. Grossi (editores), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, 1990 y, en particular, el largo ensayo de M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, *ibid.*, pp. 45-185.

intensa estación de la recién nacida democracia encarnada por la Asamblea Constituyente. Gracias a la calidad de sus integrantes y a la fuerte tensión civil y política que animó a sus trabajos, la Carta constitucional fue un "producto autógeno" de la Constituyente.⁵⁴ Inaugurada por Vittorio Emanuele Orlando que con sus palabras iniciales, en su calidad de decano de los diputados, declaró que representaba "todo el pasado de una historia que se ha cerrado",⁵⁵ la Asamblea reunía a lo mejor de la cultura política y jurídica italiana: desde los exponentes de la vieja Italia liberal como Croce, Nitti, Bonomi, Sforza y Einaudi hasta los futuros protagonistas de la Italia republicana, como De Gasperi, Togliatti, Nenni, Saragat, La Malfa, Gronchi, Fanfani, Dossetti, Di Vittorio, Vanoni, Andreotti y Giolitti; desde los jefes del antifascismo y de la Resistencia, como Parri, Pertini, Terracini, Longo, Foa, Basso y Lussu, hasta una larga lista de juristas muy alejados del viejo estereotipo del jurista técnico y despolitizado: como Ruini, Calamandrei, Mortati, La Pira, Moro y Tosato. Como resultado, sobre todo en la comisión de los 75 encargados de redactar el texto de la Carta, se produjo el debate institucional de mayor altura de nuestra historia.

La ruptura con el pasado que produjo la Constitución se manifiesta esencialmente con tres innovaciones que, según creo, no han sido del todo valoradas. La primera, que se encuentra en la

⁵⁴ Ese es el juicio de Cheli, E., "Il problema storico della Costituente" (1973), ahora en *Id.*, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Boloña, Il Mulino, 1978. Sobre las culturas de la Asamblea Constituyente, *cfr.* además de De Siervo, U. (editor), *Scelte della Costituente y cultura giuridica*, vol. 2, Bologna, Il Mulino, 1980, con escritos de Silvio Basile, Sara Volterra, Ugo De Siervo, Paolo Barile, Fernanda Bruno, Stefano Grassi, Enzo Balboni, Aldo Travi, Pietro Chiarlo, Carmen Carissimi, Antonio Cassese; Romeo, G. A., *La stagione costituente in Italia (1943-47)*, *Rassegna della storiografia*, Milán, Angeli, 1992; Franceschini, C., *et. al.* (eds.), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Actos del congreso de Roma en los días 19-21 de noviembre de 1995, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1997. *Veáanse* también las compilaciones de estudios sobre los dos juristas constituyentes más importantes: Galizia, M. y Grossi, P. (editores), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati, op. cit.*, y P. Barile (editor), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milán, Giuffrè, 1990.

⁵⁵ En la sesión del 25 de junio de 1946 (*op. cit.*, por Cheli, E., *Il problema storico della Costituente, op. cit.*, p. 15).

base de nuestro ordenamiento, radica en el reconocimiento del poder y del momento constituyente⁵⁶ que tradicionalmente había sido sustraído del viejo pensamiento jurídico liberal. Momento "constituyente" en dos sentidos: uno negativo y otro positivo. En el sentido de la ruptura radical con el fascismo, que fue abiertamente rechazado por la Constitución, porque representó la negación del constitucionalismo, o sea, de la división de poderes y de las libertades fundamentales.⁵⁷ Y en el sentido, aún más importante, de que la Constitución adquiere la forma, según consta en las intervenciones de todos los partidos importantes, de un "pacto" o "compromiso" constituyente, refundador del Estado y con éste, de la unidad nacional y de la convivencia civil.⁵⁸ Por primera vez en nuestra historia, precisamente en los años en los que la división entre las fuerzas políticas era mayor,

⁵⁶ El poder constituyente fue regulado por la D. Lgs. Lgt. 25.6.1944, n. 151, cuyo art. 1 establece que "después de la liberación del territorio nacional, las formas institucionales serán directamente escogidas por el pueblo italiano, el cual, con esa finalidad, elegirá por sufragio universal, directo y secreto, una asamblea constituyente para deliberar la nueva constitución del Estado". Sin embargo, con el D. Lgs. Lgt. 16.3.1946, n. 98, que convocó a la constituyente, se le quitó la capacidad para elegir entre monarquía y república (la decisión se sometió a referéndum el 2 de junio de 1946), así como la competencia legislativa ordinaria que quedó provisionalmente en las manos del gobierno. Ambas fueron amputaciones oportunas: la primera, porque permitió otorgarle legitimidad popular a la recién nacida democracia; la segunda, porque protegió los trabajos de la Constituyente de las laceraciones políticas que tuvieron lugar en 1947 y permitió, a la par de una mayor distancia, la preservación de un clima de concordia basililar para el pacto de la Carta constitucional.

⁵⁷ Según la conocida definición de "constitución" establecida por el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: "Toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution".

⁵⁸ "¿Qué es un compromiso?", se preguntaba Palmiro Togliatti en la sesión del 11.3.47, sino la búsqueda de "una unidad", o sea de un "terreno lo suficientemente sólido como para construir sobre el mismo una constitución, es decir un régimen nuevo, un Estado nuevo, y suficientemente amplio para ir más allá de los que podrían ser los acuerdos políticos contingentes de los partidos individuales que constituyen o pueden constituir una mayoría parlamentaria?" La misma idea fue sostenida por Meuccio Ruini, que declaró que por "compromiso" entendía, en el sentido etimológico, "que muchos hacen promesas juntos, asumen una tarea, establecen un pacto"; por Lelio Basso, que en la constitución veía el "fruto de un esfuerzo de diversos partidos por buscar una expresión común que represente la expresión de la voluntad de la gran mayoría de los italianos"; por Umberto Tupini, que en la sesión del 5 de marzo, al presentar los trabajos de las subcomisiones declaró que, aún en la diversidad de las ideologías, durante

se ponía en la base del Estado la idea normativa, de origen ilustrado y contractualista, de la Constitución como "pacto" adoptado por todos sobre los fundamentos de la República. El acuerdo se da principalmente entre las tres fuerzas y las tres culturas —liberal, católica y socialista— que en su conjunto representaban a la gran mayoría de los italianos y que ya se habían aliado en la Resistencia mediante el "pacto de no agresión", como lo ha llamado Norberto Bobbio,⁵⁹ constituido por el Comité de Liberación Nacional. Las respectivas aportaciones que pueden reconocerse en el texto constitucional son expresiones de dicho pacto: la valoración, de inspiración cristiana, de la "dignidad" de las personas, de las "formaciones sociales" en las que operan (en primer lugar, la familia), y de sus "deberes inderogables de solidaridad"; la garantía, de corte liberal, de las libertades individuales y de la separación de los poderes y; por último, la afirmación de origen socialista de los derechos sociales, de la prioridad del trabajo y del proyecto de reducción de las desigualdades materiales que, según lo establecido en el segundo apartado del Art. 3, "impiden el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País". El resultado, es un modelo de democracia liberal-socialista cuyas líneas principales son —además de los principios de la soberanía popular, de los derechos humanos y de la paz— la centralidad del Parlamento, el papel de garantía delegado en el Presidente de la República

los mismos "no había decaído la voluntad de conciliar y la convicción responsable de la carta fundamental de un pueblo no puede reflejar el pensamiento intransigente del menor número posible de ciudadanos, unidos por una misma fe, sino el pensamiento de la mayor parte de ellos, basado en una sustancia común de pensamiento y de vida" (*op. cit.*, por Cheli, E., *Il problema storico della Costituzione*, *op. cit.*, pp. 40-42). Pietro Calamandrei, por su parte, habló expresamente de "constitución tripartita, de compromiso" (*Chiarezza nella Costituzione*, Discurso a la Asamblea Constituyente del 4.3.1947, ahora en Calamandrei, *Scritti e discorsi politici* editado por N. Bobbio, Florencia, La Nuova Italia, 1966, II, p. 22).

⁵⁹ Bobbio, N., *Profilo ideologico del Novecento*, extraído del volumen *Storia della letteratura italiana. Il Novecento*, dirigida por Cecchi, E. y Spigno, N., Milán, Garzanti, 1969, p. 152.

y en la Corte Constitucional, el control popular sobre las leyes a través del referéndum abrogativo, la total independencia de la magistratura (incluido el ministerio público) y las autonomías regionales.

La segunda novedad, es la introducción de inequívocas garantías en favor de la *rigidez* de la constitución, mediante la incorporación de un procedimiento especial agravado para su modificación y del control de validez de las leyes delegado, al igual de la solución de los conflictos entre los poderes, a la Corte Constitucional. En virtud de esta innovación, que es la sustancia del constitucionalismo moderno,⁶⁰ la constitución se confi-

⁶⁰ Atinadamente se ha sostenido que la "rigidez" es un rasgo "natural" (o estructural) de toda constitución. Se trata de una tesis ampliamente argumentada por Pace, A., "La 'naturale' rigidità delle costituzioni scritte", en *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, pp. 4085 y ss., y en *Id.* *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, Cedam, 1996, p. 10 y ss., y 75 y ss.: las constituciones escritas tienen una *rigidez natural*, dado que una constitución flexible, o sea modificable con los mismos procedimientos establecidos para las leyes ordinarias no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria, independientemente de cómo la llamemos. Pace sostiene, en consecuencia, que también el Estatuto Albertino del Reino de Italia era en realidad una constitución rígida, de hecho rigidísima porque no se podía modificar, y sólo gracias a la "responsabilidad de los políticos y de la doctrina" se transformó subrepticamente en una constitución flexible (*Ibid.*, pp. VII, 113-42-51); y recuerda las tesis de la rigidez y de la inmodificabilidad del Estatuto, así como de las Cartas constitucionales francesas de 1814 y 1830, que fueron afirmadas en los primeros decenios de la vida estatutaria por constitucionalistas como Ludovico Casanova (1859) y Alessandro Magarini (1884) y por el propio James Bryce (1884), al que se debe la distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles (*Ibid.*, pp. 13-27 y 54, nota 121). Finalmente, sobre el mismo tema, véase M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*. Milán, Giuffrè, 1997. Sin embargo, es un hecho que estas tesis se sostienen en la actualidad —después de que se introdujeron los procedimientos especiales para la revisión constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes— pero no en 1925 cuando Mussolini hizo trizas el Estatuto Albertino con las leyes fascistas sin que ningún jurista denunciara el golpe de Estado, y ni siquiera en los años cincuenta, cuando la Corte de Casación italiana teorizó la naturaleza programática de los principios y de los derechos fundamentales. Por ello podemos hablar de un "descubrimiento" de la Constitución, que tuvo lugar sólo en éstas últimas décadas, aunque no ha terminado de madurar la concepción teórica que le corresponde. Queda claro que, según esta concepción, la constitución es, por su propia naturaleza —o, mejor dicho, por definición— "rígida", entendiéndose por "constitución" el conjunto de las normas colocadas en la cúspide del sistema de las fuentes y, por lo mismo, superior a todas las demás; en donde las normas relativas al control de constitucionalidad y las relacionadas con la revisión constitucional no tienen el *significado* de "rigidez constitucional" sino que son, respectivamente, la *garantía* de la rigidez y la *norma de reconocimiento* del grado de rigidez de una constitución.

gura como un sistema de meta-reglas destinadas a todos los poderes públicos para garantizar los derechos de todos: reglas no sólo formales, referidas al *quién* y al *cómo* de las decisiones, como las contenidas en la segunda parte de la constitución y que se refieren a la representación política y a la división de poderes, sino también sustanciales referidas al *qué cosa* no se debe o se debe decidir, como aquellas normas, establecidas en la primera parte de la constitución, sobre los derechos de libertad que el Estado no debe violar y sobre los derechos sociales que el Estado debe satisfacer. En esta segunda clase de reglas es donde residen las cláusulas del pacto de convivencia, que ninguna mayoría puede violar. En este aspecto, la constitución representa la plenitud del estado de derecho del cual expande el principio de legalidad hacia todos los poderes, incluido el legislativo, y con éste, expande un proyecto de Estado y de derecho vinculante para el futuro. De esta forma se arrasaron el viejo paradigma del Estado soberano (que no reconocía a los derechos fundamentales como límites externos insuperables, sino como meras autolimitaciones siempre revocables) y el principio jacobino de la omnipotencia del legislador y el principio del juspositivismo de la validez puramente formal de las leyes, independientemente de su contenido. De hecho la legislación, a partir del nuevo paradigma, ya no es una mera condición de la validez formal del derecho, sino que también ella está condicionada, en cuanto validez sustancial, por su coherencia con los principios constitucionales.⁶¹

La tercera innovación, que es una consecuencia de la segunda, es la transformación del paradigma del Estado de derecho positivo provocada por la constitución. Dicha transformación

⁶¹ Sobre el paradigma constitucional y garantista, me permito remitir a mis trabajos *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 347-368 y cap. XIII y XIV; "Il diritto come sistema di garanzie", en *Ragion pratica*, año I, núm. 1, 1993, pp. 143-161; "Democrazia e costituzione", *Ibid.*, núm. 3, 1993, pp. 227-244; "Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su 'Diritto e ragione'", en L. Gianformaggio (editora), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 460-477; *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 1997; "Diritti fondamentali", en *Teoria Politica*, núm. 2, 1998.

consiste en la ruptura de los dos antiguos dogmas, el de la coherencia y el de la plenitud del ordenamiento que el viejo modelo pandectista dejaba en las manos de la interpretación y de la reconstrucción sistemática de la ciencia jurídica. De hecho, la constitución equivale a un derecho sobre el derecho que altera la estructura formal del ordenamiento codificando los principios axiológicos a los que la propia legislación debe uniformarse. Su ubicación en la cúspide de las fuentes, como un conjunto de normas del que depende la validez de todas las demás, introduce en el sistema normativo un factor permanente de virtual invalidez: esto es así porque cualquier ley, por más vigente que sea desde el punto de vista formal, es susceptible de invalidación cuando se considere que su contenido contradice a la constitución. Es comprensible el carácter disruptivo de esta transformación para la vieja cultura juspositivista si consideramos que abatió el postulado metateorético de la presunción *a priori* de la legitimidad del derecho vigente.⁶² Fue el viejo Orlando quien expresó en la Asamblea Constituyente la resistencia del pensamiento jurídico liberal para entender el sentido y el alcance del constitucionalismo, al proponer que los principios y los derechos en materia de "relaciones ético-sociales", desde la familia, hasta la instrucción y la salud, quedaran fuera del texto constitucional relegados en una especie de preámbulo político.⁶³ Naturalmente las reservas de Orlando fueron respe-

⁶² Sobre el peso que tuvo esta "presunción de regularidad de los actos ejecutados por el poder" en el paradigma tradicional del positivismo jurídico, *cfr.* Gianformaggio, L., "Diritto e ragione tra essere e dover essere", en *Id.* (editor), *Le ragioni del garantismo*, *op. cit.*, pp. 28-34.

⁶³ En el discurso del 23.4.1946 en la Asamblea Constituyente. *Discussione generale sui rapporti etico-sociali*, vol. III, p. 3239, citado por Mauricio Fioravanti, que recuerda el conflicto en la misma sesión entre Orlando y Mortati, en el que se expresó "claramente el enfrentamiento, en la interpretación del papel y de los poderes del Constituyente, entre la vieja doctrina del Estado persona y la nueva doctrina de la constitución" (*Costituzione, op. cit.*, pp. 70-71). Véase también Orlando, V. E., *Sul progetto di costituzione e sui patti Lateranesi. (seduta del 10 marzo 1947)*, en *Id.*, *Scritti giuridici varii*. Milán, Giuffrè, 1955, p. 67, en donde se expresa una cauta desconfianza hacia un órgano censor de las leyes como la Corte constitucional. Por otro lado, también Togliatti dijo que la Corte constitucional era una "rareza" (*op. cit.*, por Cheli, E., *Il problema storico della Costituente, op. cit.*, p. 51).

tuosamente ignoradas por los juristas de la nueva generación que identificaban el papel de la Constitución, precisamente, en los límites y en los vínculos que imponía a la legislación.

Aunque fue derrotada en la Constituyente, la vieja cultura jurídica logró una revancha en los años posteriores. En los hechos esa cultura no estaba preparada para entender el alcance de dichas innovaciones, a las que se resistirá con tenacidad. Durante muchos años —con la excepción de Costantino Mortati, Vezio Crisafulli y Piero Calamandrei que reivindicaron el carácter vinculante de los principios de la Carta y se esforzaron por ponerlos en práctica en todos los ámbitos del derecho— la juspublicista dominante siguió siendo fiel a la vieja doctrina del Estado-persona, considerado una figura abstracta e hipotética, que Romano y Orlando repropusieron en sus manuales repetidamente editados en la posguerra. Y reiteró nuevamente la vieja tesis de la continuidad del Estado-persona. Como siempre se trató de la estrategia por contener la dimensión política del derecho de frente a la legislación que había sido inaugurada en la edad liberal que y, posteriormente, se había experimentado con una función garantista ante el fascismo y ahora se utilizaba para congelar las normas constitucionales y para relegarlas al cielo de los principios.

La constitución quedó todavía más alejada del horizonte axiológico de las otras disciplinas jurídicas que cerraron filas entorno a la tesis de que ésta no se refiere ni a la administración, ni a la jurisdicción y, mucho menos, a las relaciones privadas, sino solamente, como si fuera una especie de sombrero, a la legislación. La principal preocupación de los civilistas fue defender el carácter “técnico” del código civil, depurándolo mediante apelaciones a las normas corporativas e insertándolo en el canal de la tradición a través del reconocimiento de un espíritu moderno de socialización.⁶⁴ Lo mismo vale para la mayoría de

⁶⁴ G. Ferri, “Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli”, en *Foro Italiano*, 1944-46, IV, pp. 34 y ss.; Santoro Passatelli, F., “La riforma dei codici”, en *Diritto e giurisprudenza*, 1945, pp. 34 y ss.; Calamandrei, P., “Sulla riforma dei codici”, (1945), en *Id.*, *Scritti e discorsi politici*, op. cit., I, tomo I, pp. 86-99, en donde los cuatro códigos se presentan como la “reelaboración, o sólo la rembamización, de concepciones políticas y de sistematizaciones científicas anterior-

los penalistas que siguieron fieles a la orientación técnico-jurídica y, en nombre de ésta, relegitimaron como un producto propio al código Rocco del que apenas enmendaron sus referencias fascistas. En suma, al menos durante todos los años sesenta, el tecnicismo jurídico se reconfirma como el "hábito" científico del jurista, gracias al cual el Estado y el derecho se sustraen de la política que es asociada con la constitución y, de este modo, la ciencia jurídica celebra autoreferencialmente su propia continuidad.

Incluso la filosofía jurídica y la naciente teoría general del derecho parecen ignorar a la constitución y al constitucionalismo. Como prueba tenemos que la revuelta contra el juspositivismo que en los primeros años cincuenta llevaron a cabo los que tenían la deuda de haber avalado o, al menos de no haber frenado, los horrores del nazismo, sólo pudo proponer el antiguo camino de un improbable "regreso al derecho natural":⁶⁵ con lo que ignoraban el significado de la incorporación en las constituciones y en el plano internacional (con la Declaración universal de los derechos del hombre) de los principios de la paz y de los derechos fundamentales. Dichos principios, una vez positivizados, transfieren al cuerpo del derecho positivo el viejo conflicto entre justicia y legalidad. Por si fuera poco, ni siquiera la teoría general de corte normativista y juspositivista que, en su versión kelseniana, introdujo la obra de Norberto Bobbio, contempló la nueva complejidad estructural que el juspositivismo había adquirido a través del constitucionalismo. Todavía en 1966, en una mesa redonda sobre el positivismo jurídico,⁶⁶

res al fascismo" y no como lo quería el fascismo, como "expresiones de una revolución política" (*Ibid.*, p. 91). Sobre el debate relativo a la reforma de los códigos después de la Liberación, *cfr.* Salvi, C., *La giusprivatistica. op. cit.*, pp. 259 y ss.

⁶⁵ Sobre el "regreso del derecho natural", fomentado sobre todo por los juristas católicos (*cfr.*, el jesuita Lener, S., "La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa", en el volumen colectivo, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I, Padova, Cedam, 1950, pp. 345-387, así como los actos del congreso recopilados en el volumen *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951) véanse las atinadas observaciones críticas de Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunita, 1965, pp. 21 y ss.

⁶⁶ Intervención en la mesa redonda sobre el positivismo jurídico (Pavia 2 de mayo de 1966), Milán, Giuffrè, 1967, pp. 69 y ss.

Bobbio, defendía el carácter “científico” del mismo, ya que se aproximaba solamente al “derecho que es” y no al “derecho que debe ser”, que correspondía de forma exclusiva al jusnaturalismo, en virtud de la identificación kelseniana entre validez y existencia de las normas: sin tener en cuenta que el “derecho que debe ser” también es, antes que nada, el “derecho que es” diseñado por la constitución y que sirve como criterio para invalidar al “derecho que es” en la legislación común cuando entran en conflicto.

La idea de la continuidad del Estado, en alternativa a la idea de su refundación constitucional, no sólo prevalece en el plano teórico, sino también en los planos político e institucional. La Asamblea Constituyente representó el último momento de unidad antifascista. Pero en 1948, una vez que la Constitución había sido aprobada, la unidad había decaído, al igual que el espíritu de “pacto” que apenas sobrevivió a las aulas de la Asamblea. Con la contundente victoria de la Democracia Cristiana en las elecciones de 1948 y en el clima de enfrentamiento político y social que se instauró en el país, la Constitución sufrió, desde el inicio de su vigencia, una pérdida de actualidad. Por muchos años se le dejó invernando a través de lo que Calamandrei llamaría el “obstruccionismo de la mayoría”⁶⁷ y que se manifestó en la postergación de la implementación de sus instituciones más innovadoras y garantistas: la Corte constitucional y el Consejo superior de la magistratura, instituidas en 1956 y en 1958, respectivamente, el referéndum abrogativo y las Regiones, introducidos sólo hasta 1970.

De manera aún más concreta, la continuidad del Estado se aseguró mediante la restauración casi integral de las viejas estructuras: desde la reconfirmación de todo el viejo personal administrativo y judicial y la conservación de los viejos aparatos burocráticos, hasta la conservación de todo el sistema legislati-

⁶⁷ P. Calamandrei, “L’ostruzionismo di maggioranza”, en *Il Ponte*, núm. 2, IX, 1953, pp. 129-136; núm. 3, pp. 274-281, núm. 4, pp. 433-450, ahora en *Id., Scritti e discorsi politici, op. cit.*, tomo I, pp. 546-595.

vo, empezando por los códigos, que heredó del fascismo.⁶⁸ En particular, la magistratura que había quedado en manos de la generación formada durante las dos décadas fascistas, constituía un cuerpo cerrado y ajeno a la sociedad que se cimentó en la vieja ideología paleopositivista de la naturaleza meramente técnica y neutral de la jurisdicción: una ideología que había sido alentada por (y que, simultáneamente, alentaba) la organización jerárquica del orden judicial y que se basaba en el poder de los jefes de las oficinas y del ministro de justicia para seleccionar “meritocráticamente” a los jueces según su apego a las directrices de la Corte de Casación y, por lo tanto, suponía una independencia externa e interna más nominal que real.

