

EL DERECHO COMO SISTEMA DE GARANTIAS*

Luigi Ferrajoli
Profesor de Teoría General
y Filosofía del Derecho
Camerino, Italia

1. CRISIS DEL DERECHO Y CRISIS DE LA RAZON JURIDICA. EL MODELO GARANTISTA.

Estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del Derecho, que manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Distinguiré, esquemáticamente, tres aspectos de esta crisis.

Al primero de ellos lo llamaré *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En Italia -pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y en España- numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz, en estos meses, un gigantesco sistema de corrupción, que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de estado paralelo, desplazado a sedes extralegales y extrainstitucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento. En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de los límites y los vínculos que las mismas imponen al ejercicio

El presente artículo describe la crisis por la que atraviesa actualmente el derecho, definiéndola fundamentalmente como un resquebrajamiento del principio de legalidad y del sistema garantista, que son, en definitiva, los rasgos distintivos del Derecho contemporáneo.

Sin embargo, el autor plantea un nuevo enfoque para la solución de esta crisis, el cual tiene como punto de partida una redefinición de la razón jurídica, posibilitando así, la elaboración y diseño de nuevas técnicas en la formulación del Derecho y, asimismo, asignándole un papel crítico que posibilite corregir las contradicciones que el Estado de Derecho, como tal, alberga.

* Ponencia expuesta en las jornadas sobre «La crisis del derecho y sus alternativas», organizada por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992. Agradecemos al Dr. César San Martín por haber cedido el presente artículo para su publicación.

El presente artículo fue originalmente publicado en la revista «Jueces para la Democracia», N° 16-17, 1992.

de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del ex presidente de la República italiana por atentado contra la Constitución, la pérdida de contenido de la función parlamentaria, los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servicios secretos.

El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es el de la inadecuación estructural de las formas del estado de derecho a las funciones del *welfare state*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del estado social. Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta, y por tanto eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad, y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Es claro que se trata de un aspecto de la crisis del derecho que favorece al señalado con anterioridad. Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y control, al sistema de las garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad, constituye un factor de ineficacia de los derechos y el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.

Un tercer aspecto de la crisis del derecho está ligado a la *crisis del estado nacional* y se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la

alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales, fuera de los confines de los estados nacionales. Y aunque este proceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legitimables estados nacionales y de las tradicionales fronteras estalinistas de los derechos de ciudadanía, pone en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario -directivas, reglamentos y, después del Tratado de Maastricht, decisiones económicas e incluso militares-, sustraídas a controles parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra nacionales.

Es evidente que esta crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del estado de derecho. Y se resuelve en la producción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos.

Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que la interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada «*complejidad*» de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político y, por otra parte la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos, generarían -según autores como Luhmann, Teubner y Zolo- una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales¹.

¹ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, (1972), trad. it. de A. Febbrajo, *Sociología del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1977, págs. 245-254; *id.* *II Welfare State come problema politico e teorico*, en *Transformazione e crisi del Welfare State*, E. Fano, S. Rodotà y G.

Me parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser -importa poco si en clave determinista o apologética- es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación. No cabe duda que una aproximación realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo. Y, sin embargo, el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto. Y nada hay de necesario en sentido determinista ni de sociológicamente natural en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos. No hay nada de inevitable y de irremediable en el caos normativo, en la proliferación de las fuentes y en la consiguiente incertidumbre e incoherencia de los ordenamientos, con las que la sociología jurídica sistémica representa habitualmente la actual crisis del estado de derecho.

Yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo del caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en ese artificial *reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el estado de derecho. La situación del derecho propia del *ancien regime* era bastante más «compleja», irracional y desregulada que la actual. La selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomia jurídica de los poderes que tuvieron enfrente los clásicos del iusnaturalismo y de la ilustración, que desde Hobbes hasta Montesquieu y Beccaria, formaban un cuadro segura-

mente más dramático y desesperante que el que aparece hoy entre nuestros ojos. Y también entonces, en los orígenes de la modernidad jurídica, fueron muchas y autorizadas las voces que se levantaron contra la pretensión de la razón jurídica de reordenar y reconstruir su propio objeto en función de los valores de la certeza y de la garantía de los derechos: basta pensar en la oposición de Savigny y de la Escuela Histórica a los proyectos de codificación y, desde una perspectiva bien diferente, en la incomprensión y la infravaloración por Jeremy Bentham de la Declaración Francesa de los Derechos de 1789.