De esta forma es posible entender la operación que llevó a cabo la magistratura para vaciar a la Constitución durante los años cincuenta: las normas constitucionales eran consideradas un cuerpo ajeno al viejo ordenamiento y se les neutralizó cuando la Corte de Casación las catalogó como “normas progra-

⁶⁸ Cfr. Pavonc, C., “La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini” (1974), y “Ancor sulla continuità dello Stato” (1982), en *Alle origini della Repubblica: scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Turín, Bollati-Boringhieri, 1995. Ballardore Pallieri, G. habla de una “espantosa carencia constitucional” en los primeros años de la posguerra (“La costituzione italiana nel decorso quinquennio”, en *Foro Padano*, núm. 2, febrero 1954. Véanse, sobre todo, con relación a la “constitución no ejecutada” y al “espíritu de reenvío” como “pecado original” de la Constitución de 1948, las amargas páginas todavía actuales de Calamandrei, P., “La costituzione e le leggi per attuarla” (1995), en *Scritti e discorsi politici, op. cit.*, II, pp. 477-478: “La Asamblea Constituyente, en el breve periodo de sus trabajos, apenas tuvo tiempo de perfeccionar la construcción de los órganos supremos (órganos legislativos y de gobierno) que eran necesarios para transmitir legalmente al legislador ordinario la continuación de su trabajo. Pero, en todo lo demás, dejó provisionalmente en vigor a toda la legislación anterior [...] De esta forma adquirió forma un curioso ordenamiento constitucional, de un estilo (se podría decir) compuesto, plagado de contradicciones y antinomias, en las que terminaron conviviendo con las nuevas normas dictadas por la Constituyente, normas que tenían una edad y una orientación política diferente: algunas de las cuales (de hecho todo un *corpus* codificado) pertenecían al tiempo de la dictadura fascista; otras, provenían de los tiempos de la monarquía prefascista: una amalgama de materiales legislativos de diferentes orígenes, que podía tolerarse provisionalmente porque las necesidades prácticas del momento así lo requerían, pero que exigía que el nuevo Parlamento asumiera la tarea urgente de realizar una revisión general de toda la legislación que provisionalmente había quedado en pie, para hacerla homogénea, en armonía con la letra y con el espíritu de la Constitución”.

máticas" o "de eficiencia diferida" a un futuro lejano.⁶⁹ Pero con esta remoción de la Constitución del espíritu público también se explica la naturaleza del Estado social asistencialista que se edificó en los años de la República. Éste fue el producto del viejo estado corporativo que se desarrolló, sin ninguna proyección reformadora, al margen del marco constitucional mediante la ampliación de espacios para la discrecionalidad política y burocrática y no a través de las garantías necesarias para proteger a los nuevos derechos sociales. En resumen, la reconstrucción de la posguerra no es una reconstrucción jurídica de los aparatos y de la legalidad administrativa en cumplimiento del diseño constitucional. Esta fallida reconstrucción es la primera causa de las degeneraciones futuras y del desarrollo de la ilegalidad de los poderes públicos que llevarían a la crisis del sistema político en los años noventa.

5. LA CRISIS DEL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO EN LOS AÑOS SESENTA Y SETENTA

Una vez congelada la constitución, operación en la que participaron la ciencia jurídica, la jurisprudencia y la política, la cultura jurídica pudo mantener y reproponer durante toda la década de los años cincuenta, los viejos paradigmas de la neutralidad del derecho, de la continuidad y despolitización del Estado y del carácter científico y neutral de la doctrina jurídica.

⁶⁹ Sobre la distinción de las normas constitucionales en "normas preceptoras de aplicación inmediata", "normas preceptoras de aplicación diferida" y "normas meramente programáticas" o "directivas", véase de nuevo Calamandrei, P., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, op. cit., pp. 473 y 483-486, que menciona la sentencia de las Secciones penales unidas del 7.2.1948 y la decisión 26.5.1948 de la V. Sección del Consejo de Estado que formularon por primera vez esta tripartición que fue inmediatamente adoptada por la doctrina y por la jurisprudencia, así como a la sentencia de las Secciones Unidas de la Casación del 17.2.1954 con la que se afirma la "función meramente 'apremiante' y no 'perentoria'" de las normas transitorias que establecían los términos en los que debían instituirse los nuevos órganos constitucionales.

Fue hasta los años setenta, cuando estos tres paradigmas entraron simultáneamente en una crisis irreversible que todavía hoy está vigente. La crisis fue provocada por una multiplicidad de factores, externos e internos, de la cultura jurídica.

Los años sesenta son los años del giro reformador del centro-izquierda, del desarrollo de fuertes movimientos de lucha que desembocarán en la revuelta del sesenta y ocho y, al mismo tiempo, de la renovación y de la pérdida de provincialismo de la cultura italiana una vez que superó el aislamiento idealista e historicista en el que la había mantenido el proteccionismo cultural de Benedetto Croce y de Giovanni Gentile. Se importan a Italia —gracias a una intensa operación de traducciones y actualizaciones realizadas desde la primera posguerra por Norberto Bobbio, Ludovico Geymonat, Nicola Abbagnano, Galvano della Volpe, Giuliano Preti y Enzo Paci— los marxismos heterodoxos (empezando por el del joven Marx), el existencialismo, la fenomenología, la filosofía analítica, la filosofía de la ciencia, el neopositivismo lógico, el neoempirismo y el pragmatismo, así como enteros sectores disciplinarios, hasta ese entonces casi ignorados, como la lógica, la metodología de las ciencias empíricas, la antropología, la sociología y el psicoanálisis.⁷⁰

La ciencia jurídica, al igual que el deteriorado paradigma de la autonomía del derecho, se vio impactada frontalmente por dicha renovación. En primer lugar, el desarrollo de disciplinas competitivas como las politológicas y sociológicas le arrebataron su primado como ciencia de la sociedad y de las instituciones. El jurista, cada vez menos protegido por su aislamiento cultural, pierde el monopolio de la producción de imágenes y de conocimientos sobre el derecho y el Estado. En segundo lugar, en esos mismos años, el problema central que enfrentan los nuevos estudios de teoría y filosofía analítica del derecho es el problema del método jurídico y, por lo mismo, de la propia ciencia jurídica; es decir, lo que los juristas y los jueces hacen y

⁷⁰ Sobre este "rapidísimo curso de actualización" al que tuvieron que someterse los intelectuales por la ruptura de las "barreras del nacionalismo cultural", *cfr.* Bobbio, N., *Perfil ideológico del Novecento*, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

deberían hacer. El análisis de los conceptos jurídicos y sus métodos de formación, el estatuto metodológico de las construcciones de los juristas y las elecciones de valor que intervienen en las mismas, el análisis del lenguaje legal en su dimensión semántica y pragmática, los métodos de la interpretación y de la argumentación jurídica y sus inevitables espacios de discrecionalidad valorativa, se convierten en temas privilegiados de reflexión y de discusión.

Sin duda, Norberto Bobbio fue quien desempeñó el papel más relevante en esta revisión metodológica de la ciencia jurídica. Bobbio no sólo es el estudioso que más promueve en la posguerra la modernización de la cultura italiana, sino que él mismo es un filósofo del derecho que, desde 1950, llevó a cabo, por un lado, la renovación en sentido kelseniano de la teoría general del derecho y, por el otro junto con Ugo Scarpelli, estudios de filosofía analítica, de lógica, de metodología de la ciencia y de análisis del lenguaje jurídico.⁷¹ En su escuela se desarrolla una nueva orientación: la filosofía jurídica analítica que, en oposición a las viejas orientaciones metafísicas y jusnaturalistas, se pre-

⁷¹ La obra de Bobbio como teórico del derecho —a partir del clásico ensayo de 1959, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", ahora en Ugo Scarpelli (editor), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, Edizioni Comunità, 1976, que es como un manifiesto programático de la nueva orientación analítica— es amplísima. Se vean las bibliografías de P. Borsellino, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, Milán, Giuffrè, 1983; Violi, *Norberto Bobbio, N. A Bibliography*, Milán, Giuffrè, 1984; *Id.*, *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993*, Roma-Bari, Laterza, 1995. Véase también Guastini, R., "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto. (I) 1949-1960", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VIII/1, 1978, pp. 293-356; *Id.*, *Norberto Bobbio teorico del diritto (II) 1961-65*, *Ibid.*, IX/2, 1979, pp. 523-544; *Id.*, *Norberto Bobbio teorico del diritto (III) 1966-1980*, *Ibid.*, X/2, 1980, pp. 483-508; Ruiz Miguel, A., *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983; A. Greppi, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Barcelona, Marcial Pons, 1998. *Cfr.* también mi trabajo "Ragione, diritto e democrazia nel Pensiero di Norberto Bobbio", en Comanducci, P. y Guastini, R. (editores), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 1-9. Sobre la filosofía del derecho italiano de orientación analítica, véanse, E. Pattaro, "Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi", (1972), ahora en U. Scarpelli (editor), *Diritto e analisi del linguaggio, op. cit.*, pp. 451-487; M. Jori, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milán, Giuffrè, 1987; M. Barberis, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Boloña, Il Mulino, 1993, cap. VII.

senta como metaciencia del derecho positivo: es decir, como teoría del método de la ciencia jurídica, como análisis del lenguaje legal en cuanto su lenguaje-objeto y del mismo meta-lenguaje de los juristas, como teoría de la argumentación jurídica en la doctrina y en la aplicación de la ley. Por otro lado, precisamente la concepción del derecho como lenguaje interpretado por los juristas y usado en la práctica jurídica reclama la atención hacia la concepción pragmática de su efectividad, favoreciendo, con un impulso de Bobbio y de Renato Treves, el desarrollo de la sociología del derecho. Por primera vez se someten a análisis las ideologías que acompañan a las doctrinas jurídicas, el papel social de los juristas, los condicionamientos externos de la profesión jurídica y, junto con éstas, el funcionamiento de la magistratura, las elecciones políticas y culturales expresadas por la jurisprudencia, las actitudes de los jueces, sus estilos argumentativos y su ideología de clase.⁷² Agréguese el desarrollo realizado, primero, por Paolo Grossi pero, después por Pietro Costa, Mario Sbriccoli, Maurizio Fioravanti y Aldo Mazzacane

⁷² Basta con recordar la colección de Laterza de los años sesenta en la que se publicaron, bajo la dirección de Renato Treves, once volúmenes sobre *La administración de la justicia y la sociedad italiana en transformación*, y la colección de Comunidad de los años setenta, *Diritto e Cultura moderna*, que recoge aportaciones de filosofía jurídico-analítica, de teoría jurídica y de sociología del derecho. Recuérdese el nacimiento, en 1974, de la revista *Sociología del derecho* y el debate sobre la disciplina que se llevó a cabo en sus dos primeros números con intervenciones de Renato Treves, Norberto Bobbio, Vittorio Frosini, Franco Leonardi, Uberto Scarpelli, Vincenzo Tomeo, Tiziano Treu, Nicolò Lipari, Giovanni Tarello, Alessandro Baratta y Gian Domenico Pisapia. El debate se encuentra en E. Resta (editor), *Diritto e trasformazione sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1978, V parte (pero véanse también las páginas 37-40). También se puede consultar el debate sobre "L'insegnamento della sociologia del diritto in Italia", en *Sociologia del Diritto*, 1976. Sobre los desarrollos de la Sociología jurídica italiana, cfr. Treves, R., *Introduzione alla sociologia del diritto* (1977), Turín, Einaudi, II ed., 1980; *Id.*, *La sociologia del diritto in Italia oggi*, Nápoles, Guida, 1982; Ferrari, V., "Riflessioni sulla sociologia del diritto in Italia", en *Sociologia del diritto*, núm. 3, 1983, pp. 7-20; *Id.*, *Lineamenti di sociologia del diritto, I: Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, cap. II; T. Pitch, "Sociology of Law in Italy", en *Journal of Law and Society*, núm. 1, X, 1983, pp. 119-134; A. Febbrajo, "Per una sociologia del diritto critica", en Scarpelli, U. y Tomeo, V. (editores), *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 225-259; Pocar, V., "Sociology of Law in Italy", en Ferrari, V. (editor), *Developing Sociology of Law. A world-Wide Documentary Enquiry*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 425-472, con amplia bibliografía.

y otros juristas positivistas de una historiografía jurídica no medieval y antigua, sino moderna y contemporánea, verdadera, auto-análisis crítica de la ciencia jurídica.⁷³

Por otro lado, también los viejos paradigmas pandectistas de la autonomía del derecho y del papel de sistematización de la ciencia jurídica entraron en crisis en las disciplinas positivas singulares. Con la inflación de las leyes especiales se fue perdiendo progresivamente la centralidad de los códigos y la unidad del sistema, tanto que Natalino Irti pudo titular su célebre ensayo *L'età della decodificazione*:* empezando con el derecho civil en el que enteros subsistemas de intereses de clases y de grupos, así como ciertas relaciones macroeconómicas y algunas prácticas contractuales internacionales, se sustrajeron a la disciplina y a la jurisdicción ordinaria.⁷⁴ Más adelante, en la segunda mitad de la década de los setenta, en el derecho penal, en el

⁷³ Véanse los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, publicados anualmente desde 1972 bajo la coordinación de Paolo Grossi, y la columna monográfica correspondiente. Pero el fenómeno más nuevo e interesante, porque es sintomático de una actitud metodológica y de una exigencia de revisión crítica de los paradigmas recibidos por la tradición, es la vocación historiográfica de los juristas positivos que surgió en los años sesenta. Recuérdense entre las investigaciones históricas llevadas a cabo por los juristas en sus campos disciplinarios, las de Massimo Severo Giannini y de Sabino Cassese en el derecho administrativo, de Guido Neppi Modona sobre la cárcel y sobre la magistratura, de Stefano Rodotà sobre la propiedad privada, de Natalino Irti y César Salvi sobre metodologías de las disciplinas privadas, de Francesco Galgano en el derecho comercial, de Umberto Romagnoli en el derecho sindical, de Michele Taruffo, Incola Picardi y Francesco Capriani sobre la justicia civil, de Francesco Cordero y Massimo Nobili sobre el proceso penal, de Enzo Cheli, de Mario Dogliani y de Umberto Allegretti en el derecho constitucional; sin contar las cuidadosas reconstrucciones analíticas de complejos casos institucionales y culturales, que con frecuencia se incluían entre los estudios de carácter dogmático. Por otro lado, también en la disciplina madre de la historiografía jurídica —la romanista—, se produce una profunda renovación metodológica que abandona definitivamente la vieja aproximación pandectista y “actualizadora” hacia el estudio de los institutos del derecho romano y se orienta, por obra de estudiosos como Ricardo Orestano, Giovanni Pugliese, Luigi Labruna, Mario Bretonc, Eva Cantarella y Aldo Schiavone, hacia la investigación de los desarrollos jurisprudenciales de la experiencia jurídica y sus nexos con la economía, con los modos de producción y con la vida social y política en las diferentes épocas de la historia romana.

* “El Tiempo de la decodificación”. [N.T.]

⁷⁴ Irti, N., “L'età della decodificazione”, en *Diritto e società*, 1978, pp. 613 y ss., Milán, republicado en el volumen que lleva el mismo título de la editorial Giuffrè, 1986; Galgano, F., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993; Bonell, J., *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milán, Giuffrè, 1976.

que se desarrolló una legislación inflacionaria y se fueron afirmando, para combatir al terrorismo y al crimen organizado, modelos diferenciados de proceso penal y de tratamiento carcelario. Con la centralidad de los códigos se perdió la centralidad de la categoría y la de los institutos de base —desde la figura de la propiedad privada hasta la del negocio jurídico; desde el nexo entre delito y pena hasta la forma de los careos en el proceso penal— sobre cuyo alcance general y sobre cuya capacidad unificadora se había erigido la idea del derecho como sistema.

Pero el fenómeno más disruptivo en la cultura jurídica de los años sesenta y setenta fue el “descubrimiento” de la constitución,⁷⁵ con el que empiezan a tomarse seriamente las innovaciones introducidas en el paradigma del derecho positivo. Precisamente por sus diferencias con el viejo ordenamiento y por su ubicación en el vértice de las fuentes, la Constitución rompe con la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema jurídico, que constituían los dogmas metateóricos del viejo juspositivismo. La Corte constitucional se había instituido en 1956 y, desde sus primeras sentencias, archivó la vieja tesis de que las normas constitucionales tenían un carácter programático y no inmediatamente normativo; asimismo, realizó un primer saneamiento de las leyes de seguridad pública y de derecho penal. De esta forma, con el juicio constitucional de invalidez de las leyes, entró en crisis la presunción de legitimidad de todo el derecho positivo, así como la neutralidad política del propio derecho que había sido defendida por el viejo positivismo jurídico: el derecho ya no es un sistema orgánico de dogmas sancionados por el código y resguardados por los juristas, sino un sistema artificial e imperfecto de normas heterogéneas cuya legitimidad constitucional está permanentemente en duda a partir de los valores políticos incorporados como principios de justicia en la Constitución. El viejo paradigma científico de la dogmática jurídica y de la autonomía del derecho, que en el siglo pasado había sopor-

⁷⁵ Cfr. Pizzorusso, A., “Il disgelo costituzionale”, en *Storia dell'Italia Repubblicana*, vol. II/2, Turin, Einaudi, 1995, pp. 115-150.

tado el impacto con la codificación, no resistió el impacto con la Constitución porque, con sus exigentes parámetros axiológicos de validez, se ubica en permanente tensión y en virtual antinomia con todo el derecho vigente. Dicho paradigma autoreferencial, que ya había sido minado en el plano metodológico y fenomenológico desde el punto de vista externo por los estudios de análisis del lenguaje y de sociología del derecho, también se descarta desde el punto de vista impuesto por la constitución: un punto de vista que, al mismo tiempo, es interno (su criterio normativo de unificación y de invalidación) y externo (su fundamento axiológico y ético-político) al derecho.

De esta forma, a partir de esta crisis de los viejos modelos, surge una nueva generación de juristas, que comparte una reflexión general en clave constitucional de los métodos, de las categorías y de los problemas de la ciencia jurídica, y una apertura programática a los temas del conflicto social. La renovación fue aún más significativa porque comenzó en la disciplina hegemónica, la civilista, en donde juristas como Stefano Rodotà, probablemente el jurista más significativo de la nueva estación, Pietro Rescigno, Francesco Galgano, Pietro Barcellona, Pietro Perlingieri y Guido Alpa, promovieron la "continua adecuación de las normas a los principios" constitucionales,⁷⁶ y junto con ella, la revisión de las categorías civiles tradicionales —desde la propiedad hasta el contrato, desde la responsabilidad civil hasta la empresa— en sintonía con las transformaciones que tenían lugar en la sociedad y en la economía. Análogamente, gracias a la obra, primero de Ugo Natoli y, después de Gino Giugni, de Federico Mancini, de Umberto Romagnoli y de Giorgio Ghezzi, se rediseñará todo el derecho del trabajo en consonancia con la Constitución: a partir de entonces se centrará en los derechos de los trabajadores, en sus garantías y en la autonomía colectiva de la contratación sindical y ya no en la relación contractual. Lo mismo vale para los estudios procesales, orientados

⁷⁶ Rodotà, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, Giuffrè, 1969, p. 214. Recuérdese en particular, U. Natoli, "Sul' ruolo' del giurista nel mondo contemporaneo", en *Democrazia e diritto*, 1960, pp. 5 y ss.

por Andrea Protopisani, Michele Taruffo y, en el procedimiento penal, por Franco Cordero, Massimo Nobili y Paola Ferrua, hacia el estudio de mecanismos para tutelar los derechos fundamentales y los intereses débiles, hacia el análisis de los métodos de la prueba y de la motivación y hacia la crítica corrosiva del proceso inquisitorio.

Paradójicamente, la renovación de los estudios constitucionales fue más tardía, y tiene lugar hasta los años setenta y ochenta con la obra de estudiosos como Alessandro Pizzorusso, Gustavo Zagrebelsky, Ugo Rescigno, Gianni Ferrara y Mario Dogliani. Por su parte, en el derecho administrativo se puede hablar de una refundación que estaba a la altura de la creciente complejidad de la esfera pública y que fue promovida, desde los años cincuenta, por Massimo Severo Giannini y, posteriormente, por Sabino Cassese: ellos archivaron el viejo paradigma estatal-céntrico orlandino que hasta los años cincuenta había sido repropuesto por Guido Zanobini y orientaron sus pesquisas, partiendo de análisis históricos, sociológicos y comparativos, hacia la génesis de las instituciones, el funcionamiento concreto de los aparatos y la convivencia e interacción de la dimensión autoritativa con la dimensión privatista del derecho administrativo. Por lo que hace a las disciplinas penales, sigue prevaleciendo —a la sombra de una prolongada sumisión cultural a la doctrina alemana— la vieja orientación técnico-jurídica, que observa acríticamente el derecho penal vigente y que, por la legislación especial y de emergencia, entró en una crisis inflacionaria que minó su eficiencia y su legitimidad constitucional. Sin embargo, también en ese caso el descubrimiento de la Constitución tuvo consecuencias: sobretodo gracias a la obra de Franco Bricola y de su escuela tiene lugar una revisión en clave constitucional de la teoría del delito y de los bienes jurídicos y, asimismo, gracias al encuentro con la sociología de la desviación, que fue promovida, Alessandro Baratta en esos mismos años, se regresó a la antigua penalística civil que criticaba al derecho penal vigente y a sus funciones de control social.

En resumen, gracias a la afirmación de los dos nuevos puntos de vista externos —el axiológico-constitucional como

parámetro de validez y el sociológico-factual como parámetro de efectividad— entraron en crisis tanto la autonomía del derecho que lo presentaba como un universo separado de la política, como la supuesta autonomía de la cultura jurídica de las otras ciencias sociales. Dan testimonio de este fenómeno las numerosas revistas fundadas en esos años y cuyos títulos expresan este programa de revisión epistemológica y de superación de la separación entre el derecho, la política y la sociedad: “Política del derecho”, “Democracia y derecho”, “Cuál justicia”, “Materiales para la historia de la cultura jurídica”, “Derecho y sociedad”, “Crítica del derecho”, “Sociología del derecho”, “La cuestión criminal”, “De los derechos y de las penas”. Se trata de revistas jurídicas que, por primera vez, no se dirigen exclusivamente a juristas, sino a un público más amplio, y en las que abiertamente se persigue la integración entre la aproximación jurídica y la aproximación histórica, sociológica y económica; se privilegia la investigación empírica sobre la reflexión teórica y dogmática y; se afrontan temas nuevos, como las condiciones del trabajo en las fábricas, la tutela de los consumidores, la criminalidad de cuello blanco, el estado de las cárceles, los condicionamientos políticos de la jurisdicción y, posteriormente, de la informática, de la bioética y de la defensa del ambiente. El papel político de los juristas, tradicionalmente escondido detrás de la pantalla de la neutralidad científica, se hace explícito mediante su compromiso directo en la breve estación del reformismo italiano de los primeros años setenta: la institución de las Regiones y del referéndum abrogativo, el estatuto de los trabajadores y el nuevo proceso del trabajo, la introducción del divorcio y de la legislación del aborto, el nuevo derecho de familia, la reforma penitenciaria y la de los manicomios.

Resulta aún más radical la renovación que, en esos mismos años tiene lugar en la magistratura por el descubrimiento de la Constitución y por la conquista de la independencia, tanto externa como interna, producto de la instauración del Consejo superior de la magistratura en 1958 y como resultado de pequeñas pero decisivas reformas: la supresión en 1962 de los filtros políticos de las informaciones de policía en el reclutamiento de

los magistrados y la supresión en 1966 de la carrera interna. La *Associazione Nazionale Magistrati*,* suprimida por el fascismo y reconstituida después de la Liberación, se convierte a mediados de los años sesenta en el foro de un intenso debate sobre el papel de los jueces y sobre los fundamentos constitucionales de la jurisdicción⁷⁷ que terminó por romper la tradicional unidad corporativa del orden judicial. El fenómeno más significativo de aquellos años fue el nacimiento de la "Magistratura Democrática": una asociación de jueces que rechazaba abiertamente la vieja ideología de clase de la neutralidad en la aplicación de la ley y la rígida separación entre la casta judicial y el resto de la sociedad, que en los hechos se resolvía con su gravitación política y cultural en la órbita del poder. Los magistrados impugnaron vivamente los dos presupuestos principales de la ideología que reflejaba el viejo mito del carácter técnico y autónomo del

* Asociación Nacional de Magistrados. [N.T.]

⁷⁷ Amerita una mención la moción aprobada por el XII Congreso de la Asociación nacional de los magistrados italianos que tuvo lugar en Gardone en los días 25-28 de septiembre de 1965 sobre el tema "Función judicial y orientación política en la Constitución": "El congreso *afirma* que el problema de la orientación política en el ámbito de la función judicial no se plantea, obviamente, en términos de orientación política contingente que corresponde a las fuerzas políticas titulares de la función legislativa y ejecutiva, sino en términos de tutela de la orientación político-constitucional, porque la Constitución ha codificado determinadas decisiones políticas fundamentales, imponiéndole a todos los poderes del Estado, incluyendo al poder judicial al que, junto con el Jefe del Estado y la Corte Constitucional, le ha otorgado la tarea de garantizar el respeto; además, *subraya* que la correcta toma de conciencia de estos principios, por parte de los jueces, es necesaria para lograr una plena vigencia de la Constitución y; *afirma* que al juez le corresponde en una situación de imparcialidad y de independencia de toda organización política y centro de poder: 1) aplicar directamente las normas constitucionales cuando esto sea técnicamente posible ante el hecho controvertido concreto; 2) enviar al examen de la Corte Constitucional, también por oficio, las leyes que no correspondan, según el momento interpretativo, con el mandato constitucional; 3) interpretar todas las leyes en conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que representan los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal. El congreso de la Asociación de magistrados se declara definitivamente contrario a la interpretación que busca reducir la interpretación a una actividad puramente formal, indiferente al contenido y al impacto concreto de la norma en la vida del país. El juez debe ser consciente del alcance político-constitucional de su función de garantía para asegurar, sin rebasar los límites que implica su *subordinación a la ley*, una aplicación de la norma en conformidad con las finalidades fundamentales a las que aspira la Constitución."

derecho: la errada teoría de la interpretación que ignoraba las lecciones de Kelsen y de la filosofía analítica sobre el carácter inevitablemente discrecional de las decisiones interpretativas y, por lo tanto, de las opciones ético-políticas que las mismas implican; así como la errada teoría de las fuentes que ignoraba la ruptura que se dio en el ordenamiento con el conflicto virtual entre la Constitución y el viejo sistema legislativo que seguía siendo mayoritariamente fascista. Los magistrados también denunciaron con un radicalismo mayor al del ámbito académico, los vicios ideológicos de la cultura hasta ahora dominante en la magistratura: la presunción de la plenitud y de la coherencia; el mito de la certeza del derecho; la idea de la aplicación de la ley como operación técnica y mecánica; la desconfianza hacia la Constitución por ser un programa "político" o un ornamento ideológico; la solidaridad corporativa y la organización jerárquica del orden judicial basadas en la unicidad y en el carácter unívoco de las orientaciones jurisprudenciales custodiadas y promovidas por la Corte de casación.⁷⁸

Los resultados de esta nueva reflexión sobre la jurisdicción —como una tercera etapa imparcial, pero no neutral, e independiente a pesar (e, incluso, a causa) del carácter discrecional de las elecciones interpretativas, comenzando por la valoración de la constitucionalidad de las leyes— fueron esencialmente dos. En primer lugar, el desarrollo de una jurisprudencia que se llamó "alternativa",⁷⁹ y que simplemente pretendía hacer efectiva

⁷⁸ Cfr. el fascículo de *Il Ponte* del 31.7.1988, *La magistratura in Italia*, conformado por escritos de exponentes de "Magistratura democrática". Sobre el clima cultural de los años sesenta y setenta en el que surgió la experiencia del grupo, cfr. Costa, P., "L'alternativa 'presa sul serio': manifesti giuridici degli anni sessanta", en *Democrazia e diritto*, núm. 3, 1987, pp. 15-56. Véase también Barcellona, G. y Cotturri, G., *Stato e giuristi tra crisi e riforma*, Bari, De Donato, 1974; *Id.*, "Alle origini di Magistratura Democratica", en *Politica del Diritto*, núms. 5-6, 1975, pp. 685-700; *Id.*, "Diritto, giudici, sistema politico e giustizia", en Cotturri, G. y M. Ramat (editores), *Quali garanzie*, Bari, De Donato, 1983, pp. 5-32; P. Andrés Ibáñez, "Introducción a 'Magistratura Democrática'", en *Id.* (editor), *Politica y justicia en el estado capitalista*, Barcelona, Editorial Fontanella, 1978, pp. 7-25.

⁷⁹ Las fórmulas "jurisprudencia alternativa" y "uso alternativo del derecho" —esta última surgió como título de un Congreso entre juristas de izquierda, que tuvo lugar en Catania entre el 15 y el 17 de mayo de 1972 y, posteriormente, fue retomada en el títu-

la (por tanto tiempo olvidada) primacía de la Constitución sobre la legalidad viciada que había dado fundamento a las orientaciones jurisprudenciales dominantes en materia de derecho del trabajo, de delitos de opinión y sindicales, de libertad personal, de garantía de los intereses difusos, de tutela de la seguridad y de la salud en los lugares de trabajo y de protección del ambiente. El segundo resultado fue el desarrollo en toda la magistratura de una apariencia de independencia y de un nuevo sentido del papel del juez como garante de la legalidad ante los poderes fuertes, ya sean públicos o privados, que expresará su fuerza destructiva en la crisis del sistema político en los inicios de los años noventa.⁸⁰

6. LA CRISIS POLÍTICA Y CONSTITUCIONAL DE LOS AÑOS OCHENTA Y NOVENTA

La crisis de los viejos paradigmas liberales de la autonomía y de la despolitización del derecho y de la unidad y del carácter

lo de los dos volúmenes editados por P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1973-, más que un movimiento verdadero, expresan una actitud genérica de impugnación de la cultura jurídica tradicional. En su uso original, la primera de las fórmulas, sólo significaba jurisprudencia "alternativa" a las orientaciones jurisprudenciales dominantes que ignoraban a la Constitución y de las que buscaba impugnaba su presunto monopolio ideológico de la legitimidad jurídica y, al hacerlo, verter sobre de ellas una acusación de ilegitimidad. De hecho, más allá de su carácter polémico, se trató de una jurisprudencia que hoy llamaríamos "garantista" y que se caracterizaba por reconocer la supremacía de la Constitución en materia de interpretación y aplicación de la ley. El éxito de la segunda fórmula se debe a la distorsión de su significado, siendo que es difícil encontrar en los volúmenes que he citado, junto con las múltiples proclamaciones ideológicas y las numerosas indicaciones progresistas en las diferentes disciplinas jurídicas, justificaciones para las acusaciones de "derecho libre" o de infidelidad al derecho de las que es objeto. Sobre dichas fórmulas, Costa, P., *L'alternativa*, *op. cit.*, pp. 16-17 y 32 y ss.

⁸⁰ Cfr. Senese, S., "La magistratura italiana", en *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale. (Cenni storici e problemi)*, Actos del seminario realizado en Pisa el 28.4.1997, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 55-79; Bruti Liberati, E., "La magistratura dall'attuazione delle Costituzione agli anni novanta", en *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III/2, Turin, Einaudi, 1997, pp. 140-237.

científico de la doctrina jurídica no producirá nunca una alternativa hegemónica en la cultura jurídica y, mucho menos, en la política.

En los años ochenta, a la par de un lento proceso de restauración social y cultural, tuvo lugar una progresiva degeneración del sistema político. Esta degeneración se vinculó, por un lado, a la pérdida de proyección y de representatividad de los partidos políticos y a su creciente distanciamiento de la sociedad y, por el otro, al desarrollo de una ilegalidad estructural que se expresa con el crecimiento —detrás de la fachada legal de las instituciones representativas—, de un infra-estado clandestino, dotado de sus propios códigos y tributos, organizado en centros de poder ocultos y paralelos, orientado a la apropiación privada de lo público o, peor aún, coludido con poderes criminales y subversivos como mafias, *camorras*,* logias masónicas y servicios secretos desviados.

A esta crisis de la legitimidad de la política y, junto con ella de la legalidad ordinaria, se sumó un proceso paralelo de deterioro de la legalidad constitucional. La cultura jurídica progresista apenas había denunciado la falta de ejecución de la Constitución y el sistema político la consideraba un estorbo para el decisionismo gubernativo, o un obstáculo para la alternancia en el gobierno. Gracias a las propuestas socialistas de “gran reforma” en sentido presidencial, al debate agotador sobre las reformas institucionales que terminó con la introducción del sistema electoral mayoritario y, finalmente, a los pleitos que el Presidente de la República Cossiga, emprendió con los demás poderes del Estado; la Constitución italiana se convirtió en el principal enemigo del ataque generalizado. Ni siquiera algunos juristas se mantuvieron al margen de ese ataque en el que también desembocaron las ilusiones de aquellos que confían en que la innovación constitucional desbloqueará al sistema político y

* Se trata de sociedades u organizaciones secretas que, al igual que la mafia, realizan actividades delictivas. Tradicionalmente su sede geográfica se encuentra en Nápoles. [N.T.]

la fobia a las reglas de quienes no toleran, ya no a la Constitución de 1948, sino al constitucionalismo como sistema de límites y de vínculos a los poderes públicos. El resultado fue una descalificación de la Constitución que, cada vez más, se identifica con la carta de identidad de la vieja "primera República".

La cultura jurídica progresista no logró frenar dicha tendencia por múltiples y diversas razones. El paradigma constitucional y garantista propuesto, exigía que el sistema de partidos tuviera una concepción alta y proyectual de la política —como la que existió en los años de la Constituyente aunque, en aquella ocasión, haya sido la cultura jurídica la que no llegó a la cita— que era totalmente opuesta a la concepción voraz y mercantilista que terminó por consumir al propio sistema. Existe otra razón más profunda para explicar por qué la cultura jurídica no puede repetir el papel político que tuvo a finales del siglo xix y principios del xx en la formación del sentido común del derecho y del Estado. Ese papel estaba intrínsecamente vinculado con la lógica del paradigma pandectístico que postulaba la autonomía del derecho y la imagen despolitizada y unitaria del saber jurídico que el montaje de la Constitución y el giro cultural de los años sesenta habían arrasado definitivamente. En una paradoja aparente, fue precisamente el descubrimiento de la dimensión política del derecho y de la ciencia jurídica lo que sustrajo a los juristas su antigua autoridad y credibilidad con lo que el papel político que desempeñaban como constructores de imágenes "científicas" —en realidad ideológica—, en torno al derecho y a sus instituciones, quedó neutralizado. Ciertamente, durante los años ochenta, los juristas ven aumentado su espacio en la escena política. Pero dicho espacio es de tipo técnico —como asesores del príncipe— o inmediatamente político, con lo que se anula el espacio supra-político que la ciencia jurídica liberal había conquistado (en su calidad de disciplina pedagógica y normativa) ante las clases dirigentes y éstas, también en parte por este motivo, comienzan a perder todo sentido del derecho y del Estado.

Por último, no debe olvidarse que la cultura constitucional y garantista siempre ha sido (también entre los juristas) una cul-

tura de minoría y de oposición. Por ello, uno de los efectos relevantes de la crisis de los viejos paradigmas (sin que los nuevos hayan logrado sustituirlos) fue la ruptura de la homogeneidad política y cultural de la comunidad de juristas, que durante un siglo había sido la prueba de su neutralidad y credibilidad como depositaria de ciencia y de técnica institucional. Como resultado entran en crisis las relaciones entre la cultura jurídica, la legislación y la jurisdicción. La primera, pierde su función de guía de las segundas y, también a causa de la ruina de los estudios universitarios, entran en crisis la autoridad científica y la capacidad para plantear sistemáticamente y solucionar técnicamente los problemas. La legislación, abandonada a sí misma, pierde rigor técnico, racionalidad y coherencia y, con el caos normativo, se agrava la crisis del método sistemático. La jurisdicción que, a pesar de todo aumenta su relevancia política y consolida su función como defensora de la legalidad, terminó redescubriendo la vieja intolerancia con la crítica y, debido al estado de emergencia permanente en el que tiene que operar, sus propias vocaciones antigarantistas y autoritarias.

En estas condiciones, la cultura garantista se ve limitada a un papel de defensa y de simple testimonio. Ciertamente, durante la etapa de las impugnaciones, la cultura jurídica no agotó su capacidad proyectista sino que logró desarrollarla. Da testimonio la propuesta de un nuevo paradigma del derecho y la ciencia jurídica: el constitucionalismo que, como un connotado estructural de la democracia, hace propia la ruptura entre deber ser y ser del derecho positivo; es decir, la ruptura entre los modelos axiológicos y constitucionales y su práctica efectiva en la legislación y en la jurisdicción. Además, confía en la ciencia jurídica una función crítica ante el derecho vigente inválido y un papel de proyección del derecho válido y de sus garantías. Pero este paradigma no ha entrado en el sentido común: lo que se ha afirmado es una idea de la democracia como omnipotencia de la mayoría y de desregulación del mercado que es diametralmente opuesta al sistema de límites y contrapesos diseñado por la Constitución. Sin embargo, este paradigma tiene una ventaja

sobre los paradigmas estatistas del pasado. El garantismo y el constitucionalismo no proponen simplemente imágenes del derecho y del Estado, sino también la imagen de la democracia, en una perspectiva mucho más compartible, normativamente impuesta por los principios constitucionales de libertad y de justicia.

EL JUICIO PENAL*

1. EL JUICIO JURISDICCIONAL COMO SABER-PODER. VERDAD Y LEGITIMACIÓN

El juicio jurisdiccional —esto es, el producido por sujetos a quienes se encomienda el ejercicio de funciones jurisdiccionales a través de procedimientos específicos denominados “procesos”, sean éstos civiles, penales, administrativos o constitucionales— tiene dos características específicas. La primera, es que su objeto lo constituyen actos humanos consistentes en violaciones de normas jurídicas: ya se trate de ilícitos penales, como en el caso del juicio penal, o de ilícitos civiles o administrativos o de contratos o actos inválidos, como en el caso de los otros juicios jurisdiccionales. La segunda característica, es que produce efectos jurídicos en la esfera del sujeto al que se imputan los actos juzgados: ya sea la sanción por un acto ilícito o la anulación de un acto inválido.

La primera de las características hace de este juicio un acto teórico, fruto de la comprobación de los hechos y del derecho, y por tanto de una actividad al menos tendencialmente cognoscitiva; la segunda hace de él una decisión práctica que, por los

* Traducción de Marina Gascón.

efectos que puede producir, equivale al ejercicio de un poder. En una palabra, puede decirse que el juicio jurisdiccional es siempre un saber-poder: más exactamente, jurisdicción; o sea, enunciación de lo que el derecho ordena. La dimensión del "poder" lo distingue de todos los demás juicios; la del "saber" lo distingue de todas las demás decisiones jurídicas.

Es este nexo entre saber y poder lo que constituye el rasgo distintivo de los juicios emitidos por órganos jurisdiccionales. Los juicios teoréticos no jurídicos nunca tienen carácter normativo y vinculante: son juicios no coercitivos y, en todo caso, carentes de efectos en la esfera jurídica de sus destinatarios. Por otro lado, las decisiones jurídicas no judiciales nunca consisten en juicios teoréticos, sino en el ejercicio de poderes más o menos discrecionales legitimados por los intereses en función de los cuales se ejercen: ya se trate del interés de sus autores, como sucede en los negocios privados, que son un ejercicio de la autonomía privada; o del interés público, como en el caso de las leyes y de las resoluciones administrativas con las que se realizan las demás funciones públicas. Las decisiones judiciales, por el contrario, están legitimadas únicamente por el grado de "verdad judicial" —cualquier cosa que se entienda con esta problemática expresión que utilizo por el momento sin ulteriores connotaciones— de las motivaciones sobre las que se basan: por ser, en otras palabras, no legislación, sino justamente jurisdicción; o sea, afirmación del derecho.

Se comprende así cómo el problema de la verdad en la jurisdicción no es sólo un problema epistemológico, quizá el más difícil e importante problema epistemológico de la ciencia jurídica. Es también un problema de filosofía política y de teoría del derecho; más exactamente, un problema de teoría del garantismo. Existe, en efecto, un vínculo entre verdad judicial, garantías penales y procesales y legitimación de la jurisdicción. Precisamente porque en un Estado de derecho la actividad jurisdiccional, a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, es una actividad cognoscitiva además de práctica y prescriptiva, requiere, como justificación de las decisiones en las que se expresa, una *moti-*

vación de la aceptación de sus presupuestos como “verdaderos”, aunque sea en el sentido relativo y aproximativo que más adelante precisaré. Las leyes, los reglamentos, las resoluciones administrativas y los negocios privados son actos exclusivamente prescriptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende de que se respeten las normas sobre su producción y cuya legitimación política depende de la autonomía o de la representatividad de sus autores, o de su conveniencia o concordancia con los intereses representados, pero desde luego no de premisas, de hecho o de derecho, asumidas como “verdaderas”.

Las sentencias, en cambio, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos de los hechos y reconocitivos del derecho, de cuya verdad, jurídica y fáctica, depende tanto su *validez* o legitimación jurídica (o interna o formal), como su *justicia* o legitimación política (o externa o sustancial). Podemos expresar esta específica naturaleza de la jurisdicción respecto a cualquier otra actividad —teórica o práctica, jurídica o extrajurídica— afirmando que ésta se configura esencialmente como aplicación de las normas cuya violación comprueba. Ninguna otra actividad teórica está subordinada a normas. Y ninguna otra actividad jurídica es una actividad de comprobación. Es en esta función de aplicación de la ley a hechos o situaciones “comprobadas” donde reside la diferencia y separación entre jurisdicción, de un lado, y administración y política de otro. No hay jurisdicción donde no hay una comprobación de hechos y de derecho. Así como no hay política ni administración en ausencia de discrecionalidad dentro del respeto a (y no ya en aplicación de) la ley.

Ésta es la razón por la que, en contraste con otros poderes públicos, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo de tipo racional y legal. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, podemos decir a propósito del fundamento de la jurisdicción, invirtiendo el principio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*, que vale por el contrario para la legislación. No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda a la voluntad o al interés de la

mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o convalidar un error cometido en perjuicio de un ciudadano. Y ningún consenso político —del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública— puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no agregan nada a la legitimidad de la jurisdicción, pues ni la voluntad o el consenso o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden convertir en verdadero lo que es falso, o viceversa.

Es en el campo del derecho penal donde este vínculo entre verdad, legalidad y justicia de los juicios es más estrecho y trasparente, y fue por ello explicitado por la filosofía ilustrada al comienzo de la edad moderna como fundamento de la jurisdicción en el Estado de derecho. Y es que es precisamente la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de la jurisdicción lo que permite garantizar en materia penal ese específico derecho fundamental que es la inmunidad de la persona inocente frente a castigos arbitrarios. Es más, puede afirmarse que el problema de la verdad en el juicio penal no es otro que el de las garantías del imputado frente al arbitrio de los jueces. Un modelo penal garantista se caracteriza, en efecto, como un conjunto de técnicas que, en el plano legal, aseguran la verificabilidad y la refutabilidad empírica de las hipótesis de delito (por ejemplo, “Ticio ha cometido tal homicidio”) y, en el plano procesal, exigen su verificación por parte de la acusación y permiten su refutación por parte de la defensa. Por el contrario, puede decirse que un sistema penal carece de garantías si no incorpora controles de verdad y de falsedad, bien sea porque las hipótesis acusatorias son formuladas en términos valorativos que las hacen irrefutables (por ejemplo, “Ticio es un enemigo del pueblo”, o “tal cosa es obscena”), o bien porque no se concede a la defensa el derecho a refutarlas.

La alternativa entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal puede ser concebida, sobre esta base, como una alternativa epistemológica entre dos modelos teóricos contrapuestos de motivación judicial: uno cognoscitivistista y convencionalista,

porque se funda (prevalentemente) en conocimientos —de hecho y de derecho— expresados por proposiciones asertivas de las que puede predicarse la verdad y la falsedad; el otro, decisionista y sustancialista, porque se funda (prevalentemente) en decisiones o valoraciones expresadas por proposiciones prescriptivas o valorativas, y como tales ni verdaderas ni falsas. En la práctica, naturalmente, estos modelos se encuentran inevitablemente entrelazados, aunque sólo sea por la dimensión valorativa y decisionista que siempre interviene en toda actividad de conocimiento empírico. En efecto, también en el plano epistemológico, con referencia sólo a su dimensión cognoscitiva, puede reiterarse que el juicio penal es siempre, de hecho, un “saber-poder”, es decir, una suma de aserciones y decisiones. En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el saber, tanto menor es el poder y tanto mayor la legitimación del juicio; y viceversa. En el modelo ideal de la jurisdicción, tal como fue concebido por Montesquieu, el poder es “nulo”; en la práctica suele ocurrir que lo nulo es el saber. Entre los dos extremos se sitúan los diversos sistemas penales concretos.

El gran mérito del pensamiento ilustrado, más allá de su ingenuo optimismo epistemológico, fue el reconocimiento de estos nexos entre garantismo, convencionalismo legal y cognoscitivismo judicial, de un lado, y entre despotismo, sustancialismo extra-legal y decisionismo judicial, de otro. “Donde las leyes son claras y precisas —escribió Beccaria— el oficio de juez no consiste más que en comprobar hechos,” y sus “sentencias consisten en simples aserciones o negaciones de hechos particulares”.

Naturalmente, las leyes nunca son del todo “claras y precisas” y la comprobación de los hechos nunca proporcionará una certeza absoluta. Sin embargo, la tesis que aquí sostendré es que los nexos arriba indicados siguen siendo válidos pese a la imposibilidad epistemológica de un perfecto cognoscitivismo judicial. Aunque el modelo ilustrado del juicio penal como silogismo perfecto sea una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico, conserva, sin embargo, un indiscutible valor teórico y normativo. Bajo dos condiciones. La primera, es que se lo conciba como un “modelo límite” o “ideal” o “regulativo”, nunca

plenamente alcanzable, sino sólo aproximable a causa de los límites intrínsecos de los criterios de comprobación de la verdad procesal. La segunda, es que se identifiquen las garantías idóneas para reducir tales límites y para realizar las condiciones en presencia de las cuales ese modelo puede ser *más o menos* satisfecho.

2. SIGNIFICADO Y CRITERIOS DE VERDAD GARANTÍAS PENALES Y GARANTÍAS PROCESALES

Obviamente no afrontaré aquí los enormes problemas conectados a la definición del significado de “verdad procesal”. Diré sólo, insistiendo en una tesis que he sostenido otras veces en el debate de estos años, que en ningún otro campo como en el del juicio penal se revela tan fecunda, para la definición de “verdad procesal”, la noción semántica de “verdad” como *correspondencia* propuesta hace más de 60 años por Alfred Tarski; y me apresuro a precisar, para evitar equívocos y malentendidos, que tal noción no es alternativa a la idea convencionalista de la verdad como *coherencia* o como *aceptabilidad* pragmáticamente justificada. En efecto, mientras la “correspondencia” es sólo el significado —más aún, *el único significado*— del término “verdadero” utilizado como predicado de aserciones, la “coherencia” y la “aceptabilidad” justificada son sólo los criterios —más aún, *los únicos criterios*— de que disponemos para aceptar una proposición como verdadera. En otras palabras, correspondencia y coherencia son nociones asimétricas. Decir que el término “verdadero” asociado a la aserción de un hecho significa que ésta se corresponde con lo que ha sucedido, no sólo es compatible, como dice Tarski, con cualquier concepción del mundo y del conocimiento —realista, idealista, fenomenológica, escéptica—, sino que no nos dice absolutamente nada sobre los criterios de verdad, es decir, sobre las condiciones de aceptación de una aserción como verdadera; y decir que aceptamos una tesis como verdadera “por lo que sabemos”, o sea sobre la base de los criterios de la coherencia entre las informaciones de que dispone-

mos y de la justificación de su relevancia y fiabilidad, no nos dice absolutamente nada sobre el significado del término "verdadero": cuando pedimos a un testigo que diga la verdad no le estamos pidiendo que sea coherente o persuasivo, sino que cuente lo que ha sucedido.

Por eso la teoría semántica u objetiva del significado de la verdad como correspondencia es tan esencial al garantismo, como la subjetiva de los criterios de verdad de la coherencia y de la aceptabilidad justificada: si la segunda permite fundar el sistema de las *garantías procesales*, la primera permite fundar el sistema de las *garantías penales*, principalmente la taxatividad de las figuras de delito. Más exactamente, la primera teoría —la objetiva o semántica—, al definir el significado de "verdad" nos indica las *condiciones de uso* del término "verdadero", que pueden ser identificadas con la verificabilidad y con la refutabilidad de las hipótesis acusatorias, aseguradas a su vez por la predeterminación legal de las figuras de delito en términos unívocos y taxativos. La segunda teoría —la subjetiva de la coherencia y de la aceptabilidad justificada— establece, en cambio, las *condiciones de aceptación* de esa misma hipótesis como "verdadera" o de su rechazo como "falsa", que pueden ser identificadas con su coherencia con el material probatorio recogido a través del *modus ponens* —o sea, con un número plausible de confirmaciones de la hipótesis acusatoria y de desmentidos de otras hipótesis explicativas alternativas a ella— o, al contrario, con su incoherencia con el mismo material a través del *modus tollens* —o sea, incluso sobre la base de una sola contraprueba.