El problema representado por las múltiples formas en que ahora se expresa la crisis del derecho pone a la razón jurídica ante un reto que no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por los juristas ilustrados, al emprender la obra de la codificación bajo la enseñanza del principio de la legalidad. Si bien, respecto de la tradición positivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permite configurar y construir hoy el derecho -bastante más que en el viejo estado liberal- como un sistema *artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya 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 el rasgo específico del *estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el «ser» o la «existencia» del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, «puesto» o «hecho» por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el «deber ser» del derecho positivo, o sea sus condiciones de «validez», resulta positivizado

Marramao (eds.), Angeli, Milán, 1983, p. 352; *id.*, The Unity of the Legal System, en *The Self-Reproduction of the Law*. Actas del congreso sobre «Autopoiesis in Law and Society», Instituto Universitario Europeo, Florencia 1984; *id.*, Some Problems with «Reflexive Law», *ivi*; G. Teubner (ed.) *O Dilemma of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1984; *After Legal Instrumentalism?*, *ivi*; H. Wilke, G. Teubner, *Konnexte und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexive Fecht*, en «*Zeitschrift für Rechtssoziologie*», 1984, 6, n.1; d. Zolo, Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giapiccheli, Turín, 1993; *id.*, *Cittadinanza democratica e quiurisdizione*, en curso de publicación en «*Questione giustizia*».

por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos -igualdad, dignidad de la persona, derechos fundamentales- por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes -su «deber ser», y no sólo su «ser»- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a formas de producción, sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

Gracias a esta doble artificialidad -de su «ser» y de su «deber ser»- la legalidad positiva o formal en el estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que también ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos, no sólo formales, sino también sustanciales. Podemos llamar «*modelo*» o «*sistema garantista*», por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia, y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la in-

terpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y por tanto del papel de la ciencia jurídica que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto².

2. RACIONALIDAD FORMAL Y RACIONAL SUSTANCIAL EN EL PARADIGMA GARANTISTA DE LA VALIDEZ.

Comencemos por la primera alteración producida por el modelo garantista en el esquema positivista clásico: la que afecta a la teoría del derecho. Según la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del derecho -de Kelsen a Hart y Bobbio-, la «validez» de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva a su vez de una incompreensión de la complejidad de la legalidad en el estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas -habitualmente establecido en nuestros ordenamientos con rango constitucional-, no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma -por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad-, por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una forma sustancial sobre su producción.

Como es sabido, Hans Kelsen trató de resolver esta aporía afirmando la validez también de las normas, comprendidas por ejemplo en las leyes ordinarias, cuyos contenidos se encuentren en contradicción con normas superiores, como las constitu-

² Estas cuatro implicaciones del modelo garantista serán desarrolladas de manera más analítica y rigurosa en un trabajo de teoría del derecho de próxima publicación. Ahora puede consultarse: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2ª ed. 1990, págs. 348-362, 551-556, 898-992 (edición castellana en preparación por Editorial Trotta, Madrid); y *Note critiche e autocritiche intorno alla discussiones su «Diritto e ragione»*, en L. Gianformaggio, *op. cit.*, apartados 1 y 3.

cionales. Estas normas, escribe, «permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine»³. De este modo, confunde la anulación con la abrogación y, lo que es más grave, calca el deber ser sobre el ser del derecho valorando, con una suerte de presunción general de legitimidad, todas las normas vigentes como válidas. Herbert Hart, de modo más consecuente, ha negado la validez de tales normas, situando las normas sustanciales sobre su producción en el mismo plano que las formales en materia de competencia, con el resultado todavía más insostenible de negar la existencia de las normas formal, pero no sustancialmente, conformes con las relativas a su producción y, en consecuencia, de calcar el ser sobre el deber ser del derecho y de desconocer como no vigentes las normas inválidas y, sin embargo, aplicadas hasta que se produzca su anulación⁴.