Es claro que el conocimiento alcanzado con estos criterios no es ni objetivo, ni cierto, sino, al contrario, sólo opinable y probable a causa de los juicios de valor y de las decisiones que intervienen tanto en la interpretación de la ley, como en la valoración de las pruebas. Pero la discrecionalidad producida por tales valoraciones y decisiones puede ser reducida. Y es justamente en las técnicas idóneas para reducirla en lo que consiste el conjunto de las garantías, tanto penales como procesales, todas las cuales se enderezan a asegurar la naturaleza cognoscitiva del

juicio mediante reglas sobre la semántica del lenguaje legal y del jurisdiccional.

De manera más precisa podemos caracterizar las *garantías penales* como las técnicas que, en el plano legal, aseguran al máximo la comprobación de la *verdad jurídica*, o sea garantizan la *verificabilidad* y la *refutabilidad* de las figuras de delito definidas por la ley, vinculando al legislador a satisfacer las condiciones de uso del término "verdadero". La más importante de ellas es la garantía de la *estricta legalidad*, que puede ser concebida como una meta-norma semántica de formación del lenguaje de las normas penales que impone al legislador el uso de términos dotados de intensidad lo más precisa posible y, por tanto, de extensión lo más determinada posible, de manera que puedan usarse en proposiciones judiciales plausiblemente "verdaderas" como predicados de los hechos empíricos por ellos denotados. Por lo demás, es evidente que la taxatividad de las denotaciones penales, asegurada por la estricta legalidad, implica su referencia a hechos empíricos determinados y representa, por ello, el presupuesto de todas las demás garantías penales: como la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la responsabilidad del autor.

Podemos, en cambio, caracterizar las *garantías procesales* como aquellas que, en el plano jurisdiccional, aseguran al máximo la comprobación de la *verdad fáctica*, o sea, garantizan la *verificación* por parte de la acusación y la *refutación* por parte de la defensa de las concretas hipótesis acusatorias, estableciendo para ello los criterios de coherencia y justificación o, si se quiere, las condiciones para su aceptación como verdaderas:

a) ante todo, que haya una pluralidad de confirmaciones por *modus ponens*, mediante lo cual se satisface la *carga de la prueba*;

b) en segundo lugar, que no exista ni una sola confutación por *modus tollens*, con lo que resulta ejercido el *derecho de defensa*;

c) en tercer lugar, que se desmientan las hipótesis explicativas alternativas a aquéllas con las que viene justificada la *motivación*.

Así pues, las garantías penales y procesales no son sólo garantías de inmunidad del ciudadano frente al arbitrio judicial. Son también garantías de verdad. Las primeras, de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto; las segundas, de la verificación y refutación en concreto de una hipótesis acusatoria. Naturalmente, por muy perfeccionado que esté el sistema de las garantías, sigue habiendo límites intrínsecos irreductibles para la comprobación de la verdad procesal, que hacen de ella una verdad "relativa" y "aproximativa" respecto al modelo ideal de la correspondencia: el carácter siempre probabilístico de la inducción probatoria que conduce a la *verdad fáctica*, el carácter en todo caso opinable de la interpretación judicial y por tanto de la *verdad jurídica*, la subjetividad del juicio y de las fuentes de prueba, las ficciones y presunciones legales que introducen elementos de autoridad en la comprobación jurisdiccional.

Sin embargo, frente a las actitudes escépticas, que en nombre de la imposibilidad de una verdad absoluta terminan inevitablemente por favorecer el irracionalismo y el decisionismo judicial, debemos reconocer que el conocimiento jurídico presenta una ventaja respecto al de otras disciplinas: sus condiciones de sentido y de control, o sea el propio objeto de nuestro discurso epistemológico, dependen también de nosotros, pues el discurso del legislador en el que este objeto consiste es en buena parte, en su dimensión semántica y en los criterios pragmáticos de su aplicación, tal y como lo han pensado y construido los propios juristas. De ahí deriva una específica responsabilidad civil y política, además de científica, de la cultura jurídica: ante todo en la construcción de una adecuada epistemología normativa capaz de predisponer y de imponer al legislador tanto las condiciones semánticas, como las de control de la verdad (aunque sea aproximativa) de las tesis judiciales, o sea el sistema de garantías penales y procesales; en segundo término, en la crítica analítica, tanto en el plano epistemológico como en el jurídico, de las normas y de las prácticas inquisitivas que frustran aquellas condiciones al lesionar las garantías.

3. GARANTÍAS PENALES Y PRINCIPIO DE ESTRUCTA LEGALIDAD

Desgraciadamente debemos reconocer que el modelo normativo aquí ilustrado, de la jurisdicción como actividad cognoscitiva de aplicación de la ley, es un modelo teórico (y normativo) clamorosamente desmentido (y violado) en la práctica por la existencia de grandes espacios de discrecionalidad generados por el fuerte déficit de garantías de nuestro sistema judicial: de *garantías penales*, a causa de la inflación legislativa y de la indeterminación semántica de los tipos penales que, en contraste con el principio de estricta legalidad, han abierto espacios incontrolables de discrecionalidad a la intervención penal; y de *garantías procesales*, a causa del desajuste producido en nuestro proceso acusatorio tras las intervenciones de emergencia de 1992, que han desequilibrado el proceso reforzando enormemente el papel de la acusación en perjuicio de la defensa, y el de las investigaciones preliminares respecto al debate. De ello derivan intromisiones y conflictos entre poderes que desde hace años dividen a la opinión pública en nuestro país con la lógica de las facciones en lucha, emponzoñan el debate sobre la justicia, impiden la discusión racional y pueden terminar envolviendo en un descrédito general a nuestras instituciones.

El primer factor de crisis de nuestro modelo afecta de lleno a las *garantías penales*, o sea, a la idoneidad misma de la ley penal para garantizar la sujeción del juez a la ley y el carácter cognoscitivo del juicio. Las garantías penales, en efecto, son las reglas que imponen al legislador límites y vínculos en la configuración de los tipos penales: ante todo, su estricta legalidad o determinación o taxatividad; en segundo término, la lesividad del resultado, la materialidad de la acción y la culpabilidad del autor. Pues bien, todas estas reglas son manifiestamente violadas por nuestra legislación, cuya inflación, obscuridad, indeterminación y vaguedad han disuelto en la práctica el nexo aquí ilustrado entre verdad, legalidad y semántica del lenguaje penal como condición de la certeza del derecho y de la sujeción del juez a la ley.

Es en efecto evidente que este desajuste producido en la legalidad penal retroactúa sobre la jurisdicción, comprometiendo su naturaleza cognoscitiva como actividad de comprobación de la verdad procesal y de aplicación de las leyes violadas a los hechos comprobados. El presupuesto del carácter cognoscitivo del juicio es que el significado de las palabras con que calificamos el hecho que constituye su objeto venga exactamente determinado. Como escribió Hobbes hace ya más de tres siglos, sabremos que un determinado hecho es un hurto sólo si sabemos con relativa exactitud “qué se entiende por hurto” en la ley. La verificación y refutación fáctica suponen pues la verificabilidad y refutabilidad jurídica. Podemos verificar que Ticio ha cometido un hurto porque disponemos de una definición relativamente taxativa de hurto. Pero no podemos verificar ni refutar que Ticio ha cometido abuso en el ejercicio de cargo, o maltratos, o actos obscenos, o, peor aún, que es un enemigo del pueblo, puesto que tales tipos de desviación son completamente indeterminados y admiten, no ya juicios de verdad, sino juicios éticos o políticos o estéticos, y como tales ni verdaderos ni falsos. Ni podemos pretender que la jurisdicción sea “aplicación de la ley violada” si el cúmulo de leyes penales es tal que hacen que eso resulte imposible y, de hecho, la confían a la discrecionalidad judicial.

Hoy, por tanto, es la refundación de la legalidad penal, mediante una reforma del código penal que ponga fin al caos normativo, la única respuesta racional a la crisis de nuestra justicia penal capaz de restablecer los límites entre jurisdicción y legislación, o sea entre justicia y política. Ello es así porque estos límites —es decir, la distinción de la que he hablado al principio, consistente en la naturaleza cognoscitiva del juicio y discrecional de la política y de la administración— resultan alterados precisamente por el desajuste de la legalidad penal, que por tanto está en el origen de las recíprocas intromisiones entre política y justicia así como de los enfrentamientos y de las contiendas institucionales que desde hace años dividen a políticos y jueces, a derecha e izquierda, a magistrados y abogados. Y la refundación de la legalidad penal es una tarea de la política. Hay de

hecho una aparente paradoja en el valor político del principio de estricta legalidad penal. La legislación podrá realizar la reserva absoluta de ley en materia penal, que está precisamente entre sus prerrogativas constitucionales y en el principio de división de poderes, en la medida en que no sea sólo condicionante, sino también condicionada: en otras palabras, en la medida en que se subordine a la obligación constitucional de la taxatividad de los tipos penales. Y a la inversa, los jueces estarán tanto más dotados de poderes discrecionales tendencialmente invasores de competencias políticas, cuanto más indeterminados sean los tipos penales.

En suma, el único instrumento capaz de asegurar una *actio finium regundorum* entre política y justicia, entre administración y jurisdicción, así como de restablecer la legitimación jurídica de una y otra, es ni más ni menos —hoy y siempre— el principio de estricta legalidad penal, o sea la taxatividad, la claridad y la certeza de las figuras de delito: en una palabra, el modelo garantista de derecho penal mínimo. Únicamente la estricta legalidad, como se ha mostrado, permite asegurar la sujeción del juez *sólo* a la ley, reducir la discrecionalidad de jueces y fiscales, salvaguardar de manera estable su independencia, y al mismo tiempo la recíproca separación de poderes. Y el hecho de que esta sea la vieja receta ilustrada, no la hace menos válida. El hecho de que todo esto fuese verdadero hace dos siglos, cuando la codificación hizo posible el paso del arbitrio de los jueces en el derecho premoderno al estado de derecho, no lo hace menos verdadero hoy en día, cuando la inflación legislativa ha hecho en la práctica retroceder nuestro sistema penal al derecho premoderno. Si acaso, hoy —que a aquella “jurisprudencia de jueces desordenados” denunciada por Hobbes hace tres siglos como fuente de arbitrio y de inseguridad se añade esa legislación de legisladores desordenados que se expresa en la inflación legislativa— debemos reconocer que el principio de legalidad y la reserva de ley en materia penal ya no es suficiente. Y que una refundación de la legalidad penal, como he sostenido otras veces en estos años, sólo es hoy posible añadiendo un principio de legalidad reforzada: *la reserva de código*, en virtud de la cual

todo el sistema de delitos y penas debería estar previsto en un solo código y no debería introducirse ningún otro delito o pena si no es a través de una reforma del código.

Así pues, derecho penal mínimo y garantismo son, tanto desde el punto de vista de la política como de la justicia, de la legislación como de la jurisdicción, las únicas respuestas posibles, y hoy totalmente inexistentes, a la crisis de legitimidad en la que una y otra están inmersas y a los indebidos desbordamientos de la jurisdicción que tanto se lamentan. Y ello porque las garantías penales y procesales son precisamente no sólo las técnicas que limitan los poderes de los jueces, sino también las que los aferran a su función cognoscitiva. Piénsese, por ejemplo, en el abuso que se ha hecho durante estos años de ese tipo penal que es "el abuso en el ejercicio de función o cargo público", que corresponde a una norma en blanco, que prácticamente permite a la magistratura censurar cualquier acto de la administración pública; con toda la arbitrariedad, los abusos y los conflictos que es fácil imaginar. Es evidente que sólo una revisión de tales delitos, que respete el principio de taxatividad penal, puede suprimir el arbitrio de los jueces en la creación o, por lo menos, en la integración práctica de los tipos penales, y reducir el actual carácter decisionista, más que cognoscitivo, de su actividad. Pero también es evidente que sólo tal revisión, acompañada de una drástica despenalización, podrá realizar, además de la certeza del derecho, la primacía de la ley, y por tanto de la política, en la definición de los delitos y, al propio tiempo, restituir a la intervención penal su carácter de *extrema ratio*.

4. GARANTÍAS PROCESALES Y PRINCIPIO DE ESTRICTA JURISDICCIONALIDAD

No menos grave y urgente es el problema de las *garantías procesales*, que hacen referencia a la verdad fáctica y a la corrección del razonamiento probatorio y que, a diferencia de las garantías penales que son reglas dirigidas al legislador, éstas son reglas dirigidas al juez y a los demás actores del proceso.

Como he indicado, las garantías procesales no son más que la traducción en reglas jurídicas de elementales criterios epistémicos de verificación y refutación empírica, es decir, de criterios o reglas de la inducción empírica: la carga de la prueba de la hipótesis acusatoria no es otra cosa que la carga de producir confirmaciones empíricas que permitan aceptarla como verdadera; la comunicación al imputado en forma clara y precisa de los hechos que se le atribuyen y el derecho de la defensa al contradictorio, no son más que el sometimiento a prueba de la misma hipótesis acusatoria mediante su exposición a las confutaciones y a las contrapruebas producidas por la defensa; y, en fin, la imparcialidad del juez respecto a las partes en conflicto, la publicidad y la oralidad del rito procesal, la obligación de motivar todas las resoluciones judiciales y la pluralidad de grados de la jurisdicción, no son otra cosa que reglas que aseguran la honestidad intelectual del juez y del fiscal, su independencia de juicio y los controles sobre sus eventuales errores y abusos.

¿Pero qué significa afirmar que las reglas del razonamiento probatorio no son más que las reglas de la inducción empírica? Significa, ante todo, asumir con plena conciencia que la verdad fáctica, alcanzada a través de las pruebas, es sólo una verdad probabilística; y, por tanto, desterrar, por contraria a la deontología del juez –pero también del fiscal– la ilusión de poder alcanzar, y de haber alcanzado alguna vez, la verdad absoluta. La certeza objetiva y la verdad absoluta, como ya se asume pacíficamente en la epistemología contemporánea, son, en efecto, imposibles en materia de conocimiento empírico o fáctico. Al contrario de lo que sucede con la verdad lógica, la verdad empírica –la asociada a las leyes científicas o a las tesis historiográficas o a las judiciales– es siempre una verdad más o menos probable.

Insisto en esta tesis, a mi juicio esencial para fundar la “prudencia” de los juicios, o sea su “juris-prudencia”, que siempre debe dejar espacio a un margen de duda sobre la verdad de una hipótesis acusatoria. Y ello porque, si es verdad que ni siquiera en la ciencia empírica podemos hablar nunca de certeza

absoluta, la inseguridad y la duda deben informar la costumbre intelectual y moral de cualquier actividad de investigación empírica. Recordemos la hipótesis escéptica formulada por Bertrand Russell para explicar la naturaleza de la verdad empírica y del razonamiento inductivo, y convertida en un *topos* clásico de la literatura epistemológica: se trata de la hipótesis, lógicamente posible y empíricamente no confutable de manera definitiva, de que “el mundo ha comenzado a existir hace cinco minutos y ha surgido exactamente como ahora es, con una población que “recuerda” un pasado completamente irreal”. Por más que resulte absolutamente inverosímil, una tesis semejante bien podría ser verdadera: bien podría ser verdadero que el mundo ha nacido hace cinco minutos, con todas nuestras diversas edades, con todos nuestros recuerdos y con todos los repertorios de un pasado imaginario. Esto quiere decir que una tesis empírica nunca puede ser “demostrada”. Como mucho, puede ser confirmada por *modus ponens*: o sea, a través de un razonamiento que –a diferencia del antiguo método de las pruebas legales, con las que las tesis acusatorias se deducían a partir de las pruebas recogidas– asume la hipótesis acusatoria (por ejemplo, “Ticio ha matado a Cayo”) no ya como conclusión, sino como premisa de una deducción que tiene como segunda premisa una máxima de experiencia (por ejemplo, siempre que una hipótesis es verdadera y existen varios testigos oculares de los hechos a que se refiere, éstos la describen concordando en los mínimos detalles) y que concluye con la confirmación ofrecida por las pruebas (varios testigos oculares refieren que Ticio ha matado a Cayo concordando en los mínimos detalles). Tal razonamiento no demuestra la hipótesis, sino sólo una confirmación particular de la misma.

Pues bien, la carga de la prueba no es más que la carga de producir confirmaciones. Pero una confirmación no equivale a una demostración, puesto que está siempre abierta la posibilidad de que sea compatible con una hipótesis empírica distinta: un testimonio bien podría ser impreciso, o no fiable, o no relevante, o, en cualquier caso, concordar con una explicación del mismo distinta a la ofrecida por la hipótesis acusatoria. Por eso

una hipótesis acusatoria debe admitir una pluralidad de confirmaciones independientes entre sí. Y por eso el principio establecido por el párrafo 4, del art. 192 del código de procedimientos, que exige que las declaraciones del coimputado sean “valoradas junto con otros elementos de prueba que confirmen su fiabilidad”, enuncia en realidad un principio general de la lógica inductiva que no sólo sirve para la valoración de las declaraciones de los arrepentidos sino que atañe a todo el razonamiento probatorio. Y ello porque una tesis empírica, si es verdadera, es siempre una verdad fecunda, capaz de producir una pluralidad de confirmaciones. Pensemos en las novelas policíacas y en los razonamientos probatorios por ensayo y error. Cuando finalmente el investigador descubre la “verdad”, entonces no sólo todos los detalles, todo el material probatorio cuadra con ella, sino que emergen nuevos detalles y nuevos elementos para su confirmación.

Un discurso totalmente contrario debe hacerse, en cambio, para la refutación. Aunque la verdad de una tesis empírica no sea demostrable, porque las pruebas recogidas y consideradas verdaderas siempre son compatibles con su negación, bien puede ser demostrada su falsedad por *modus tollens* sobre la base de contrapruebas consideradas verdaderas: o sea, según un esquema de razonamiento que tiene como premisas una máxima de experiencia (por ejemplo, “si Ticio ha apuñalado a Cayo, entonces se encontraba en el lugar del delito”) y la contraprueba (por ejemplo, la coartada: “Ticio no se encontraba en el lugar del delito en el momento del delito”), y como conclusión, por *modus tollens*, la negación de la hipótesis (“es falso que Ticio haya apuñalado a Cayo”).

En suma, el esquema de la inducción probatoria consiste en inferir deductivamente, no ya las hipótesis a partir de las pruebas recogidas, como pretendía el sistema inquisitivo de las pruebas legales, sino –viceversa– las pruebas a partir de las hipótesis por *modus ponens*, o la negación de las hipótesis a partir de las contrapruebas por *modus tollens*. Bajo este aspecto, el método probatorio es idéntico al de la inducción científica. También en la inducción científica son necesarias las confirmaciones, que sin

embargo no “demuestran”, sino que sólo apoyan plausiblemente la hipótesis. Y también aquí basta una sola contraprueba para que la teoría entre en crisis. Con una diferencia: que en la investigación científica se justifica una mayor resistencia de las teorías, las cuales consisten en sistemas complejos de tesis ampliamente corroboradas por la experiencia pasada, que para ser refutadas requieren que se produzca una teoría alternativa o, por lo menos, una corrección de las mismas (la teoría einsteiniana de la relatividad, por ejemplo, como alternativa a la newtoniana); en cambio, como la hipótesis acusatoria es una tesis singular, sobre un hecho singular del pasado, por lo general acompañada por la presunción de falsedad, o sea de no culpabilidad, para refutarla basta con introducir una duda por medio de una contraprueba (en suma, no es necesario ser Einstein). En este punto, la inducción probatoria se asemeja más bien a la historiográfica y, más aún, a la diagnosis clínica, que versan también sobre hechos singulares del pasado.

Así pues, el esquema de la inducción probatoria se articula en tres momentos: la búsqueda de las confirmaciones necesarias y suficientes para eliminar la duda subjetiva y para fundar la libre convicción, aunque desde luego no para demostrar una verdad objetiva; la exposición de la hipótesis acusatoria a las contrapruebas, capaces, si fueran fiables, de refutarla con certeza objetiva; y, en fin, la confutación de las hipótesis explicativas plausibles alternativas a la acusatoria.

Es fundamental que los jueces y fiscales sean conscientes de la necesidad de estos tres momentos; y ello, por dos razones. En primer lugar, porque sugieren el esquema de la motivación. La motivación de una condena debe precisamente documentar todos los argumentos inductivos sugeridos por el modelo nomológico-deductivo de la explicación causal: la pluralidad de confirmaciones, la ausencia de contrapruebas y la ausencia de plausibles hipótesis explicativas del material probatorio alternativas a la hipótesis acusatoria. Se trata, por así decirlo, de una garantía de segundo grado, respecto a las garantías más propiamente epistémicas. Ella expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo

en derecho a la *estricta legalidad*, y en los hechos a la *prueba* de la hipótesis acusatoria. Es gracias a la motivación como las decisiones jurídicas resultan apoyadas, y por tanto legitimadas, por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la "validez" de las sentencias resulta condicionada a la "verdad", aunque sea relativa, de sus argumentos; y como, en fin, el poder jurisdiccional no es ese "inhumano poder" puramente potestativo, como lo llamó Francesco Carrara, de la justicia del *cadi*, sino que está fundado en el "saber", también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable, tanto por el imputado y por su defensa, como por la sociedad. Dicho con más precisión, la motivación permite la fundamentación de las decisiones y su control tanto *en derecho*, por violación de la ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en los hechos*, por carencia o insuficiencia de pruebas o por la inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. Y no sólo en apelación sino también en casación. En efecto, tanto la argumentación jurídica como la fáctica forman parte de la *lógica judicial, deductiva e inductiva*, respectivamente. Y son vicios lógicos, censurables también en casación, no sólo los que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino también los que contrastan con la lógica inductiva de la inducción probatoria: o por la ausencia de argumentos suficientes para confirmar por *modus ponens* las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos aptos para invalidarlas por *modus tollens*, o, en fin, por no haber sido desvirtuadas por *modus tollens* las contrahipótesis de la defensa.

La presencia de la motivación y, sobre todo, su exposición a control, gracias a su forma lógica y semántica, tienen así el valor de un criterio diferenciador entre métodos procesales opuestos y, derivadamente, entre modelos de derecho penal opuestos: entre la que Carrara llamaba "convicción autocrática", porque estaba basada en la "mera inspiración del sentimiento", y la que llamaba "convicción razonada", por encontrarse expuestas sus "razones" jurídicas y fácticas; y consiguientemente entre cognoscitivismos y decisionismos penal, entre verdades y valoraciones, entre garantismo y sustancialismo penal. Al mismo tiempo,

po, en la medida en que asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la motivación tiene también el valor "endo-procesal" de garantía de defensa y el valor "extra-procesal" de garantía de publicidad. Y puede ser considerada por ello el principal fundamento tanto de la legitimación interna o jurídica cuanto de la externa o democrática de la función judicial.

En segundo lugar, el valor de este esquema consiste en establecer una costumbre judicial basada, como se ha dicho, sobre la conciencia de los límites de la verificación fáctica, y, por tanto, sobre el valor de la duda, sobre el rechazo de la certeza, sobre la disposición a renunciar a las propias hipótesis en presencia de contrapruebas, que además significa disposición a escuchar las razones del otro: una costumbre de honestidad intelectual, alimentada por la conciencia epistemológica de la naturaleza meramente probabilística de la verdad fáctica y meramente opinable de la verdad jurídica, que se requiere no sólo de los jueces sino también de los fiscales.

Sucede en cambio con demasiada frecuencia que los jueces, y sobre todo los fiscales, no tienen en absoluto esta conciencia. Hay, en efecto, una tentación permanente que anima los estilos argumentativos de muchos jueces y fiscales y que se expresa desde siempre en lo que constituye el rasgo inconfundible y falaz de la lógica inquisitiva: la petición de principio, en virtud de la cual la tesis a probar —que es tan sólo una hipótesis acompañada, por lo general, por presunciones de falsedad (más exactamente, la presunción de no culpabilidad) y que, por tanto, tiene que ser apoyada por pruebas y sometida a refutación por medio de contrapruebas— se asume apodícticamente como verdadera, casi como una premisa, en lugar de como conclusión del razonamiento probatorio. Gracias a este sofisma, que confiere al razonamiento probatorio un desarrollo tautológico y circular, la tesis acusatoria resulta de hecho irrefutable, funcionando como criterio de orientación de las investigaciones, como filtro selectivo de la fiabilidad de las pruebas y contrapruebas y como clave interpretativa del conjunto del material procesal.

Es de esta lógica y de esta tentación, creo yo, de lo que jueces y fiscales deben especialmente guardarse: de esta suerte de

resistencia apriorística de las hipótesis acusatorias a ser confundidas. Se trata de un vicio que, por desgracia, viene alimentado por la espectacularidad de los procesos y por la extraordinaria visibilidad de jueces y fiscales, en virtud de las cuales la defensa de los asuntos procesales —una vez que son de dominio público— termina convirtiéndose, más o menos conscientemente, en la defensa del propio trabajo y, con ello, de la propia reputación. Admitir el propio error casi equivaldría a una descalificación profesional. Y ello allí donde la máxima prueba de profesionalidad y, digámoslo también, de independencia de juicio es precisamente la capacidad de reconocer el error, de admitir que las hipótesis de acusación son siempre hipótesis, siempre aproximativas, probabilísticas y en cualquier momento refutables.

5. DOS IMPLICACIONES DEL MODELO GARANTISTA

¿Cuáles son las implicaciones éticas, políticas e institucionales de este modelo de derecho y de jurisdicción penal que he denominado “derecho penal mínimo”? ¿Y cuáles son las consecuencias de su falta de realización, más aún, de la progresiva configuración de nuestro sistema penal como un “derecho penal máximo”, o sea máximamente expandido e invasor, máximamente indeterminado y por tanto expuesto al arbitrio, máximamente represivo y, a la vez, máximamente ineficiente e irracional? Indicaré de modo sumario dos tipos de implicaciones del modelo de derecho penal mínimo y, correlativamente, del modelo opuesto de derecho penal máximo.

La primera implicación del modelo garantista de juicio penal es que el nexo postulado por él entre verdad, validez y justicia de los actos jurisdiccionales representa el principal fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del poder judicial en el moderno estado representativo de derecho. En efecto, una actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones y momentos de decisión, no puede, por principio, someterse a otros imperativos que no sean los inherentes

a la búsqueda de la verdad. El principio de autoridad, aun cuando la autoridad sea “democrática” y exprese la mayoría o incluso la unanimidad de los asociados, no puede ser nunca un criterio de verdad. “Cuando siento la mano del poder presionar mi cuello —escribió Tocqueville— poco me importa saber quién me oprime; y no estoy más dispuesto a inclinar la cabeza bajo el yugo sólo porque millones de brazos lo sujeten”. Si acaso, para la verdad, así como para la libertad de quien está sometido a la justicia penal y que es con frecuencia un “desviado” respecto de los modelos de comportamiento dominantes, una legitimación mayoritaria del poder judicial puede incluso representar un peligro, por el riesgo permanente de imprimir al juicio una connotación partidista que contrasta con la imparcialidad requerida en la actividad jurisdiccional. El consenso, se ha dicho, no hace verdadero lo que es falso, ni hace falso lo que es verdadero. Este es el sentido de la famosa frase: “habrá también un juez en Berlín” que sea capaz de absolver al inocente (o de condenar al culpable) frente a la voluntad de la mayoría.

La segunda implicación hace referencia a la legitimación del juicio y, consiguientemente, del poder judicial. Esta legitimación, si bien es verdad que no se funda sobre el consenso y sobre la representatividad política de los jueces sino sólo sobre la aceptabilidad de las motivaciones de sus decisiones, depende enteramente de las garantías penales y procesales, que, como se ha visto, son ante todo garantías de verdad. Y desaparece, por tanto, transformando el poder judicial en el poder más terrible y odioso, cuando tales garantías faltan o, peor aún, son violadas.

Por eso, creo yo, la oposición y la resistencia manifestada hoy por muchos jueces hacia las garantías es un signo de miopía y de desconsideración. Y ello porque las fuentes de legitimación de sus decisiones son justamente las garantías: las garantías penales de la taxatividad de las figuras de delito, que aseguran las condiciones de uso del término “verdadero”, y por tanto la verificabilidad y la refutabilidad; y las garantías procesales, que corresponden en cambio a los criterios epistémicos de verificación o refutación: la carga de la prueba para la acusación, la comunicación al imputado en forma clara y precisa de los hechos

que se le atribuyen, el derecho al contradictorio y a la confutación por parte de la defensa, la imparcialidad del juez respecto a las partes en conflicto, la separación entre juez y acusación, la publicidad y la oralidad del rito procesal, la obligación de motivar todas las resoluciones judiciales, la pluralidad de grados de la jurisdicción, y otras.

SOBRE EL PAPEL CÍVICO Y POLÍTICO DE LA CIENCIA PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO*

I. Antes de nada, quiero expresar mi más sincero y emocionado agradecimiento a los profesores y a los estudiantes de la Universidad de Buenos Aires, que me han honrado con el título de Doctor *Honoris Causa* en Derecho. Deseo dar las gracias de manera especial al Rector Dr. Oscar J. Shuberoff, al Decano de esta Facultad, Dr. Andrés Dalessio, al Vicedecano Dr. Guillermo Moncayo y, sobre todo, al colega Eugenio Raúl Zaffaroni por las elogiosas palabras con que ha justificado el otorgamiento de esta distinción.

Hay, además, otros dos motivos que hacen para mí especialmente grato este reconocimiento. Uno, es que procede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la que se ha desarrollado, gracias a la obra de Genaro R. Carrió, Eugenio Bulygin, Carlos E. Alchourrón y Carlos S. Nino, una de las escuelas de filosofía jurídico-analítica más importantes,

* Lección expuesta el viernes 5 de septiembre de 1997, en ocasión del otorgamiento del título de Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Buenos Aires. Traducción de Mary Beloff y Christian Courtis.

y, al mismo tiempo, gracias al magisterio de David Baigún, Eugenio Zaffaroni y Julio B. J. Maier, a los que me unen estrechos lazos de amistad y de afecto, una prestigiosa comunidad de penalistas, que ha promovido y desarrollado en estos años, y quizás como en ninguna otra universidad del mundo, una cultura penalística democrática comprometida con la defensa de los derechos humanos y de sus garantías. El segundo motivo es que la ocasión elegida para este acto haya sido la celebración del I Congreso Iberoamericano y IX Latinoamericano de Derecho Penal y de Criminología para estudiantes y jóvenes graduados, que reúne, junto a miles de estudiantes, a tantos ilustres representantes del pensamiento penalista latinoamericano.

Estoy verdaderamente convencido de que, en estos años, la enseñanza de penalistas y procesalistas como Raúl Zaffaroni, David Baigún, Julio Maier, Alberto Binder y tantos otros colegas más jóvenes, ha devuelto a las disciplinas penalísticas esa dimensión cívica y política que fue propia de sus orígenes ilustrados; y de que esto es lo que —no por casualidad en una América Latina donde más dolorosas y terribles fueron, en los años de la dictadura, las experiencias de la arbitrariedad policial y de la represión política— ha dado vida a un movimiento democrático y garantista de penalistas y criminólogos que reúne rigor científico y pasión civil, reflexión teórica y militancia cultural; movimiento del que este Congreso de estudiantes y jóvenes penalistas, como otros congresos latinoamericanos en los que he tenido la suerte de participar (recuerdo, en especial, el que tuvo lugar el año pasado por estos mismos días, aquí en Buenos Aires), es el testimonio más expresivo.

II. Es precisamente acerca de esta renovada dimensión cívica y democrática de los estudios penales a la que me voy a referir ahora. Como muchos de ustedes saben, yo no soy penalista de formación, sino filósofo del derecho. Sin embargo, siempre he pensado que entre ciencia penal y filosofía jurídica existe siempre —o mejor, debería existir— una relación esencial para ambas. Porque el Derecho penal, o bien cumple con la exigencia de dotarse de una cimentación axiológica, y por ello filósofo-

fico-política, o bien corre el riesgo de quedar reducido a pura técnica de control social y policial. Del mismo modo que a la inversa, o bien la filosofía jurídica se compromete con los grandes temas de las libertades y de la fundamentación y la crítica ético-política del derecho y de las instituciones existentes, comenzando por las instituciones represivas del Derecho penal y procesal, o bien está condenada a quedar en una estéril evasión académica.

Por lo demás, como sabemos, la relación entre Derecho penal, y filosofía jurídica, entre ciencia penal y reflexión filosófica sobre los fundamentos de ese terrible derecho, que es el derecho de castigar, ha sido siempre muy estrecha, desde los orígenes de la modernidad jurídica. Fue justamente el Derecho penal el terreno en el que, durante los siglos xvii y xviii, la gran filosofía política del iusnaturalismo racionalista —de Hobbes a Locke, de Thomasius y Pufendorf a Montesquieu y Voltaire, hasta Beccaria, Bentham, Filangieri y Romagnosi— libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo propio del *ancien régime*, y fue definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras de Estado de derecho: el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y de expresión, la concepción del derecho y del Estado como artificios cuya legitimación depende del cumplimiento de sus funciones de tutela de los derechos de los ciudadanos.

Se produjeron después algunas singulares vicisitudes culturales. La ciencia penal, que hasta finales del siglo pasado había sido, más que ninguna otra disciplina jurídica, una ciencia jurídico-filosófica, se ha convertido en este siglo en una disciplina puramente técnica, deliberadamente carente de fundamentos y de referentes axiológicos externos. Así, mientras el postulado metodológico de la cultura jurídica ilustrada fue el contenido en la célebre frase de Gaetano Filangieri en su *Introducción a la Ciencia de la legislación* —no el derecho que es, sino el que debe ser, no el derecho ya hecho, sino el que está por hacer, es decir

la legislación, es hoy el objeto común de los que piensan—, en cambio, el lema de la corriente técnico-jurídica que se impuso en Italia y en Alemania a comienzos del siglo actual podría expresarse con su contrario: sólo la ley positiva, es decir el derecho ya hecho, y ya no la legislación o el derecho por hacer, es ahora el objeto y, al mismo tiempo, el horizonte exclusivo de las disciplinas penales.

Son muchos los factores —políticos, ideológicos, epistemológicos— los que han contribuido a producir este cambio. Primero, el repliegue reaccionario del pensamiento liberal de finales del siglo pasado que, una vez construido y consolidado ese artificio que es el Estado moderno, no se preocupó más de asegurarlo mediante límites y vínculos en garantía de los derechos de los ciudadanos, sino, por el contrario, de defenderlo de éstos y en particular de las nuevas clases peligrosas y potencialmente subversivas. En segundo término, una burda epistemología positivista, basada exclusivamente en la aproximación acrítica al sólo “derecho que es”, y en la ilusión paracientífica del carácter avalorativo de la ciencia jurídica como ciencia puramente técnica y descriptiva de la que, tendría que expulsarse, como de las ciencias naturales, todo juicio de valor. En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, una suerte de paradójica “naturalización” del Derecho penal, como fenómeno externo e independiente de la obra de los juristas, susceptible de conocimiento o a lo sumo de explicación, pero no de justificación o de deslegitimación y por ello la reducción de su legitimación externa o política a la interna o jurídica, la confusión de su justicia con su mera existencia, y su concepción como técnica autorreferencial de defensa y control social conforme a plantamientos autoritarios de diversa índole —de estatalismo ético, espiritualistas e incluso puramente técnicos y pragmáticos— que aún siguen constituyendo el trasfondo filosófico tácito de la cultura penal dominante.

III. Pues bien, la tesis que voy a defender es que en la segunda mitad de nuestro siglo ha tenido lugar un cambio de paradigma en el Derecho positivo de las democracias avanzadas, que impone una revolución epistemológica en las ciencias penales

y, en general, en la ciencia jurídica en su conjunto. Tal cambio de paradigma en la estructura del Derecho positivo se ha producido en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las garantías de la rigidez de la constitución, introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión; además del control de la legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales.

Lo producido es una transformación radical del papel de las constituciones. Los primeros textos constitucionales, comenzando por la Declaración de los derechos del hombre de 1789, fueron documentos esencialmente políticos, cuya naturaleza de leyes positivas, incluso resultaba incierta. A este propósito será suficiente con recordar la subestimación y la incompreensión de la Declaración de 1789 por parte de Jeremy Bentham, no obstante haber sido uno de los máximos exponentes del liberalismo jurídico.

¿Qué puede ser —se preguntaba Bentham en un opúsculo titulado *Anarchical Fallacies*— un documento que comienza con la afirmación de que “todos los hombres nacen libre e iguales” para proseguir con una serie de principios de “justicia” y proclamaciones de derechos naturales? ¿Será, quizá, un tratadillo de filosofía política y de derecho natural con forma de artículos?

Puesto que tales normas, añadía, son enunciados ideológicos desmentidos por la realidad y, en todo caso, carentes del carácter imperativo que es propio de las normas. Bentham no se daba cuenta que, en realidad, era el derecho mismo el que, gracias a aquella declaración de derechos, estaba cambiando de naturaleza ante sus propios ojos: de que aquellos principios de justicia inscritos en la *Declaración*, una vez estipulados, habían dejado de ser principios de derecho natural para transformarse en principios de Derecho positivo, que imponían al sistema jurídico y político su respeto y su garantía.

No obstante, incluso después del reconocimiento de su carácter jurídico-normativo, las constituciones y los estatutos, al menos en Europa, fueron durante mucho tiempo considerados simples leyes, y como tales, expuestas a modificaciones y, por

tanto, a violaciones por parte del legislador. Por ejemplo, en Italia, el Estatuto albertino de 1848 tenía el valor de ley ordinaria y así pudo ser desvirtuado y despedazado por las leyes fascistas introducidas por Mussolini en 1925, sin ni siquiera recurrir formalmente a un golpe de Estado.

Solamente con la introducción de las garantías de la rigidez de las constituciones cambia la estructura de los sistemas jurídicos. Naturalmente el cambio se debe no solamente a factores institucionales, sino también, y quizás sobre todo, a factores culturales. La Constitución de los Estados Unidos, así como la de Argentina, han tenido siempre un carácter rígido. También en Europa a veces se ha discutido, desde el siglo pasado, que las constituciones fuesen menos modificables a través de leyes ordinarias. Pero, ha sido sólo en esta segunda mitad del siglo que la idea de la rigidez de las constituciones en cuanto a normas que están por encima de la legislación ordinaria, penetra en la cultura jurídica y en el sentido común. Y no es casualidad que esta toma de conciencia haya tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo. En el clima cultural y político que acompañó el nacimiento del constitucionalismo actual —la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Constitución Italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949— se toma conciencia de que el consenso de las masas, en el que se habían fundado también las dictaduras fascistas, no basta para garantizar la calidad de un sistema político. Y se vuelve, por tanto, a descubrir el significado y el valor de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario, según la noción estipulada dos siglos antes en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida, no tiene constitución”, que son exactamente los dos principios y valores que habían sido negados por el fascismo.

El resultado es una estructura del ordenamiento jurídico mucho más compleja que la propia del paradigma juspositivista clásico, fundada como estaba en el mero principio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*, o bien *quod principi placuit*

logis habet vigerem. En cambio, ahora nos encontramos frente a una estructura caracterizada por una doble artificialidad: no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico, del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es precisamente el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el cual la producción jurídica misma se encuentra disciplinada por normas de Derecho positivo, no sólo en lo que se refiere a su procedimiento de formación sino también en sus contenidos. Si en virtud de la primera característica el “ser” o la “existencia” del derecho ya no puede derivarse de la moral ni extraerse de la naturaleza, sino que es puesto o “hecho” por los hombres, y como éstos lo quieren y, antes aún, como lo piensan; en virtud de la segunda característica también, el “deber ser” del Derecho positivo, o sea sus condiciones de “validez”, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones mediante las que se piensa y proyecta el derecho, estableciendo los valores ético-políticos —la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales— que se ha convenido deben ser informadores de aquéllas.

Es precisamente en virtud de esta doble artificialidad —de su “ser” y de su “deber ser”— que la legalidad positiva o formal, en el Estado constitucional de derecho, ha cambiado de naturaleza: ahora, no es sólo condicionante, sino que ella misma resulta estar condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. A este sistema de legalidad, al que su doble artificialidad confiere un papel de garantía frente al derecho ilegítimo, podemos denominarlo, en oposición al paleopositivista, “*modelo*” o “*sistema garantista*”. Gracias a él, el derecho contemporáneo no sólo programa sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de la leyes y las restantes disposiciones; además, programa sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios, los valores y los derechos inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber y la responsabilidad de elaborar. En el Derecho penal, por ejemplo, todas las respuestas a las clásicas cuestiones relativas a su legitimación —cuándo y cómo castigar, cuándo y cómo pro-

hibir, cuándo y cómo juzgar— resultan condicionadas ahora por los principios garantistas sancionados en la constitución: lesividad y materialidad de los delitos, culpabilidad, garantías del Juicio oral, carga acusatoria de la prueba y derechos de la defensa, que han dejado de ser simples principios teóricos para convertirse en normas jurídicas vinculantes para el legislador.

IV. Yo creo que no siempre somos lo bastante conscientes del alcance revolucionario de semejante cambio de paradigma del derecho que es, probablemente, la mayor conquista jurídica de este siglo: una suerte de segunda revolución que cambia, junto con la estructura del derecho, el papel de la ciencia jurídica y de la jurisdicción, la naturaleza de la política y la calidad misma de la democracia.

En el plano de la teoría del derecho este cambio puede ser expresado con la tesis de la *subordinación de la ley misma al derecho* y de la consiguiente disociación entre vigencia (o existencia) y *validez* de las normas. La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, acontecida con el nacimiento del Estado moderno, fue la afirmación del principio de (la mera) legalidad y, con éste, el de la omnipotencia del legislador. Así, en oposición a las viejas concepciones jusnaturalistas, se logró la identificación de la validez de las leyes con su positividad, es decir, con su producción según las formas previstas en el ordenamiento, con la consiguiente garantía de la certeza del derecho y de la sujeción a la ley del poder judicial. Por lo menos en su modelo epistemológico, la jurisdicción, por caso, se configuraba como aplicación mecánica de la ley, y la ciencia jurídica como “dogmática”, vinculada únicamente a los dogmas de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Por otro lado, al principio de la omnipotencia del legislador correspondía la idea de la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho —por ser la legislación competencia de la política—, correlativamente, una vez que el legislador se había democratizado mediante las formas de la representación parlamentaria, una concepción puramente política, formal, y procedimental de la democracia, identificada con la voluntad soberana de la mayoría.

Pues bien, la segunda revolución, producida después de la Segunda Guerra Mundial con las instituciones rígidas, equivale a completar el paradigma del Estado de derecho, o sea a la sujeción de la ley de todos los poderes, incluso el de la mayoría —que se subordina también a él—, al derecho, más precisamente a la Constitución, y no sólo en cuanto a las formas y a los procedimientos de formación de las leyes, sino también en cuanto a sus contenidos. Como consecuencia de ello, en el Estado constitucional de derecho el legislador ya no es omnipotente, en el sentido de que las leyes no son válidas sólo por haber sido producidas por él, en las formas y con los procedimientos normativamente establecidos; lo serán sí, además, resultan también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente la política, cuya relación con el derecho se invierte: también ella y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho, hasta el punto de que ya no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino, al contrario, es la política que ha de ser asumida como instrumento para la actuación del derecho, y precisamente de los principios y de los derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, a la vez jurídico y político que es la constitución.

De aquí se sigue un cambio en la naturaleza misma de la *democracia*: ésta ya no consiste simplemente en su dimensión política, proveniente de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino que también consiste en la *dimensión sustancial* que le viene impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos.

V. Se comprende el cambio del papel de la ciencia jurídica provocado por este nuevo paradigma. Dado que en el modelo constitucional-garantista la validez de las leyes ya no es un dogma unido a su mera existencia o validez formal, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, la interpretación de la ley es siempre también un juicio sobre la ley misma de la que jueces y juristas deben elegir únicamente los significados válidos, es decir, compatibles con

las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por éstas. Gracias a la rigidez de las constituciones y a que contienen principios sustanciales, que van desde los derechos fundamentales a las garantías penales y procesales, toda ley tiene al mismo tiempo la consideración de norma respecto a los hechos que regula, y de hecho –cuya conformidad o disconformidad, coherencia o incoherencia y, por lo tanto, validez o invalidez debe ser determinada por la ciencia, jurídica– en relación con las normas por las que ella misma es regulada.

El viejo conflicto entre iusnaturalismo y positivismo, y, por otro lado, entre positivismo y realismo jurídico –entre el derecho “como debe ser” y el derecho “como es”, entre el derecho por hacer y el derecho ya hecho– se ha trasladado de este modo al cuerpo mismo del Derecho positivo; configurándose como una tendencial y permanente divergencia entre los diversos niveles del ordenamiento: entre el nivel constitucional, que incorpora normas y principios de justicia bajo la forma de derechos fundamentales, y el nivel legislativo, cuyas normas son siempre susceptibles de ser censuradas como ilegítimas– por el juez en el plano operativo, y por el jurista en el doctrinario– en el supuesto de incoherencia con la constitución. Y este conflicto puede resolverse gracias a la doble dimensión –descriptiva del “ser” del derecho y prescriptiva de su “deber ser” jurídico– imputada tanto a la teoría como al análisis dogmático, precisamente por el paradigma constitucional conforme al cual se han modelado los sistemas jurídicos avanzados.

Lo que quiero subrayar es que el nuevo paradigma constitucional, en cuanto comporta inevitablemente antinomias y lagunas vinculadas a los diferentes niveles normativos en los que se articula su misma estructura lleva, por así decirlo, inscrito un doble papel de la ciencia jurídica en general, y de la penal en particular: ante todo, *la crítica del derecho existente*, a través del análisis y la censura de sus perfiles de invalidez constitucional; en segundo lugar, *el diseño del derecho que debe ser* a través de la identificación de sus lagunas, o sea de las garantías que

aún faltan y que deben ser introducidas en apoyo de los derechos sancionados en las constituciones.

En definitiva, el paradigma garantista del constitucionalismo democrático pone en crisis la totalidad del esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico, basado en los dogmas de la coherencia y la plenitud del ordenamiento y en la presunción apriorística de la legitimidad del derecho existente. Una legalidad compleja, como la que aquí he ilustrado en forma esquemática, con los dos posibles vicios —antinomias y lagunas— virtualmente unidos a ella, retroactúa, en efecto, sobre la ciencia del derecho, confiriéndole un papel crítico y de proyecto en relación con su objeto, desconocido para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde adentro* las correcciones permitidas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien, de elaborar y sugerir *desde afuera* nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al derecho vigente, el de la falta de plenitud le asigna, además, un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y de condiciones de validez más vinculantes.

VI. Me parece evidente que una ciencia jurídica entendida de esta manera toca y se entrelaza con la política del derecho. Más aún, con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serlo; y que, al mismo tiempo, el papel crítico y de proyecto que le asigna el paradigma constitucional y garantista le confiere una responsabilidad cívica y una dimensión política y militante totalmente desconocidas para la vieja cultura jurídica. De nuevo, como en la tradición ilustrada, el punto de vista externo de los oprimidos ha vuelto a ser el punto de vista de la fundamentación política del artificio jurídico. De él, todos, y en particular nosotros los juristas, somos responsables: por cómo lo pensamos, por cómo lo criticamos o lo defendemos, y por cómo lo aplicamos y lo proyectamos en concreto. Pero este punto de vista goza hoy

de la ventaja de haber dejado de ser ya sólo externo, al identificarse como el de los titulares de los derechos constitucionales insatisfechos, por lo que tiene un anclaje positivo en el derecho existente.

Cierto que esta orientación es todavía minoritaria en la cultura académica. Sin embargo, es precisamente ésta la perspectiva que ha tomado cuerpo en los últimos años a través del desarrollo de movimientos de jueces y de juristas, sobre todo —hay que reconocerlo— en el campo del Derecho penal. Piénsese en las diversas asociaciones de juristas democráticos, en los grupos de magistrados democráticos surgidos en Italia, Francia, España y América Latina, en el movimiento de la criminología crítica, en las asociaciones comprometidas en la reforma de la cárcel y en la defensa de los presos, y, en fin, en el movimiento por una refundación democrática y garantista del Derecho penal que, iniciado en Argentina, se han extendido a toda América Latina. Estos movimientos han nacido siempre de la conciencia y de la denuncia de la ilegalidad, y no sólo de la injusticia, de la práctica del derecho respecto a sus propias fuentes de legitimación jurídica, y por ello del compromiso de transformarlo.

Es posible que esta perspectiva se base en una confianza excesiva en el papel garantista del derecho. Sin embargo, yo creo que, con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, para la crisis del derecho no existe otra respuesta que el derecho mismo. Esto es así, puesto que el actual paradigma garantista del constitucionalismo democrático no sólo expresa un modelo de derecho y de Estado, sino también un modelo de democracia, y por ello lo sostiene la fuerza de la razón y de los valores de la libertad, igualdad y justicia, cada vez más universalmente compartidos.