Estas aporías desaparecen cuando se abandona la concepción paleopositivista de la validez, ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no sólo formal sino también sustancial, de las fuentes de producción jurídica, en los ordenamientos dotados de constitución rígida. En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o la legitimidad de las normas: la que se puede llamar «vigencia» o «existencia», que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o la correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la «validez» propiamente dicha o, si se trata de leyes, la «constitucionalidad», que por el contrario tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción.

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí: la *vigencia* guarda relación con la *forma* de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de *correspondencia* de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la *validez*, al referirse al *significado*, es por el contrario una cuestión de *coherencia* o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. En términos kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas sobre la producción es en el primer caso de tipo *nomodinámico* y en el segundo de tipo *nomostático*; y la observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). Carecería de sentido decir que una ley no promulgada o un testamento sin forma escrita son incoherentes o contradicen las normas formales que imponen la promulgación de las leyes o la forma escrita de los testamentos; así como no tendría sentido decir que una ley lesiva para el *habeas corpus* o para el principio de igualdad no es subsumible en (o no aplica) las normas constitucionales sustanciales que contradice.

El paradigma del estado constitucional de derecho -o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad material» weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción a dos tipos de reglas diferentes de ambas dimensiones, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como

³ H. Kelsen: *General Theory of Law and State*, (1945), trad. de E. García Maynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p 137.

⁴ H. Hart: *The Concept of Law*, trad. de G.R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, cap IV, apartado 3, págs. 82 y ss. También Bobbio, como Kelsen, identifica la validez con la «existencia» y se priva así de la posibilidad de dar cuenta de la existencia de normas inválidas. Es cierto que distingue entre «validez formal» y «validez material», identificando esta última con la coherencia lógica de la norma «con otras normas válidas del ordenamiento» (Sul ragionamento del giurista, en *Rivista di diritto civile*, I, 1995, ahora en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1989, vol II, págs. 167-169). Sin embargo, su identificación de la validez con la existencia y por tanto de la invalidez con la inexistencia, le construye, a propósito de la norma formalmente pero no sustancialmente válida por ser «incompatible con una norma jerárquicamente superior», a hablar de «abrogación implícita» de la primera por parte de la segunda en el mismo sentido en el que se afirma que una norma es implícitamente abrogada por otra sucesiva de significado incompatible. *Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Turín, 1958, págs. 37-38; hay trad. cast. de E. Roza Acuña en *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991. De este modo, no queda claro si para Bobbio una norma semejante, cuya incompatibilidad se produce con una norma superior a ella por lo general precedente, existe (como para Kelsen) hasta su implícita abrogación por el intérprete, o no existe (como para Hart) al resultar implícitamente abrogada ab origine. En ambos casos queda sin explicitar el fenómeno de la norma inválida y no obstante vigente (o existente) hasta el pronunciamiento que determina su invalidez: que no consiste, en efecto, en una abrogación implícita por vía de interpretación asimilable a la de la norma en contradicción con otra norma sucesiva de nivel equivalente, sino de un acto de jurisdicción con el que (la existencia de) la norma inválida queda formalmente anulada.

lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una «racionalidad formal»; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una «racionalidad material» orientada a fines, como lo sería la propia del moderno estado social. Todos los derechos fundamentales -no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo los *fines* a que está orientado este moderno artificio que es el estado constitucional de derecho.

3. DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL.

Se comprende -y con ello entro en la segunda innovación introducida por el modelo garantista en el modelo paleopositivista- que una dimensión sustancial del estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás. En segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.

Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial, no sólo en el derecho, sino también en la democracia. Y el constitucionalismo, del que ayer Neil MacCormick hizo una apasionada defensa, es no tanto, como él ha dicho, un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial. En efecto, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido -las *formales* que condicionan la *vigencia* y las *sustanciales* que condicionan la *validez*- garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión for-

mal de la «*democracia política*», que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse «*democracia sustancial*», puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizada por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella.

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación, sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.

Es claro que semejante estructura del estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia: a causa de la posible *incoherencia* generada por normas que resulten inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible; o, a la inversa, por la posible *falta de plenitud* debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Estos son los dos posibles vicios del ordenamiento: las *antinomias* y las *lagunas*, determinados, respectivamente, en virtud de su diversa estructura, por los *derechos de libertad*, que consisten en *expectativas negativas* a las que corresponden límites negativos, y por los *derechos sociales*, que, a la inversa, consisten en *expectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos para los poderes públicos.