JUSPOSITIVISMO CRÍTICO Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*

1. POSITIVISMO JURÍDICO Y CONSTITUCIONALISMO

Según una opinión muy difundida, el constitucionalismo de nuestros días marcaría una revancha del jusnaturalismo sobre el positivismo jurídico. Sin duda, esta tesis, sostenible si pensamos en autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, contiene una parte de verdad. Si “positivismo jurídico” se entiende como sinónimo de “formalismo jurídico” —es decir, bajo 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— entonces, el constitucionalismo jurídico —al sujetar 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

* Traducción de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar.

de las normas— ha reintroducido en el derecho una racionalidad *sustancial*. Racionalidad que era propia de la tradición jusnaturalista y había sido sacrificada ante las instancias de certeza y *racionalidad formal*, como la llamó Max Weber, que se afirmaron con el primer positivismo jurídico.

Pero “positivismo jurídico” puede tener un significado más amplio y distinto. Entre otras cosas designa 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 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. Claramente, en este sentido el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento y su complemento: por decirlo de algún modo representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada.

Es sencillo reconocer en estas dos concepciones del positivismo jurídico el reflejo de dos modelos diferentes del derecho que corresponden a dos fases históricas de la civilidad jurídica moderna. El primer modelo, es el fruto de la revolución que se produjo con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica y de la consiguiente afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. El segundo modelo, es el fruto de una segunda revolución institucional y de un nuevo cambio de paradigma de la experiencia jurídica: la sumisión también del legislador a normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas que están por encima de la legislación ordinaria. Las condiciones sustanciales de la validez de las leyes, que en el paradigma

del *derecho jurisprudencial premoderno* se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleo-positivista del *estado legislativo de derecho* habían sido removidas por el principio puramente formal de la validez como *positivismo*, penetran nuevamente en el paradigma del *estado constitucional de derecho* bajo la forma de principios positivos de justicia contenidos en normas superiores a la legislación.

Este sistema de normas meta-legales dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada al legislador, es, precisamente, la *constitución*; es decir, el *acuerdo democrático* sobre lo *no-decidible*, 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 sociales escritos, que hoy llamamos constituciones modernas, se convirtieron en derechos positivos de rango constitucional.

En resumen, si el rasgo específico del *positivismo jurídico* que diferencia estructuralmente al derecho moderno de los sistemas jurídicos premodernos es, precisamente, su carácter positivo (por lo tanto, artificial y convencional); entonces, el rasgo específico del *constitucionalismo jurídico*, que diferencia al derecho de las democracias constitucionales modernas de los sistemas jurídico-positivos pre o paleoconstitucionales, es una característica no menos estructural y no menos juspositiva: la sujeción de las propias leyes al derecho, de la que también depende el deber ser del derecho, es decir, las decisiones que deben presidir a su creación, son artificiales y se positivizan a través de normas sustantivas de derecho positivo. Esta segunda característica estructural es también una característica sustancial, dado que 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 libertades 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.

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

La segunda diferencia estructural —la que distingue entre el estado legislativo de derecho y *el estado constitucional de derecho* o *estado de derecho en sentido fuerte*— consiste en que, a partir del lenguaje jurídico artificial o positivamente construido, se preestablecen, rígidamente, a través de normas superiores,

tanto las reglas sintácticas sobre la forma de los signos, como también las reglas semánticas que les atribuyen significado. No sólo las reglas sobre "cómo" decir el derecho, sino también aquellas sobre "qué cosa" el derecho no puede decir y sobre "qué cosa" debe decir. Reiteradamente he denominado *principio de estricta legalidad* al sometimiento del derecho al propio derecho, en virtud de lo cual las leyes no sólo son condicionantes, en tanto reglas de lenguaje, de las decisiones expresadas en lenguaje jurídico sino que están, a su vez, condicionadas, en tanto expresiones del lenguaje jurídico, por normas superiores que regulan su forma y su significado. La novedad del *constitucionalismo 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. Y es en estas leyes en las que se manifiesta con el acuerdo democrático el paradigma jurídico de la democracia constitucional: el juego más allá de las reglas del juego democrático; el proyecto democrático más allá del método para llevarlo a cabo; la culminación más allá del positivismo jurídico del estado de derecho, que busca que todos los poderes se sujeten a la ley y excluye la existencia de poderes absolutos sean éstos legislativos o de mayoría.

2. CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO Y TEORÍA DE LA VALIDEZ JUSPOSITIVISMO DOGMÁTICO Y JUSPOSITIVISMO CRÍTICO

La primera alteración que produjo el constitucionalismo jurídico se refiere a las condiciones de validez de las normas. En un ordenamiento como el estado constitucional de derecho, en el que las leyes se encuentran sometidas no sólo a normas formales sobre su creación, sino también a normas sustantivas sobre su significado, la *existencia* o el *vigor* de las normas se disocian de su *validez*, lo que significa que una norma formalmente válida y, por lo tanto, existente, puede ser, sin embargo, sustancialmente inválida porque su significado contradice las normas

constitucionales sustanciales, por ejemplo, el principio de igualdad o los derechos fundamentales. De lo anterior se desprende que, en el estado constitucional de derecho, ya no es cierto que, como sostenía Kelsen, la validez del derecho depende de requisitos formales, ni que la razón jurídica moderna es solamente, como sostenía Weber, una "racionalidad formal". De hecho, todos los derechos fundamentales —desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales— equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los *objetivos* y la *razón social* del estado constitucional de derecho.

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

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

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

Tomado en serio, el constitucionalismo, como proyección jurídica del derecho —es decir: como derecho sobre el derecho mediante el cual el derecho se proyecta a sí mismo— confiere un nuevo papel a la ciencia jurídica, en tanto condición, simultáneamente, de la consistencia lógica y del fundamento de la legitimidad, tanto jurídica o interna, como política o externa, de los ordenamientos actuales. El constitucionalismo, en tanto sistema de principios orientados a vincular al legislador, le exige a la teoría del derecho un papel constructivo y de proyecto: exige, precisamente, que la teoría elabore modelos y técnicas de garantía orientadas a otorgar efectividad a los principios constitucionales de los ordenamientos estudiados. Es decir: a remover las antinomias, a través de procedimientos de invalidación, y a colmar las lagunas, por medio de procedimientos obligatorios. También exige un papel crítico y una responsabilidad civil y política de la dogmática jurídica. Requiriendo que el intérprete, sea juez o jurista, identifique las antinomias y lagunas concretas, promoviendo que sean superadas a través de las garantías existentes, o bien, por medio de la introducción de las garantías que han sido elaboradas por la teoría. En resumen: a través de constantes transformaciones del ordenamiento, lo que no implica que podamos esperar que esta tarea se realice jamás completamente.

3. CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO Y TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DEMOCRACIA POLÍTICA Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La revisión de la teoría puramente formal de la validez del paradigma constitucional que se construye sobre la disociación

entre el *vigor formal* y la *validez sustancial* de las decisiones, implica, paralelamente, una revisión de la concepción puramente formal de la democracia. La positivización de los principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una *dimensión sustancial*, que se añade a la *dimensión formal o política* tradicional. Quiero decir que la dimensión sustancial de la validez en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustantivos que no pueden ser derogados por los contenidos de las decisiones, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De la misma manera en la que la dimensión formal del vigor, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.

De hecho, las dos dimensiones de la democracia —la formal y la sustancial— están garantizadas por las propias normas constitucionales que presiden, respectivamente, al vigor y a la validez:

a) por las normas formales sobre el *quién* y el *cómo* de las decisiones, que garantizan, con la igualdad en derechos políticos, la representatividad de las instituciones parlamentarias y el gobierno de la mayoría;

b) por las normas sustanciales sobre *qué cosa* se debe o no se debe decidir, las cuales se identifican con los derechos de libertad, que el estado no debe violar y con los derechos sociales que éste debe satisfacer.

El primer tipo de normas, que corresponde a la forma de las decisiones, está a la base, no sólo del vigor y de la validez formal de las normas, sino también de la dimensión “formal” de la democracia y del estado de derecho en sentido amplio o débil. Mientras que el segundo tipo de normas, que corresponde a la sustancia o al contenido de las decisiones, está a la base, no sólo de la validez sustancial de las normas, sino también de la dimensión que podemos denominar “sustancial” de la democracia, es decir del estado de derecho en sentido estricto o fuerte. De hecho, gracias a esta segunda clase de reglas se introdujo en la

estructura del principio de legalidad, que corresponde al estado constitucional de derecho de nuestros días, una racionalidad sustancial que se añadió a la racionalidad formal del viejo positivismo jurídico, fundado en la primacía absoluta del legislador, así como del paradigma rousseauiano de la democracia política entendida como omnipotencia de la mayoría.

Ambas clases de reglas se encuentran en todas las constituciones. En la primera parte de las mismas se encuentran las normas sustantivas que sancionan, a través de los derechos fundamentales, los *finés* del ordenamiento. En las partes sucesivas se encuentran las normas formales que instituyen a los órganos del estado, en tanto *instrumentos* para la observancia de dichos derechos. Así pues, el estado constitucional de derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en conformidad con las normas formales y están, además, sujetos a normas sustantivas que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos.

Aquello que llamamos *constitución* consiste precisamente en ese sistema de reglas, sustantivas y formales, que tiene como destinatarios a los titulares del poder. Esta es la definición de "constitución" estipulada hace dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos de 1789: "*Tout société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assuréé, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*" (Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes está determinada, no tiene constitución). Las constituciones se caracterizan por ser un conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, incluso aquél de mayoría, que están obligados por ellas a la separación recíproca y al respeto de los derechos fundamentales de todos. De esto se desprende que las constituciones, estando los derechos fundamentales a la base de la igualdad *en droits*, son siempre, directa o indirectamente, establecidas como garantía de la igualdad: de la igualdad política por medio del otorgamiento concesión de los derechos políticos, de la igualdad civil a través de la garantía de

los derechos civiles, de los niveles mínimos de igualdad social por medio de la satisfacción de los derechos sociales. Desde este punto de vista, las constituciones no sólo representan la culminación del estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes (incluso el legislativo), sino que también constituyen un programa político para el futuro: la estipulación de imperativos negativos y positivos dirigidos hacia los poderes públicos como su fuente de legitimación pero, sobre todo, de deslegitimación. Las constituciones son, por decirlo de alguna manera, utopías de derecho positivo, que aunque jamás serán realizables a la perfección establecen, sin embargo, en tanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en la dirección de la igualdad de los derechos fundamentales.

La función de la constitución como límite y vínculo de la mayoría que garantiza de los derechos de todos, bastaría para excluir que ésta se encuentre a disposición de la mayoría misma y también para reconocerle su naturaleza de pacto fundacional dirigido a garantizar la paz y la convivencia de los extremos. Se debe garantizar la convivencia civil entre sujetos virtualmente hostiles. Dichos pactos deben conllevar, ante todo, el acuerdo entre las fuerzas políticas contrapuestas y extremas. Dado que se trata del conjunto de las reglas del juego, no pueden no estar establecidas por todos los jugadores. Si tienen como destinatarios los poderes constituidos, las mismas no pueden ser modificadas o derogadas por éstos, sino que pueden serlo sólo por poderes constituyentes que contraten nuevamente las formas y los vínculos de cualquier poder constituido. En suma, si las normas constitucionales sustanciales no son otra cosa que derechos fundamentales, éstas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los mismos. Es en esta titularidad común que reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular.

Esta naturaleza contractual es en su conjunto intrínseca a la noción misma de constitución. Lo es en el plano filosófico y lo es en el plano histórico. En el plano filosófico, ésta es el fruto de la idea contractualista, formulada por Hobbes y después desarrollada por el pensamiento filosófico iluminista, de que el Estado no es, como en la concepción clásica y premoderna, un

hecho natural, sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para tutelar sus necesidades o derechos naturales: el derecho a la vida, según Hobbes; los derechos de libertad y propiedad, según Locke; los derechos políticos y sociales tal como se han venido adicionando con el constitucionalismo moderno. Esta idea básica de la civilización jurídica moderna invierte la concepción aristotélica del derecho y de la comunidad política: lo que es natural no es el derecho o el Estado, sino la ausencia del derecho y el estado de naturaleza, es decir, los seres humanos de carne y hueso con sus necesidades elementales; mientras el Estado es algo artificial que se justifica sólo en tanto es un instrumento para tutelar a las personas naturales. En este sentido, la idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia en sus dos dimensiones: de la democracia política o formal, dado que la legitimidad del poder público se funda a través de ella en el consenso de los contratantes; del estado de derecho y de la democracia sustancial, dado que este consenso está condicionado por la garantía de los derechos naturales pactados para tutelar a todos los individuos.

Los documentos constitucionales y las declaraciones de derechos no son otra cosa que pactos sociales en forma escrita, cuyas cláusulas son los principios y los derechos fundamentales que de ser "naturales" se convierten, gracias a su estipulación, en "positivos" y "constitucionales". Aquellos equivalen a la convención democrática en relación con lo que es *no decidible*: o por qué no puede ser decidido, como la negación o limitación de los derechos de libertad, o por qué no puede no ser decidido, como la satisfacción de los derechos sociales. Bajo este aspecto, el estado de derecho es anterior a la democracia política, no sólo desde un punto de vista histórico, ya que nace con las monarquías constitucionales mucho antes que con la democracia representativa, sino también desde un punto de vista axiológico, en el sentido de que es un conjunto de límites y vínculos para la misma democracia política. Lo que la democracia política no puede suprimir, aunque se funde en la unanimidad de los consensos, son, precisamente, los derechos fundamentales, que son, por lo tanto, derechos contra la mayoría, habiendo

sido establecidos —como inalienables e inviolables— en contra de cualquier poder y para tutelar a los derechos.

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

4. EL CONSTITUCIONALISMO DEL FUTURO JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO, CONSTITUCIONALISMO

Si es cierto todo lo anterior, el constitucionalismo no es sólo una conquista y una herencia del pasado, tal vez la herencia más

importante de nuestro siglo. Es también, y diría que sobretodo, un programa para el futuro. En un doble sentido. Ante todo en el sentido de que los derechos fundamentales promulgados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a asegurar las técnicas de garantía idóneas para garantizar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es aún un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección:

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

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

Creo que una expansión de ese tipo está en la lógica misma del constitucionalismo. La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras Declaraciones de derechos y en las constituciones del siglo XIX, al derecho de huel-

ga y a los derechos sociales en las constituciones del último siglo, hasta los nuevos derechos a la paz, al medioambiente, a la información y otros que hoy en día son reivindicados y aún no han sido constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído de lo alto, sino que todos han sido conquistados por movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales norteamericana y francesa, luego los pronunciamientos del siglo XIX a favor de los estatutos, finalmente las luchas obreras del siglo pasado y de este siglo. Todas las diversas generaciones de derechos, podemos sostener correctamente, equivalen a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: liberales, socialistas, feministas, ecológicos, pacifistas. No sólo. Siempre, los derechos fundamentales —del derecho a la vida a los derechos de libertad, así como el derecho a la subsistencia— se han afirmado como *leyes del más débil* como alternativa a la ley del más fuerte que tenía vigencia y que seguiría teniéndola si aquéllos faltarán: de quién es más fuerte físicamente en el estado de naturaleza hobbesiano; de quién es más fuerte económicamente como en el mercado capitalista; de quién es más fuerte militarmente como en las relaciones internacionales.

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

miento del Estado moderno; el constitucionalismo lo es hoy luego de la invención de las constituciones rígidas. A cada uno de estos cambios ha correspondido una mutación de las fuentes de legitimidad y de los criterios de validez.

Queda claro que en un ordenamiento privado de un sistema formalizado de fuentes, el criterio de legitimidad no es la autoridad sino la verdad (según el principio *auctoritas, non veritas facit legem*), obviamente en el sentido más amplio que puede asociarse a esta palabra: es decir, en el sentido de racionalidad, de razonabilidad, de tradición, de sentido común de la justicia, entre otros. En un sistema como éste las tesis jurídicas se afirman no por la autoridad de quien las establece, sino por la envergadura de quien las propone. De aquí el papel directamente normativo de la ciencia jurídica y de la resistencia contraria a las codificaciones por la clase de los juristas (recordemos la pandectística, que fue el más imponente tentativo en tal sentido) con el fin de conservar el antiguo paradigma. De aquí el carácter sustancial de las fuentes de legitimación del derecho, incluida la jurisdicción: todas las normas, incluidas las sentencias, son válidas por su contenido, al no existir normas formales exclusivas sobre su producción. Y de aquí, en consecuencia, el fundamento racional y sustancial, o bien *jusnaturalista*, de la validez: la validez equivale a la justicia o, si se quiere, a la racionalidad, de manera que una tesis de Ulpiano, por ejemplo, se impone sobre una tesis de Gayo porque es considerada mejor fundada o más adecuada al caso concreto.

La gran revolución jurídica ocurrida con el nacimiento del estado moderno y con la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica, equivale a un cambio de las fuentes de legitimidad del derecho, y por lo tanto del criterio de validez: es válida la norma puesta por quién está facultado para producirla, independientemente de su contenido. Cambia, consecuentemente, como se ha dicho, el principio descriptivo, aunque después una dimensión normativa de éste, vinculada a la interpretación, se presentará de cualquier manera como imposible de suprimir. Aquello que corresponde a la ley es lo que se convierte en verdadero: una tesis del tipo "la apropiación de los objetos a la venta

en el supermercado sin pagar su precio es un robo” es verdadera o falsa (para quién considere por ejemplo que se trata de una apropiación indebida) *sobre la base* de lo que establece el código penal. Este es el moderno estado de derecho. Con base en éste, *auctoritas non veritas facit legem*. Pero, precisamente por esto, la ciencia jurídica y la actividad jurisdiccional pueden proponerse como discursos enunciativos basados en la interpretación de la ley a pesar de todos los juicios de valor que implica la interpretación, de acuerdo con el principio, que constituye el fundamento de todas las garantías, *veritas non auctoritas facit iudicium*. De ello se deriva el carácter formal y no sustancial de los criterios de validez: es válida una norma creada de conformidad con las formas establecidas por las normas para su producción, independientemente de su contenido. De lo anterior se deduce el fundamento convencional o bien *juspositivista* de la validez: una tesis es válida en tanto que es válida con base en la ley: validez equivale a legalidad, independientemente de lo que diga la ley.

Pero también el paso del estado de derecho, en sentido débil al estado constitucional de derecho, equivale a un cambio de paradigma: como se ha mencionado, el del paleopositivismo al *constitucionalismo* corresponde a la segunda revolución jurídica de la edad moderna: la sujeción a la ley de la misma ley, o sea, del mismo legislador. Por esta vía, como hemos señalado, una dimensión sustancial vuelve a penetrar en el sistema jurídico; pero no bajo la forma del arbitrario sentido de lo justo, sino, por el contrario, como sistema de límites y de vínculos impuestos al legislador a través de su formalización como normas constitucionales. Cambia, en consecuencia, la noción de validez, que se disocia de la de existencia o de vigor: una norma es válida si y sólo si no únicamente su forma está conforme con las normas formales, sino también sus contenidos son coherentes con las normas sustanciales relativas a su producción. La validez asume de esta manera una dimensión sustancial: una norma es válida no sólo por la manera en la que se ha emitido, sino también por lo que dice; no sólo por su forma, sino también por su contenido, igualmente condicionado por normas superiores.

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

Por desgracia, la idea de democracia constitucional —articulada en la dimensión sustancial de los derechos de libertad y de los derechos sociales y además en la dimensión formal de los derechos políticos— no está para nada descontada. Por el contrario, desde siempre, y hoy más que nunca, en la cultura política y en el sentido común prevalece una concepción opuesta en muchos sentidos. La democracia —según el concepto simplificado predominante en la tradición del pensamiento político democrático— consistiría esencialmente en un sistema de normas encaminado a hacer valer la soberanía popular: por lo tanto, la voluntad de la mayoría, garantizada por la máxima participación popular y por ello, a falta de límites a la soberanía popular, la omnipotencia de la mayoría. Una idea no nueva, aunque sea planteada en su versión democrática. Se trata, en efecto, de la idea, viejísima en la historia del pensamiento político, del *gobierno de los hombres* contrapuesta al *gobierno de las leyes* y ya criticada por Platón y Aristóteles. Dado que también el prin-

cipio de la soberanía popular y el conexo principio de la mayoría tienen que ver en todo caso con *quién* toma las decisiones, es decir, la legitimidad democrática de los sujetos facultados para decidir y no con los vínculos sustanciales a sus decisiones.

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

Es evidente que esta concepción de la democracia es radicalmente antitética respecto del paradigma del estado constitucional de derecho que hemos apenas ilustrado. El análisis de las constituciones —de todas las constituciones, de aquella italiana como de la española— nos permite identificar, en efecto, las dos dimensiones propias de toda democracia moderna: la dimensión política, en razón de la cual la democracia es el poder de la mayoría, y la dimensión del estado de derecho, en razón del cual también el poder de la mayoría está sometido a reglas y a límites establecidos como garantía de los derechos fundamentales de todos, siendo también éste un poder no absoluto, sino subordinado a la ley.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CRÍTICA DEL DERECHO*

I. CUATRO SIGNIFICADOS DEL "FUNDAMENTO" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El problema del fundamento de los derechos fundamentales, quizá más que cualquier otro problema teórico, ofrece la posibilidad de establecer una clara distinción entre los diversos tipos de discurso en los que se puede articular la reflexión sobre el derecho. En realidad, se pueden distinguir cuatro significados distintos de la palabra "fundamento", referida a los derechos fundamentales y, de modo más general, al derecho, significados que corresponden al "fundamento" de las cuatro distintas respuestas que pueden darse a la pregunta "¿qué derechos son fundamentales?" desde otros tantos enfoques disciplinarios.

1.1. En un primer significado, seguramente el más difundido, el "fundamento de los derechos fundamentales" designa la *justificación* o el *fundamento axiológico* de esos valores o principios de justicia que son los derechos fundamentales; en otras palabras, es el fundamento de la respuesta dada por la *filosofía*

* Traducción de José María Lujambio.

política o, si se prefiere, por la *filosofía de la justicia*, a la interrogante “¿cuáles son los derechos que es justo garantizar como fundamentales?”

Evidentemente ésta es una cuestión de tipo axiológico que no admite respuestas de tipo descriptivo sino de tipo normativo, cuya fundamentación racional requiere la formulación de criterios metaéticos y metapolíticos idóneos para su identificación. Los criterios que yo he propuesto, por ejemplo, son cuatro, todos referidos al valor de la persona humana: la igualdad, la democracia, la paz y la defensa del más débil.¹ Con base en ellos, son derechos fundamentales todos aquellos derechos cuya garantía es necesaria para realizar la igualdad en relación con las facultades, necesidades y expectativas que se asuman como esenciales; para vincular las formas y los contenidos de la democracia a esas facultades, necesidades y expectativas; para asegurar la convivencia pacífica; y, finalmente, para operar como leyes del más débil en oposición a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. Naturalmente se pueden proponer criterios diferentes o formulados de manera distinta. En todos los casos, las respuestas que puedan ofrecerse, con base en ellos, a nuestra pregunta, expresan el punto de vista axiológico externo al derecho positivo: por consiguiente, no el punto de vista jurídico-positivo sino el ético-político o, si se quiere, iusnaturalista.

1.2. En un segundo significado, el “fundamento de los derechos fundamentales” designa la *fuentes* o el *fundamento jurídico* que tienen en el derecho positivo esas posiciones subjetivas que son precisamente los derechos fundamentales; en otras palabras, es el fundamento de la respuesta a la pregunta “¿cuáles son los derechos fundamentales?”, dada desde el derecho positivo y, por ello, desde la *dogmática constitucional* o *internacional*, desde un punto de vista interno al derecho positivo. Evidentemente, la respuesta a esta pregunta es que son derechos

¹ He ilustrado y argumentado estos cuatro criterios en “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

fundamentales, por ejemplo en el ordenamiento italiano o español, aquellos derechos expresados en normas de derecho positivo italiano y español; o que son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, aquellos derechos sancionados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, por los Pactos Internacionales de 1966 y por otras convenciones internacionales sobre derechos humanos.