Ambos tipos de vicios son en alguna medida fisiológicos, y sería ilusorio suponer su total elimi-

nación. Un estado constitucional de derecho es por naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el estado absoluto -poco importa si políticamente democrático- donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, es por eso sólo válida.

De este modo, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia, que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos o no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales -ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales- como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del «derecho inválido» o «lagunoso» -o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho- es la condición previa tanto del estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.

De otra parte, los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud, si bien son irreducibles más allá de ciertos límites, dentro de ellos son reducibles mediante adecuadas *garantías*, que no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normativa y efectividad, y por lo tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela y satisfacción han sido previstas las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan. Las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que la satisface. En todos los

casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos de las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.

4. EL PAPEL DEL JUEZ Y LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DE SU INDEPENDENCIA.

Esta concepción de la validez de las normas en el estado constitucional de derecho, y al mismo tiempo de la relación entre las que he llamado «democracia política» (o «formal») y «democracia sustancial», se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Esta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad, por parte de los poderes públicos.

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa -dicho sea incidentalmente- entendíamos hace veinte años con la expresión «jurisprudencia alternativa», recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibañez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrílico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su

reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean -o justamente porque son- poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen. Este es el sentido de la frase «existen tribunales en Berlín!»: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena o a condenar, cuando existan pruebas, aun cuando esa misma opinión quisiera la absolución.

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No deriva de la voluntad de la mayoría. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado «democracia sustancial». En este sentido, el principio de igualdad y de legalidad se conjugan, como la otra faz de la misma medalla, con el segundo fundamento de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso.

Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su

consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso, y sobre todo del proceso penal, las doctrinas «consensualistas» y «discursivas» de la verdad que -nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)- algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones de la pena. En efecto, ningún consenso -ni el de la mayoría, ni el del imputado- puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles. Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación.

5. LA CIENCIA JURIDICA Y EL RETO DE LA COMPLEJIDAD.

La cuarta y última alteración introducida en el modelo paleopositivista por el modelo garantista es la que afecta al papel de la cultura jurídica. Y permite, a mi juicio, reaccionar frente al excesivo pesimismo alimentado -como he recordado al comienzo- por muchos análisis de la actual crisis del derecho.

Se ha dicho que incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el estado constitucional de derecho, que van unidos a la distinción de niveles normativos en que se articula su estructura formal. Es cierto que estos vicios, más allá de tales límites, pueden llegar a ser patológicos y tienen el peligro de resolverse en una crisis de la democracia. Pero ello no depende de su supuesta incompatibilidad con las formas -en efecto, bastante más complejas que las paleopositivas y clásicamente liberales- del estado constitucional de derecho, como lamentan cuantos ven en ellos los síntomas de la crisis de la función normativa del derecho. Por el contrario, como he tratado de hacer ver, la posibilidad misma de estos vicios representa el rasgo distintivo y hasta, con paradoja aparente, el mayor mérito del estado democrático de derecho, que, por su naturaleza, excluye formas de legitimación absoluta y permite siempre, más que la legitimación, la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimientos de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales.

Lo que sí entra en crisis a causa del paradigma garantista es el esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico. Una legalidad compleja como la que aquí se ha ilustrado de forma esquemática, con los dos posibles vicios virtualmente unidos a ella, retroactúa, en efecto, sobre la ciencia del derecho, confiriéndole un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocidos 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 dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera 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 confía además un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes.

Que la incoherencia del ordenamiento haga de la crítica del derecho el primer papel de la ciencia jurídica depende del hecho de que el jurista no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos a los cuales pertenecen las normas en conflicto. Efectivamente, el reconocimiento de ese conflicto -virtualmente generado por límites negativos, como los derechos de libertad, impuestos por las constituciones como condiciones de validez de las normas puestas en vigor- hace caer la presunción general de validez que según las teorías normativistas asiste al ordenamiento en su totalidad: una presunción, como se ha visto, enormemente reforzada por las teorías de la democracia que identificaban el fundamento de la legitimidad democrática de las decisiones con el simple respeto de las reglas procedimentales sobre la forma mayoritaria del «quién» y del «cómo». Una vez caída semejante presunción, es precisamente el «derecho inválido» o «ilegítimo» producido por la contradicción con normas superiores a él, y por tanto por la violación de los límites negativos impuestos al poder normativo, lo que se convierte en objeto privilegiado de la ciencia jurídica. Y es la crítica del derecho inválido, dirigida a propiciar su anulación, lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica.

Por el contrario, la falta de plenitud atribuye a la ciencia jurídica un cometido, sobre todo, de innovación y de proyecto. El reconocimiento de las lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionales impuestas al legislador indica, generalmente, no sólo una fal-

ta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía. Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales -a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes- cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas. El paradigma garantista es, sin embargo, el mismo: la incorporación de vínculos sustanciales, no importa que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no hacer), a las decisiones de los poderes públicos.

En algunos casos -piénsese en el salario mínimo garantizado, las pensiones, la educación o la asistencia sanitaria gratuitas- la técnica garantista es relativamente simple, al fundarse en obligaciones *ex lege* de los poderes públicos. En otros casos, como todos aquellos en los que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de aparatos destinados a su satisfacción, no existe una técnica garantista o bien se da en formas bastante rudimentaria. En efecto, hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos, nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un estado social de derecho equipable al viejo estado de derecho liberal y han permitido que el estado social se desarrolle de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho».

Además de la incoherencia y la falta de plenitud generadas por las violaciones, en positivo o en negativo, de la legalidad constitucional, hay un tercer vicio que he recordado al comienzo como el tercer aspecto de la actual crisis del derecho: la crisis del constitucionalismo, subsiguiente a la alteración del sistema de fuente producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional en nuestro ordenamiento. Es claro que la formación de un sujeto político nuevo, como la Comunidad Europea, en cuyo marco se han instituido organismos ejecutivos cuyas decisiones prevalecen -o al menos lo pretendan- sobre las leyes y a veces sobre las constituciones de los estados miembros, lleva consigo el riesgo de deformar la estructura

constitucional de nuestras democracias, que, como se ha visto, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías. Pero esto quiere decir que hoy es tarea urgente de la cultura jurídica y política avanzar, como exigencia primaria e inaplazable, la estipulación de una constitución europea. Yo creo que está dentro de la misma lógica del actual proceso de integración europea llegar, en más o menos tiempo, a la unificación jurídica de Europa y, quizá, a la emanación de una constitución europea. Pero depende de la cultura jurídica de nuestros países que esto se produzca a través de un proceso constituyente no confiado exclusivamente a la clase política, sino abierto a la aportación de los juristas -y no sólo de los juristas, sino en general de las fuerzas de la cultura y los movimientos sociales- y, sobre todo, rígidamente orientado a la salvaguarda y la garantía de los valores democráticos de nuestro tiempo: igualdad, derechos de libertad, derechos sociales, derecho al medio ambiente y similares. En particular, depende esencialmente de la cultura jurídica y politológica, que llegue a superarse la antinomia entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, que atormenta desde siempre la historia de los derechos fundamentales, y que éstos sean finalmente garantizados fuera del viejo esquema estatista, también frente a sus estados.

En esta perspectiva, el compromiso por un constitucionalismo europeo se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos, si no tomamos finalmente «en serio» -según la feliz fórmula de Dworkin- la Declaración Universal de Derechos de la ONU de 1948 y los pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la «fortaleza Europa»; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a sí misma.

Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras

constituciones y en las declaraciones internacionales, quiere decir hoy poner fin a ese gran apartheid que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supraestatal de los derechos fundamentales y, en consecuencia, disponer, en sede internacional, garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus estados: un código penal internacional contra los crímenes contra la humanidad; una reforma de la actual jurisdicción internacional que establezca su carácter no voluntario, sino obligatorio, y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los estados y de sus gobernantes por las violaciones de los derechos fundamentales de sus ciudadanos; un sistema de obligaciones internacionales impuesto para la tutela de los derechos sociales también en los países más pobres; el desarme progresivo de los estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos⁵.