En este sentido, el fundamento jurídico de los derechos fundamentales se identifica con el principio iuspositivista de legalidad. Y la respuesta a nuestra pregunta es de competencia de la dogmática positiva: son "derechos fundamentales", en un ordenamiento determinado, aquellos derechos que sus normas atribuyan universalmente a todos en cuanto personas o ciudadanos y/o capaces de ejercicio.

1.3. En un tercer significado, el "fundamento de los derechos fundamentales" designa el *origen* o el *fundamento histórico-sociológico* de esas conquistas del progreso jurídico que son los derechos fundamentales; en otras palabras, es el fundamento de la respuesta a la pregunta "¿cuáles han sido los derechos fundamentales concretamente defendidos en el plano histórico, y de hecho satisfechos en el plano fenomenológico?"; o bien, "¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procesos y con qué grado de efectividad son de hecho garantizados como derechos fundamentales?"

Evidentemente, esta tercera pregunta es de competencia de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*. Y, por lo tanto, admite respuestas empíricas argumentables como verdaderas, pero ya no con referencia a las normas que confieren derechos en un ordenamiento determinado, sino a lo que de hecho ocurre y ha ocurrido en éste. En resumen, la referencia es a la fenomenología del derecho; a las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido inicialmente afirmados y reivindicados, y después conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las Constituciones; a las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su instrumentación; finalmente,

al grado de protección efectiva que les ofrece el funcionamiento concreto del ordenamiento que es objeto de estudio.

1.4. Por último, en un cuarto significado, el “fundamento de los derechos fundamentales” designa la *razón* o el *fundamento teórico* de la noción de “derechos fundamentales”, es decir, el fundamento de la definición del concepto de derechos fundamentales, que es la respuesta a la pregunta “¿qué son los derechos fundamentales?”, dada por la *teoría del derecho*. Aunque apuntada al final, ésta es una cuestión “prejudicial” a todas las demás. En realidad, sólo si sabemos qué queremos decir con “derechos fundamentales” podemos responder a todas las demás preguntas: establecer los criterios axiológicos con base en los cuales justificar qué derechos deben ser sancionados como fundamentales; reconocer cuáles son los derechos fundamentales establecidos en cada ordenamiento; reconstruir los procesos históricos y culturales a través de los cuales algunos de ellos han sido teorizados, reivindicados y después sancionados en los distintos ordenamientos; investigar las condiciones y el grado de su protección efectiva; y proyectar las políticas y las técnicas de garantía idóneas para satisfacerlos.

La definición que a mí me parece más fecunda o, si se quiere, más “fundada”, es la que identifica a los derechos fundamentales con *aquellos derechos que son adscritos universalmente a todos en cuanto personas, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de ejercicio*. Evidentemente se trata de una definición convencional. En este sentido de “fundamento” no hay, por lo tanto, ninguna diferencia entre el fundamento teórico de la definición de derechos fundamentales, en efecto convencional, y el de cualquier otra definición teórica, como por ejemplo la de “derecho subjetivo”, la de “acto jurídico”, la de “sujeto de derecho”, la de “norma”, la de “validez” o la de cualquier otro concepto teórico. En realidad, una definición teórica es siempre una definición estipulativa, elaborada en función de las finalidades explicativas que es capaz de satisfacer conjuntamente con las otras tesis de la teoría. Por ello, su utilidad es evaluable a

posteriori, en atención a su alcance empírico, a su capacidad explicativa, a su fecundidad para la resolución de problemas.

Se trata además de una definición que tiene un carácter puramente formal o estructural, igual que todas las demás definiciones teóricas. No nos dice "cuáles son" sino sólo "qué son" los derechos fundamentales. Es en realidad la definición de un concepto teórico que, como tal, no puede decirnos nada sobre los contenidos de tales derechos, es decir, sobre las necesidades y sobre las inmunidades que son o deberían ser sancionadas como fundamentales, sino que sólo puede identificar la forma o estructura lógica de los derechos que convenimos en llamar "fundamentales". Nos dice, aunque como veremos no es poca cosa, que si queremos garantizar un derecho como "fundamental" debemos sustraerlo tanto de la disponibilidad de la política como del mercado, formulándolo en forma de regla general y, por ello, confiriéndolo igualmente a "todos".²

2. CUATRO NIVELES DISTINTOS DE DISCURSO CUATRO FALACIAS IDEOLÓGICAS

Por lo tanto, tenemos cuatro significados distintos del "fundamento" de los derechos fundamentales, cuatro categorías diferentes de problemas, cuatro enfoques disciplinarios distintos, cuatro clases diferentes de discurso. Podemos estar interesados sólo en una o en más de estas distintas cuestiones. Lo que importa es que las distingamos nítidamente y no confundamos los respectivos discursos, diferentes en cuanto al fundamento y a los referentes semánticos.

Así, por ejemplo, el fundamento de las respuestas a nuestra primera pregunta, es de tipo iusnaturalista; el de las respuestas a la segunda, es de tipo iuspositivista; el de las respuestas a la tercera, es de tipo empírico o realista; el de las respuestas a la

² Sobre esta noción de "derechos fundamentales" y sobre las implicaciones teóricas que se derivan de ella, reenvío al trabajo "Derechos fundamentales", en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *op. cit.*

cuarta es de tipo estipulativo. Las respuestas a la segunda y a la tercera preguntas son por ello verdaderas o falsas, con referencia en el primer caso al derecho vigente, y en el segundo a lo que de hecho ocurre o ha ocurrido. Las respuestas a la primera y a la cuarta, por el contrario, no son ni verdaderas ni falsas, dado que en el primer caso son juicios de valor y en el segundo, son definiciones convencionales.

Además son distintos los significados del adjetivo “fundamentales” asociado a los “derechos”: con referencia a los valores que expresan y que se asumen como fundamentales, el significado se atribuye desde el nivel de la filosofía política o de la justicia; a sus fuentes en las Constituciones o en las leyes en que son puestos, desde el nivel del derecho y la ciencia jurídica; a los procesos políticos y sociales por los que son promovidos e instrumentados, desde el nivel histórico y sociológico; y a la forma universal estipulada para su definición, desde el nivel de la teoría del derecho.

Por último, son distintos los significados del adjetivo “universales” asociado a los derechos fundamentales. El enfoque axiológico asume normalmente lo “universal” en sentido ético-normativo, es decir, en el sentido de que los derechos “válidos para todos”, o peor, como una descripción ontológica de los “valores” expresados por los derechos que se considera justo que sean garantizados como fundamentales. Semejante universalismo obviamente sería negado desde un enfoque empírico-sociológico, sobre la base del hecho de que tales valores y sus relativos derechos no son ni universalmente compartidos ni, mucho menos, universalmente garantizados, protegidos o satisfechos. Un enfoque jurídico-positivo, por otro lado, reconocería la universalidad de los derechos fundamentales sobre la base de la clase de sujetos a quienes son conferidos positivamente en el ordenamiento estudiado. Finalmente, según el enfoque teórico-jurídico propuesto por mi definición formal, los derechos fundamentales son universales, ya no con referencia a su distribución social universal, sino únicamente a su forma lógica, es decir, a la cuantificación universal de los sujetos a quienes les son

imputados, y que es del todo independiente de su aceptación ético-política universal o parcial.

Yo creo que la mayor parte de los pseudoproblemas y de los falsos disensos que se manifiestan en el debate sobre los derechos fundamentales dependen de la confusión que normalmente se produce entre estos cuatro enfoques y entre las correspondientes cuestiones y disciplinas. A veces se ofrece como definición teórica, o peor, se introduce furtivamente como definición teórica, una tesis ético-política en torno a los derechos que se considera justo o necesario proteger como derechos fundamentales. Otras veces, se presenta como tesis jurídica una tesis axiológica o viceversa; o peor, una tesis jurídica como tesis empírica, o peor aún, viceversa. Cada una de estas confusiones equivale a una falacia ideológica, fuente inagotable de equívocos y mistificaciones; entiendo por "ideologías" todas las doctrinas o concepciones que confunden el "deber ser" con el "ser" o viceversa, en virtud de una deducción indebida de tesis descriptivas a tesis prescriptivas o viceversa, en discrepancia con la regla de Hume.³

Distinguiré precisamente cuatro tipos de falacias ideológicas. La primera, que llamaré *falacia idealista* o iusnaturalista, consiste en la confusión del punto de vista axiológico externo con el jurídico interno, es decir, en el atropello de éste por aquél. La segunda, que llamaré *falacia ético-legalista*, consiste en la confusión del punto de vista del derecho positivo con el de la justicia o la moral, es decir, en el atropello de éste por aquél. La tercera, que llamaré *falacia normativista*, consiste en la confusión del punto de vista jurídico con el fáctico, es decir, en el atropello de éste por aquél. Por último la cuarta falacia, que llamaré *falacia realista*, consiste en la confusión del punto de vista fáctico con el jurídico, es decir, en el atropello de éste por aquél.

Todas estas falacias sobrepasan el tema de los derechos fundamentales y afectan a la totalidad de la experiencia jurídica. Y

³ Así he definido "ideología", en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2001, cap. IV, párr. 14.2, pp. 214-216; cap. VI, párr. 23.2, pp. 324-326; cap. XIII, párr. 58.2, pp. 871-872, y párr. 59.3, pp. 886-890.

todas concluyen con la legitimación de su porción de realidad: la falacia iusnaturalista, porque ignora el punto de vista interno al derecho positivo y convierte al derecho justo en el derecho vigente; la falacia ético-legalista porque, al contrario, ignora el punto de vista externo al derecho y convierte al derecho vigente en el derecho justo; la falacia normativista, porque ignora la ineficacia del derecho y convierte a las normas válidas en la descripción de la realidad; la falacia realista, por último, porque ignora la invalidez del derecho y convierte lo que de hecho ocurre en derecho válido. Las primeras dos falacias son frecuentes en la filosofía política: una en la filosofía idealista, la otra en la realista. La tercera es frecuente entre los juristas, que tienden a confundir con la realidad la imagen normativa que ofrecen las reglas que ordenan el funcionamiento de las instituciones –por ejemplo la administración pública o el proceso penal–; reglas que, por lo demás, a menudo son violadas. La cuarta, es frecuente entre los politólogos y los sociólogos, que tienden a confundir con el (“verdadero”) derecho el funcionamiento concreto de los órganos; funcionamiento que, por lo demás, a menudo es ilegítimo. Lo que es importante plantear a fin de evitar semejantes falacias, es no sólo la distinción en el plano epistemológico, sino también la separación entre los diferentes acercamientos, puntos de vista y niveles de discurso que, sin embargo, no pueden por ello ignorarse entre sí.

En realidad, estos cuatro puntos de vista y sus respectivas aproximaciones disciplinarias y tipos de discurso tienen una relación normativa entre sí, del *deber ser* al *ser*. El punto de vista axiológico y las respectivas tesis ético-políticas sobre los derechos fundamentales enuncian el deber ser ético-político del derecho positivo, es decir, los derechos que se considera justo que el derecho positivo establezca y garantice; es entonces un punto de vista crítico externo, normativo y, mejor, prospectivo respecto al derecho positivo mismo. El punto de vista jurídico se articula a su vez en dos puntos de vista. Está, ante todo, el de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, que en los ordenamientos complejos dotados de Constitución rígida expresan el deber ser jurídico de las leyes, es decir, lo que las

leyes deben establecer y garantizar válidamente; también éste es un punto de vista crítico y normativo, pero interno al derecho, respecto de las leyes mismas. Por último está el punto de vista del derecho en su conjunto, el cual expresa, desde la fenomenología empírica de los ordenamientos y del correspondiente punto de vista sociológico externo, el deber ser normativo del funcionamiento concreto del derecho; y por eso es, también, un punto de vista a su vez crítico y normativo respecto de lo que de hecho ocurre.

De aquí las inevitables separaciones entre los diferentes puntos de vista, que forman el objeto quizá más importante e interesante de la reflexión filosófico-jurídica. Ante todo, la separación entre tesis axiológicas y tesis jurídicas, que es el tema privilegiado de la crítica ético-política. En segundo lugar, la separación interna que se da en los ordenamientos complejos entre tesis jurídicas referidas al nivel constitucional y tesis jurídicas relativas al nivel legislativo, que es el tema de mayor interés y relevancia práctica de la ciencia jurídica. En tercer lugar, la separación entre normatividad jurídica, expresada por el derecho positivo, y efectividad, expresada por las investigaciones sociológicas e historiográficas, separación que debe representar, a su vez, el objeto más importante de tales investigaciones.

Son precisamente estas separaciones las que forman, a mi parecer, el objeto principal de la filosofía, de la ciencia y de la sociología del derecho, a las cuales confieren una inevitable dimensión crítica y pragmática. Con base en ellas pierde radicalismo la alternativa entre "iusnaturalismo", "iuspositivismo" y "iusrealismo", en torno a los cuales se dividen normalmente las discusiones sobre derechos fundamentales. Las tres opciones no son incompatibles, simplemente porque guardan relación con discursos distintos. Son evidentemente iusrealistas las investigaciones sobre el grado efectivo de protección y de garantía de los diversos tipos de derechos fundamentales. Son necesariamente iuspositivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica, en referencia a los ordenamientos concretos de derecho positivo. Y la determinación de lo que es justo que sea protegi-

do como derecho fundamental, en la sede de la filosofía de la justicia, tiene que ser "iusnaturalista", para quien quiera seguir usando esta vetusta palabra. Tiene que serlo por la misma razón por la cual se es iuspositivista en la sede de la teoría y la ciencia del derecho y iusrealista en la sede de la sociología jurídica: por la separación entre hechos y valores impuesta por la regla de Hume que, si no consiente derivar los primeros de los segundos, tampoco consiente derivar los segundos de los primeros.

3. SOBRE LA DEFINICIÓN TEÓRICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DERECHOS Y GARANTÍAS

Existe, por último, una cuarta distinción que requiere ser tratada y analizada: la que toca a la relación entre la cuestión teórica y las demás cuestiones, así como entre los niveles de discurso de una y otras.

Para comprender esta cuarta, y más compleja distinción, conviene partir del análisis de la relación de racionalidad instrumental, de medio a fin, que, como se dijo al final del primer apartado, vincula la forma universal de los derechos fundamentales identificada por su definición teórica y los valores normalmente invocados como sus fundamentos axiológicos. Es esa forma lógica, se dijo, la que deben poseer las expectativas expresadas por tales derechos *si queremos* que sean protegidos y satisfechos, cualquiera que sea su contenido. De modo más preciso, si se quiere que tales derechos sean sustraídos del mercado y de la discrecionalidad política, deben ser estipulados en la forma universal requerida por la definición aquí propuesta, la cual es la única forma normativa técnicamente idónea para conseguir los fines o valores que pretende conseguir su estipulación positiva.

¿Por qué, en qué sentido, la forma universal de los derechos fundamentales representa la única técnica de protección de las necesidades y de las expectativas, cualesquiera que éstas sean? Porque gracias a ella estos derechos suministran la base de la igualdad jurídica, que es precisamente una igualdad *en droits*

fondamentaux. Es en esta imputación igual a todos y en igual medida, como *iura omnium*, donde reside su diferencia con los derechos patrimoniales, desde el derecho real de propiedad hasta los derechos personales de crédito, que son *iura singulorum*, *excludendi alios*, pertenecientes singularmente a cada uno con exclusión de otros. Y esta diferencia estructural está vinculada con una circunstancia esencial: los derechos fundamentales son expresados inmediatamente por normas, es decir, por reglas generales y abstractas; los derechos patrimoniales, por el contrario, son efectos de actos singulares, generalmente de tipo contractual, hipotéticamente previstos por las normas. De manera más sencilla: los primeros son (dispuestos por) normas, que por ello he llamado *normas téticas*; los segundos, son pre-dispuestos por normas, que por ello he llamado *normas hipotéticas*.⁴ La libertad de expresión, como el derecho de voto o el derecho a la salud, por ejemplo, son generados inmediatamente por las normas que los establecen. Los derechos de crédito o los derechos reales de propiedad, por el contrario, no son generados directamente por las normas que los prevén, sino que son predispuestos por ellas como efectos de los actos contractuales con los cuales son producidos.

He insistido muchas veces en esta distinción y contraposición entre derechos fundamentales universales y derechos patrimoniales singulares, y en particular entre libertad y propiedad, y en la incompreensión opuesta, determinada por su confusión dentro de la categoría indistinta de derechos subjetivos: por un lado, por la valoración liberal de la propiedad privada como derecho del mismo tipo que la libertad;⁵ por el otro, por la devaluación mar-

⁴ En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, he definido a las "normas téticas" como las normas que disponen inmediatamente, en forma general y abstracta, las situaciones expresadas por ellas (por ejemplo, aquellas que enuncian derechos fundamentales o aquellas que prescriben prohibiciones penales o las normas de señalización vial), y "normas hipotéticas" aquéllas que no disponen inmediatamente nada, pero pre-disponen situaciones jurídicas como efectos de los actos hipotéticamente previstos por ellas (por ejemplo, las normas del código civil que pre-disponen derechos patrimoniales u obligaciones civiles como efectos de los actos contractuales).

⁵ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), trad. al español de Armando Lázaro Ríos, Madrid, Aguilar, 1976, cap. II, pp. 6-7 y cap. IX, pp. 93-94, donde los

xista de la libertad ante el demérito asociado a la propiedad. Pero existen otras dos implicaciones de la forma universal de los derechos fundamentales, aún más relevantes para los fines de una teoría sobre sus garantías.

En primer lugar, por consistir en normas, estos derechos son indisponibles. Contrariamente a los derechos patrimoniales, que por su naturaleza son disponibles, negociables y enajenables, los derechos fundamentales no pueden ser enajenados. En esta tesis, se advierte, no hay ninguna opción de valor. No hay, en particular, nada de paternalista.⁶ No puedo enajenar mi libertad de opinión, o mi derecho de voto, o mi derecho a la salud, simplemente porque estos derechos son normas y, por ello, no son modificables por sus titulares, sea lo que sea que éstos quieran o hagan. A la inversa, por lo demás, donde la libertad de una persona fuera alienable, como sucedería por ejemplo en una sociedad esclavista, ésta no sería un derecho fundamental, sino un derecho precisamente patrimonial. Donde la asistencia sanitaria fuera una prestación retribuida, el derecho a la salud no sería un derecho fundamental sino un derecho patrimonial de crédito generado por un contrato. Si fuera lícito vender los propios ojos, éstos no serían objeto del derecho fundamental de la persona a la integridad física sino de un derecho patrimonial, como tal, alienable. En suma, es claro que la indisponibilidad de los derechos fundamentales, consecuente con su forma universal, representa su garantía respecto a las dinámicas del mercado al sustraerlos de la autonomía privada.

En segundo lugar, por su calidad de normas, en caso de que estos derechos sean establecidos en Constituciones rígidas su-

derechos fundamentales cuya protección justifica el contrato social son identificados con la vida, la libertad y la propiedad. La misma asociación entre libertad y propiedad es realizada por el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: "El fin de cualquier asociación política es la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión".

⁶ Que la indisponibilidad de los derechos fundamentales representa un "límite paternalista" a la autonomía privada es sostenido, por ejemplo, por Mario Jori, "La cicala e la formica", en Letizia Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turin, Giappichelli, 1993, p. 111.

periores a la legislación ordinaria, además de ser indisponibles constituyen límites y vínculos para la legislación y, por lo tanto, para los poderes políticos de la mayoría. Configuran la que podemos llamar "esfera de lo no decidible (hacer o no hacer)". De modo más preciso, los derechos de libertad, que consisten en inmunidades que se corresponden con prohibiciones dirigidas al Estado, definen la esfera de lo que ninguna mayoría puede decidir hacer; ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir que un hombre sea condenado a muerte o privado de su libertad personal sin que medie un proceso. Por el contrario, los derechos sociales, que consisten en expectativas positivas que se corresponden con obligaciones de prestación dirigidas al aparato público, por ejemplo en materia de asistencia sanitaria o de educación, definen la esfera de lo que ninguna mayoría puede decidir no hacer, como no proporcionar a alguien asistencia sanitaria o educación básica. En este sentido, los derechos fundamentales, si por un lado consisten en reservas de soberanía dirigidas a todos y cada uno y, por tanto, al pueblo en la totalidad de sus componentes; por el otro, equivalen a otros tantos límites o vínculos normativos a la democracia política, es decir, a la omnipotencia de la mayoría popular; en otras palabras, son normas que pueden ser tanto observadas como violadas por las leyes de la mayoría. Es en esta segunda implicación de la forma universal de los derechos fundamentales que se manifiesta, por otra parte, la separación específica entre la teoría del derecho y el derecho mismo, así como la ineludible normatividad de la primera respecto al segundo. Se pone sobre la mesa una cuestión de fondo, de enorme relevancia tanto teórica como metateórica, relativa a la configuración teórica de la relación entre derechos y garantías; y entiendo por "garantías" las obligaciones o las prohibiciones correlativas a los derechos, así como la justiciabilidad de sus violaciones.⁷

⁷ He llamado "garantías primarias" a las obligaciones (de prestación) y a las prohibiciones (de vulneración) correlativas a las expectativas positivas o negativas en las que consisten los derechos, y "garantías secundarias" a las sanciones y anulaciones dispuestas por el juez en el caso de violaciones a los derechos y a sus correspondientes garantías (en el ensayo aquí publicado "Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho", párr. 5).

Según una tesis ampliamente difundida que se remonta a Hans Kelsen, el derecho subjetivo no sería otra cosa que el “mero reflejo de una obligación jurídica”.⁸ “Tener un derecho subjetivo”, agrega Kelsen, “es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción”⁹ contra quien ha violado el correspondiente deber. En suma, según esta tesis los derechos y las garantías se implican recíprocamente; de esta manera, un derecho carente de garantías simplemente no existe, como han sostenido por ejemplo Riccardo Guastini y Danilo Zolo.¹⁰

Tengo la impresión de que semejante tesis, que confunde derechos y garantías, es bien poco kelseniana aunque se apoye en la autoridad de Kelsen. Por donde se le vea, es muy poco iuspositivista la tesis de que un derecho no existe si no está acompañado por las garantías respectivas, aunque esté establecido por una norma constitucional. Y sostenerla desde el plano teórico equivale, paradójicamente, a hacer que la teoría desarrolle funciones legislativas. No es casualidad que esta tesis fuera sostenida por Kelsen únicamente con referencia a los derechos

⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. al español de Roberto J. Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 7ª. ed., 1993, párr. 29, p. 141: “Este concepto de derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar como concepto auxiliar la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superflua”, y p. 140: “Si se designa la relación de un individuo que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como ‘derecho’, entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación”. Igualmente en *General Theory of Law and State* (1945), trad. al español de Eduardo García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, Parte I, México, UNAM, 2ª. ed., 1958, cap. VI, p. 94: “El derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo”.

⁹ *Ibid.*, p. 102.

¹⁰ Danilo Zolo, “La strategia della cittadinanza”, en *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 33, donde apela a “la perspectiva del realismo jurídico, de Roscoe Pound a Karl Olivecrona y Alf Ross” en respaldo de esta tesis. A su vez, Riccardo Guastini llama “derechos de papel” o “derechos ficticios”, en oposición a los “verdaderos derechos”, a todos aquellos que no son susceptibles de protección jurisdiccional, o no pueden ser reivindicados respecto de un sujeto determinado, o no tienen como contenido la obligación de un sujeto igualmente determinado (“Diritti” [1994], en *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turin, Giappichelli, 1996, pp. 151-152; trad. al español de Jordi Ferrer, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 185-186).

subjetivos patrimoniales, como la propiedad y el crédito,¹¹ que efectivamente nacen simultáneamente a las prohibiciones y a las obligaciones correspondientes, por efecto de su modo de adquisición. Pero esta simultaneidad no se reproduce en los derechos fundamentales, de los cuales Kelsen no habla a propósito de este problema. En realidad, tales derechos son (expresados directamente por) normas cuya existencia no implica en absoluto la de sus correspondientes garantías, es decir, las obligaciones o prohibiciones correlativas o la justiciabilidad de sus violaciones. Ni siquiera el homicidio será punible en virtud de la sola existencia del derecho a la vida si no hubieran leyes penales y procesales que lo previeran como delito y regularan su averiguación y su sanción. Como nos ha enseñado el mismo Kelsen —de manera distinta a los sistemas nomoestáticos como la moral y el derecho natural, donde las normas se deducen una de la otra— en los sistemas nomodinámicos, como son típicamente los de derecho positivo, la existencia de una norma que sanciona un derecho, una obligación o una prohibición, no es deducida de la existencia de otras normas sino inducida de su sólo acto de producción como hecho empírico.