En segundo lugar, tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, más que -como sucedió en el origen de los estados modernos- de inclusión e igualdad, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales. Es claro que la universalización efectiva de tales derechos, comenzando por los de libertad de residencia y de circulación, crearía problemas enormes para nuestros países, hoy asediados por la presión de la inmigración del resto del mundo. Pero yo querría recordar que, precisamente en España, a raíz del descubrimiento de América, Francisco de Vitoria, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la Universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el «*ius communications*», el «*ius migrandi*», el «*ius peregrinandi in illas provincias e illic degendi*», así como de «*accipere domicilium in aliqua civitate illorum*»⁶. Entonces, cuando eran

⁵ Cfr. sobre el particular: L. Ferrajoli, S. Senesse, Quattro proposte per la pace, en «Democrazia e diritto», 1992, 1, págs. 243-257.

⁶ Francisco de Vitoria, *Relectiones de Indis recenter inventis* (1539), en *De indis et de jure belli relectiones*, ed. de Ernest Nys, Oceana, Nueva York, 1964, III, 3-5, págs. 256-260. Para un análisis más profundo de las tesis de Francisco de Vitoria y del paradigma de legitimación por él inaugurado, cfr. mi trabajo: *La conquista dell'America e la nascita del diritto internazionale*, en «Meridiana, Revista di storia e scienze social», n. 15, 1992.

concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido, y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países, esos derechos sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias.

La superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales, representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial. La crisis actual -de por sí saludable y en todo caso imparable- del Estado nacional puede ser afrontada, en esta dirección, sólo repensando los *topoi* del constitucionalismo, dentro y fuera de nuestros ordenamientos, y al mismo tiempo aquellos a los que hay que confiar la rigidez normativa de los derechos fundamentales y sus garantías. Es cierto que no cabe pensar en una reforma del sistema de fuentes que reproduzca la vieja jerarquía vertical basada en la primacía de las fuentes centrales sobre las locales y periféricas. Esta jerarquía podría muy bien invertirse para tutela de las autonomías en todos los niveles, aunque fuera reservando una rígida preferencia de las normas que garantizan derechos fundamentales, sobre cualquier otra fuente.

Naturalmente, todo esto es tarea que corresponde mucho antes a la política que a la cultura jurídica. Pero, si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente Letizia Gianformaggio, puede concebirse hoy como una «*garantía*»⁷: precisamente, como una metagarantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante fun-

ción pragmática -crítica y proyectiva- de la ciencia jurídica contradice el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es sólo mediante el cumplimiento de un papel semejante que la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social, si, como escribía Filangieri hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es, sino en el que debe ser, «el objeto común de los que piensan»⁸ vuelve a ser «crítica del derecho» existente y al mismo tiempo «ciencia de la legislación» y «ciencia de las constituciones».

Se puede muy bien seguir asumiendo, como tarea de la ciencia jurídica, la señalada por Norberto Bobbio hace más de cuarenta años, en un célebre ensayo de 1950⁹: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A condición de que resulte claro que esa unidad, esa coherencia y esa plenitud -en este aspecto tienen toda la razón los críticos realistas del derecho- de hecho no *existen*. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes, pero inválidas por hallarse en contraste con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, asimismo excluida por la posible no producción de las normas o los actos impuestos por los derechos sociales, también éstos de rango constitucional. Y no existe ni siquiera la unidad, puesto que el sistema de fuentes se ha visto trastornado por la intervención de fuentes supra o extraestatales cuya colocación en el interior del ordenamiento es siempre incierta y opinable. Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizá no puedan existir nunca íntegramente, no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: *la coherencia*, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; *la plenitud*, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; *la unidad*, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar

⁷ La Gianformaggio: *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, en *id.*, op. cit., págs 24-27.

⁸ G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1783), en *La scienza delle legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società Belgica, Bruselas, 1841, Introducción, p 57.

⁹ N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 2, 1950, págs. 342-367, ahora en *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. de Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1976, págs. 287-324; en *Contribución a la teoría del derecho*, trad. y estudio preliminar de A. Ruíz Miguel, Debate, Madrid, 2ª ed. 1990.

una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional.

Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio. También puede suceder que una perspectiva semejante se base en una ex-

cesiva confianza en el papel garantista del derecho. Pero creo que, con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia.

JORGE ERNESTO VELARDE SUSSONI

**Abogado
Notario de Lima**

**Luis Felipe Villarán N° 815, San Isidro
Telfs. 42-8218, 41-7447 y 41-0638**