Por consiguiente, bien se puede definir al derecho subjetivo como una expectativa positiva o negativa que se corresponde con la existencia, como garantía, de una obligación o una prohibición dirigidas a otros sobre el mismo asunto. Pero es claro que esta correspondencia o implicación, si no es descriptiva, como en el caso de los derechos patrimoniales, es normativa. Diremos entonces, precisamente para el caso de los derechos fundamenta-

¹¹ "Uno de los contratantes", escribe Kelsen a propósito de los derechos de crédito. "tiene un derecho contra el otro sólo cuando éste está obligado a conducirse en cierta forma frente al primero; el segundo tiene un deber jurídico sólo en cuanto el derecho objetivo establece una sanción para el caso de la conducta contraria", en *Teoría general del derecho y del Estado*, *op. cit.*, p. 96. Un enunciado análogo es presentado por Kelsen para los derechos reales: "El derecho reflejo de propiedad no es, propiamente, un derecho absoluto; es el reflejo de la multiplicidad de obligaciones de un número indeterminado de individuos con respecto de un mismo individuo, en relación a una y la misma cosa, a diferencia del derecho personal que sólo es el reflejo de la obligación de determinado individuo frente a otro individuo determinado", en *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, párr. 29, p. 145.

les, que establecer un derecho *equivale* (no a establecer sino) a imponer las garantías correlativas; o también, si no se quiere en absoluto poner en duda el carácter meramente descriptivo de la implicación, que afirmar la existencia de un derecho equivale a afirmar la existencia de la obligación de introducir la obligación o la prohibición correspondientes. Consecuentemente, es muy posible que dado un derecho subjetivo (fundamental) no existan —aunque deberían existir sobre la base de la mencionada definición teórica de derecho subjetivo— la obligación o la prohibición correspondientes a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que los prevé. Así como es posible que dada una obligación o una prohibición no existan —aunque deberían existir sobre la base de la definición del ilícito como presupuesto de una sanción— los órganos y los procedimientos competentes para conocer las violaciones y para aplicar las sanciones respectivas, a causa de la (indebida) inexistencia de las normas que configuran a unos y otros. Incluso, es posible que dado un permiso (por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento) exista —aunque no debería existir sobre la base de la definición de lo permitido como no prohibido, o del principio de no contradicción según el cual lo permitido equivale a lo “no permitido”— la prohibición (o el “no permiso”) del mismo comportamiento (por ejemplo, la manifestación del pensamiento vilipendioso), a causa de la (indebida) existencia de la norma que lo prevé. En suma, tanto las *lagunas* como las *antinomias* son posibles y en alguna medida inevitables en estos sistemas. Pero esto significa que las tesis de la teoría, como la definición de “derecho subjetivo” como expectativa que se corresponde con una obligación y una prohibición a su vez justiciables, son, igual que el mismo principio de no contradicción, tesis de tipo deóntico o normativo, no sobre el ser sino sobre el deber ser del derecho del cual se habla.¹²

De esto se deriva una consecuencia de gran importancia teórica y metateórica. La enunciación de un derecho fundamental

¹² Para una argumentación analítica de esta tesis, véase mi ensayo “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*

dentro de un sistema nomodinámico de derecho positivo, tanto más si es establecida en una Constitución rígida, no es desmentida, sino que es violada tanto por la presencia de normas que estén en contradicción con ella como por la ausencia de las debidas garantías. De aquí resulta una separación entre el deber ser y el ser del derecho que no puede ser ignorada, sino que debe ser tratada por la teoría y por la metateoría del derecho. Desde el plano teórico supone que la ausencia de garantías, que por ejemplo es prácticamente total en el derecho internacional, debe ser leída como una indebida laguna que los poderes públicos están obligados a colmar. Desde el plano metateórico, supone un papel no meramente descriptivo sino también crítico y normativo de la ciencia jurídica respecto a su objeto, en virtud de la separación entre sus distintos niveles normativos; un papel crítico respecto de las lagunas y de las antinomias que la ciencia jurídica tiene la tarea de poner de manifiesto, y normativo por lo que respecta a la legislación y a la jurisdicción, papel que se impone ejercer a la teoría del derecho.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
--------------------	---

PRIMERA PARTE METATEORÍA DEL DERECHO

1. La semántica de la teoría del derecho	17
2. La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley	75
3. La pragmática de la teoría del derecho	109
4. Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho	141

SEGUNDA PARTE CULTURA JURÍDICA Y GARANTISMO

5. La cultura jurídica en la Italia del siglo xx	169
6. El juicio penal	231
7. Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el estado constitucional de derecho	253
8. Juspositivismo crítico y democracia constitucional ..	265
9. Derechos fundamentales y crítica del derecho	283



**BIBLIOTECA DE ÉTICA,
FILOSOFÍA
DEL DERECHO Y POLÍTICA**



Dirigida por:

Ernesto Garzón Valdés (Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

- | | | | |
|------|--|------|--|
| 1 • | PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA
Y DE LA PRAGMÁTICA DEL DERECHO
Ulrich Klug | 14 • | SOCIOLOGÍA Y JURISPRUDENCIA
Rüdiger Lautmann |
| 2 • | CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES
W. N. Hohfeld | 15 • | LÓGICA DEL DERECHO
Rupert Schreiber |
| 3 • | LENGUAJE JURÍDICO Y REALIDAD
Karl Olivecrona | 16 • | PROBLEMAS DE ÉTICA NORMATIVA
Norbert Hoerster |
| 4 • | DERECHO E INCERTIDUMBRE
Jerome Frank | 17 • | MORAL Y DERECHO
Polémica con Uppsala
Theodor Geiger |
| 5 • | EL DERECHO Y LAS TEORÍAS ÉTICAS
CONTEMPORÁNEAS
George Nakhnikian | 18 • | DERECHO Y FILOSOFÍA
Ernesto Garzón Valdés (Comp.) |
| 6 • | DERECHO, LÓGICA, MATEMÁTICA
Herbert Fiedler | 19 • | ESTUDIOS SOBRE TEORÍA DEL DERECHO
Y LA JUSTICIA
Otfried Höffe |
| 7 • | EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y OTROS
ENSAYOS
Alf Ross | 20 • | EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL DERECHO
Y otros ensayos
Werner Krawitz |
| 8 • | CONTRIBUCIONES A LA TEORÍA PURA DEL
DERECHO
Hans Kelsen | 21 • | EL CONCEPTO DE ESTABILIDAD
DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS
Ernesto Garzón Valdés |
| 9 • | ¿DERECHO SIN REGLAS?
Los principios filosóficos de la teoría del Estado
y del derecho de Carl Schmitt
Matthias Kaufmann | 22 • | LÓGICA DE LAS NORMAS
Y LÓGICA DEONTICA
Georges Kalinowski |
| 10 • | ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?
Hans Kelsen | 23 • | MARXISMO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
Manuel Ajenza y Juan Ruiz Manero |
| 11 • | ¿QUÉ ES LA TEORÍA PURA DEL DERECHO?
Hans Kelsen | 24 • | RACIONALIDAD Y EFICIENCIA DEL DERECHO
Albert Calsamiglia |
| 12 • | EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO
Norberto Bobbio | 25 • | ALGUNOS MODELOS METODOLÓGICOS
DE "CIENCIA" JURÍDICA
Carlos S. Nino |
| 13 • | LAS INSTITUCIONES MORALES
Harbmut Klement | 26 • | ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL
Francisco Laporta |

<p>27 • ESTUDIOS SOBRE Kelsen Letizia Gianfranceschi</p> <hr/> <p>28 • LÓGICA Y DERECHO Ulises Schmill</p> <hr/> <p>29 • EL CONCEPTO DE SOLIDARIDAD Javier de Lucas</p> <hr/> <p>30 • DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA Robert Alexy</p> <hr/> <p>31 • POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLÓGICO Y ANTI-NATURALISMO Eduardo García Máynez</p> <hr/> <p>32 • ÉTICA CONTRA POLÍTICA Eliás Díaz</p> <hr/> <p>33 • EL CONCEPTO DE INFLUENCIA Y OTROS ENSAYOS Ruth Zimmerling</p> <hr/> <p>34 • POLÍTICA, HISTORIA Y DERECHO EN NORBERTO BOBBIO Alfonso Ruiz Miguel</p> <hr/> <p>35 • RACIONALIDAD JURÍDICA, MORAL Y POLÍTICA Javier Esquivel</p> <hr/> <p>36 • NORMAS Y ACTITUDES NORMATIVAS Pablo Navarro y Cristina Redondo</p> <hr/> <p>37 • INFORMÁTICA Y DECISIÓN JURÍDICA Julia Barragán</p> <hr/> <p>38 • INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y CRÍTICA JURÍDICA Modesto Saavedra</p> <hr/> <p>39 • SOBRE LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS Carlos Akhourrón y Eugenio Bulgryn</p> <hr/> <p>40 • DERECHO, RACIONALIDAD Y COMUNICACIÓN SOCIAL Ensayos sobre filosofía del derecho Aulis Aarrio</p> <hr/> <p>41 • SOBRE LA DEROGACIÓN Ensayo de dinámica jurídica Josep Aguiló</p> <hr/> <p>42 • LA NOCIÓN DE SISTEMA EN LA TEORÍA DEL DERECHO Ricardo Caracciolo</p>	<p>43 • FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA José Fernández Santillán</p> <hr/> <p>44 • EXPLORACIONES NORMATIVAS Hacia una teoría general de las normas Daniel Mendonça</p> <hr/> <p>45 • POSITIVISMO JURÍDICO, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS Agustín Squella</p> <hr/> <p>46 • ENSAYOS DE INFORMÁTICA JURÍDICA Antonio Enrique Pérez Luño</p> <hr/> <p>47 • RAZÓN Y SOCIEDAD León Olivé</p> <hr/> <p>48 • ESTUDIOS DE ÉTICA JURÍDICA Jorge Malem</p> <hr/> <p>49 • NORMAS JURÍDICAS Y ESTRUCTURA DEL DERECHO José Juan Moreso</p> <hr/> <p>50 • UTILITARISMO, LIBERALISMO Y DEMOCRACIA Martín Diego Farrell</p> <hr/> <p>51 • ENSAYOS SOBRE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Paulette Dieterlen</p> <hr/> <p>52 • EL SIGNIFICADO POLÍTICO DEL DERECHO Josep M. Vilajosana</p> <hr/> <p>53 • CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Roberto Gargarella</p> <hr/> <p>54 • LAS LIMITACIONES DEL SOBERANO Ernesto Abril</p> <hr/> <p>55 • POSITIVISMO CRÍTICO Y DERECHO MODERNO Kaario Tuori</p> <hr/> <p>56 • EDUCACIÓN LIBERAL Un enfoque igualitario y democrático Rodolfo Vázquez</p> <hr/> <p>57 • DEBER Y SABER Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral Ricardo Guibourg</p> <hr/> <p>58 • ENSAYOS SOBRE LIBERALISMO Y COMUNITARISMO Eduardo Rivera López</p>
---	--

<p>59 • LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESTRUCTURA SOCIAL Owen Fiss</p>	<p>73 • RAZONAMIENTO JUDICIAL Y REGLAS Ángeles Ródenas</p>
<p>60 • CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO Luis Prieto Sanchis</p>	<p>74 • DERECHO Y RAZÓN Aleksander Peczenik</p>
<p>61 • NORMAS, VERDAD Y LÓGICA Georg Henrik von Wright</p>	<p>75 • ENSAYOS DE BIOÉTICA Reflexiones desde el Sur Florencia Luna</p>
<p>62 • ENTRE LA REVOLUCIÓN Y LA DESCONSTRUCCIÓN. El humanismo jurídico de Luc Ferry y Alain Renaut Eric Herrán</p>	<p>76 • HÖHFELD Y EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Matti Niemi</p>
<p>63 • DERECHO Y ORDEN Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos Martín Díaz y Díaz</p>	<p>77 • ESTUDIOS ÉTICOS Karl Otto Apel</p>
<p>64 • RAZÓN Y ELECCIÓN Hugo Zuleta</p>	<p>78 • DOS ESTUDIOS SOBRE LA COSTUMBRE Bruno Celano</p>
<p>65 • CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Dante Cracogna</p>	<p>79 • CUESTIONES LÓGICAS EN LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS José María Saucá</p>
<p>66 • DERECHO, PODER Y DOMINIO Massimo La Torre</p>	<p>80 • IGUALDAD, DIFERENCIAS Y DESIGUALDADES María José Añón</p>
<p>67 • ÉTICA ANALÍTICA Y DERECHO Fernando Salmerón</p>	<p>81 • ENSAYOS SOBRE JURISPRUDENCIA Y TEOLOGÍA Hans Kelsen</p>
<p>68 • RAZONAMIENTO JURÍDICO Elementos para un modelo Paolo Comanducci</p>	<p>82 • LA NATURALEZA FORMAL DEL DERECHO Robert Summers</p>
<p>69 • ESTADO DE DERECHO Problemas actuales Liberio Hiesro</p>	<p>83 • ÉTICA, PODER Y DERECHO Gregorio Peces-Barba</p>
<p>70 • DERECHOS HUMANOS Historia y Filosofía Mauricio Beuchot</p>	<p>84 • CONOCIMIENTO JURÍDICO Y DETERMINACIÓN NORMATIVA José Juan Moreso, Pablo Navarro y Cristina Redondo</p>
<p>71 • DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN AUTORITARIO José Ramón Cossío</p>	<p>85 • DERECHO, JUSTICIA Y LIBERTAD Pablo Ruiz-Tagle</p>
<p>72 • EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Pablo Larrañaga</p>	<p>86 • DERECHOS HUMANOS Y PAZ MUNDIAL Ermanno Vitale</p>
	<p>87 • G. H. VON WRIGHT Y LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO Daniel González Lagier</p>

88	•	EPISTEMOLOGÍA Y GARANTISMO Luigi Ferrajoli
89	•	LA DERROTABILIDAD DEL DERECHO Agustín Pérez Carrillo
90	•	DERECHO DE LOS NIÑOS Entre teoría y justicia Isabel Fanlo (comp.)
91	•	CUESTIONES JUDICIALES Manuel Atienza
92	•	ENSAYOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Michel Troper
93	•	VIRTUD Y JUSTICIA EN KANT Faviola Rivera
94	•	FICCIONES JURÍDICAS Hans Kelsen, Lon F. Fuller y Alf Ross
95	•	EL IUSNATURALISMO ACTUAL De M. Villey a J. Finnis Rodolfo L. Vigo
96	•	DEMOCRACIA Y PLURALISMO Ángel Oquendo
97	•	PALABRAS Y REGLAS Timothy Endicott
98	•	DERECHO, LENGUAJE Y ACCIÓN Paolo di Lucia
99	•	LOS HECHOS EN LA SENTENCIA PENAL Perfecto Andrés
100	•	ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES Claudia Orunesu, Pablo M. Perol, Jorge L. Rodríguez

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

10

Abril 1999

PODER Y CORRUPCIÓN

- Jesús Glez. Amuchastegui
- Nora Rabortnikof
- Jesús Silva-Herzog Márquez
- Susan Rose-Ackerman
- José Ramón Cossío

Corrupción, democracia y responsabilidad política.
Corrupción política: definiciones técnicas y sentidos sedimentados.
La corrupción y el liberalismo del favor.
Corrupción y economía global.
Transición democrática y corrupción.

Carta abierta de Ernesto Garzón Valdés a Juan Ramón Capella

ARTÍCULOS

- Juan Ruiz Manero
- Leticia Bonifaz
- Daniel González Lagier
- Cristina Hermida
- Ana Lilia Ulloa

Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Butygin.
El derecho y el tiempo. Las relaciones jurídicas intergeneracionales.
Diez tesis sobre la acción humana.
¿Es el derecho un factor de cambio social?
Democracia sustancial y el coto vedado de los derechos humanos.

NOTAS

- Bernardo Bolaños
- Eric Herrán
- Raúl Mejía
- Agustín Squella

La sociología del conocimiento y el problema de la objetividad en el derecho.
El poder de Foucault: una miniatura.
En torno a la interpretación jurídica.
La despedida de un maestro.

Índice analítico de los diez primeros números de Isonomía.

12

CONSTITUCIONALISMO Y DIVERSIDAD CULTURAL

- Ernesto Garzón Valdés
- Corina Yturbe
- José Antonio Aguilar
- José Ramón Cossío
- Miguel Carbonell

El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías.
Constitucionalismo, globalización y ciudadanía.
El sonido y la furia: crítica de la persuasión multicultural
Constitucionalismo y multiculturalismo.
Constitucionalismo, minorías y derechos.

ARTÍCULOS

- Pablo Navarro
- Ruth Zimmerling
- Jesús de la Torre Rangel

Enunciados jurídicos y proposiciones normativas.
Algunas consideraciones sobre la parte sumergida del iceberg, o: Javier Muguerza, perplejo ante la racionalidad.
Mandar obedeciendo.

NOTAS

- Dante Cracogna
- Bernardo Bolaños

El legado de Carlos Cossío.
Popper y la conjetura judicial.

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col. del Carmen Cuicuilán, México, D. F., 04100. Tel. 5 659 7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Tonto No. 1, San Ángel, Iztapalapa, Tel. 5 628 4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

13 Octubre 2000

DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO

- Pablo Navarro *Presentación.*
- Carlos Alchourrón *Sobre derecho y lógica.*
- Cristina Redondo *Lógica y concepciones del derecho.*
- Eugenio Bulygin *Sistema deductivo y sistema interpretativo.*
- Pablo Navarro y Jorge Rodríguez *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas.*
- Juan Carlos Bayón *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico.*

ARTÍCULOS

- Mario Bunge *El derecho como técnica social de control y reforma.*
- Michelangelo Bovero *La intransigencia en el tiempo de los derechos.*
- María Bono *La ciencia del derecho y los problemas del lenguaje natural.*

NOTAS

- Cristina Hermita *Poder y autoridad.*
- Reyes Rodríguez *Teoría de la legislación y nuevo institucionalismo.*

Décimo Aniversario del Seminario Eduardo García Máynez

14 Abril 2001

ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

- Guillermo O'Donnell *Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconianza política.*
- Ernesto Garzón Valdés *Derecho y democracia en América Latina.*
- Hugo Concha *América Latina: entre el impulso democratizante y la creación de un Estado de derecho.*
- Gabriel Negretto *El constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y emergencia económica en América Latina.*

ARTÍCULOS

- Rolando Tamayo *Thales de Mileto vs. Resto del mundo.*
- José Juan Moreso *El encaje de las piezas del derecho. -Primera parte-*
- Eduardo Hernando *Entre la excepción y la regla.*

NOTAS

- Miguel Carbonell *Los derechos fundamentales en la Constitución mexicana.*
- Francisca Pou *Redescubriendo a Unger.*
- Napoleón Conde *Entrevista a Ulises Schmill.*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col. del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tzapán. Tel. 5-628-4141

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

15 Octubre 2001

DERECHOS HUMANOS

- Horacio Spector *La filosofía de los derechos humanos*
- Juan A. Cruz Parcerero *Derechos morales: concepto y relevancia*
- Gerardo Pisarello *Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales*
- Erik Lagerpetz *Sobre los derechos lingüísticos*

ARTÍCULOS

- Guillermo Hurtado *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México. -Primera parte-*
- José Juan Moreso *El encaje de las piezas del derecho*
- José Luis Pérez Triviño *El renacimiento de los castigos avergonzantes*

NOTAS

- Rogelio Larios *La controversia Schmill-Butygin sobre la relación entre lógica y derecho*
- Leticia Bonifaz *Nota sobre Martín Díaz y Díaz*

16 Abril 2002

POSITIVISMO CRÍTICO, DERECHOS Y DEMOCRACIA

- Luigi Ferrajoli *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*
- Michelangelo Bovero *Democracia y derechos fundamentales*
- Ermanno Vitale *Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales*
- Ulises Schmill *Comentarios a Juspositivismo crítico y democracia constitucional de Luigi Ferrajoli*

ARTÍCULOS

- Guillermo Hurtado *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México. -Segunda parte-*
- Paolo Comanducci *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*
- Emmanuel Picavet *Conflicto de intenciones y racionalidad de los sistemas de normas*
- Julia Barragán *La paradoja de autoridad y los problemas de formación del capital social*
- Mauro Barberis *Libertad y liberalismo*

NOTAS

- Juan Aguirre de la Hoz *Sobre Reinventar la democracia. Reinventar el Estado de Boaventura de Sousa Santos*
- Antonio Peña Freire *Sobre Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica de Jordi Ferrer*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 47B Col. del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, 12440án
Tel. 5-628-4143

REGULACIÓN, MERCADO Y CONSTITUCIÓN

- Pablo Larrañaga
 - Leigh Hancher y Michael Moran
 - Cass R. Sunstein
 - Viktor J. Vanberg
- Presentación*
- Las funciones de las normas regulativas
 - Mercados y regulación

ARTÍCULOS

- José Ramón Cossío
 - Enrique Serrano
 - Guillermo Lariguet
 - Alejandro Madrazo
- La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper*
- República y derecho*
- Estado de derecho y cultura jurídica en México*

NOTAS

- José Juan Moreso
 - Daniel Mendonça
 - José Luis Martí
 - Emilio Zebadua
- Guastini sobre la ponderación*
- Riccardo Guastini, analítico*
- El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*
- El uso democrático de la ley*

PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

18 Abril 2003

ARTÍCULOS

- Eugenio Buljagin
- Ernesto Garzón Valdés
- Michael Troper
- Rafael Hernández Marín
- Alberto Filippi
- Jesús Orozco Henríquez

NOTAS

- Pablo Bonurino
- Hugo Selme

- Los jueces ¿crean derecho?*
- El papel del poder judicial en la transición a la democracia*
- El poder judicial y la democracia*
- Sobre la concepción lógica del derecho*
- La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y en España. -Primera parte-*
- Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano*
- Interpretación y aplicación del derecho. Apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín*
- Equilibrio reflexivo y consenso sobrepujado*

ITAM



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
 DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
 del Carmen, Coahuila, México, D. F. 06100. Tel. 5-659-7112
 LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
 DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tlalpaín
 Tel. 5-628-4143

Instituto Tecnológico Autónomo de México

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

19 Octubre 2003

TOLERANCIA Y PLURALISMO CULTURAL

- Mark Platts, *Detrás de la tolerancia*
- Faviola Rivera, *Rawls, filosofía y tolerancia*
- Javier de Lucas, *Sobre el papel del derecho y el contrato político en el proyecto intercultural*
- Francisca Poni, *Contra la lengua invisible*

ARTÍCULOS

- Alberto Filippis, *La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y España. Segunda parte*
- Raúl Cely y Carlos Venier, *La inmaterialidad de las justificaciones consecuentistas en las decisiones judiciales*
- Oscar Sardo, *Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde la institución*
- Pablo Peral, *Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica*

CARTA ABEREAL: "UNA VERGÜENZA MÁS"

NOTAS

- Luigi Ferrajoli, *Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero*
- Adrián Kemmer, *Justicia constitucional y esfera de lo inconstitible en Luigi Ferrajoli*
- José Juan Morales, *Comentarios sobre neoconstitucionalismo*

20 Abril 2004

JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

- David Wippman, *No sobreestimar a la Corte Penal Internacional*
- Kai Ambos, *Common Law y los disparos del ocau*
- Alfonso Ruiz Miguel, *Crítica a justicia y derecho internacional*
- Robert Summers, *Los derechos humanos y su protección*
- Ralf Zimmering, *Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar*
- Juan Antonio Cruz, *Derechos humanos y orden internacional*

ARTÍCULOS

- Jesús Silva-Schwarz Marquez, *Bobbio y la sabiduría del pesimismo*
- Giorgio Mantaci, *Algunas notas sobre coherencia y balaceo en la teoría de Robert Alexy*
- David Sobrevida, *La concepción de una "justicia política" de Ciudad Real, Lluís Ferré, Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica*

NOTAS

- Michelangelo Bovero, *El realismo de Bobbio*
- José Luis, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*

Índice analítico de los veinte primeros números de *Isonomía*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo - H. Col.
del Carmen Cuauhtémoc México, D.F. 06400 Tel: 56301111
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO "ELAN" R. A. Unidad No. 1, San Ángel, Tzucupán.
Tel: 56274113