

NOTAS

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y NORMATIVIDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA*

Riccardo Guastini**

0. Introducción

Desde hace un tiempo Luigi Ferrajoli viene sosteniendo que, en un régimen de constitución rígida, la ciencia jurídica es una ciencia normativa¹: no ya en el sentido (obvio y no problemático) de que tiene que ver con normas², sino en el sentido (para nada obvio y altamente problemático) de que sea un discurso prescriptivo. Doblemente prescriptivo incluso: por lado, crítico del derecho existente; por otro, proyectivo de un derecho nuevo. Según este punto de vista, la ciencia jurídica critica el derecho vigente pronunciando juicios de valor *de lege lata*, proyecta derecho nuevo formulando propuestas *de lege ferenda*³.

Por un lado, sostiene Ferrajoli, una constitución rígida que contenga normas que confieren derechos (de libertad) y/o expresen principios de

* Traducción del italiano por Miguel Carbonell

** Universidad de Génova.

¹ Cfr. por ejemplo L. Ferrajoli, “Lo Stato di diritto fra passato e futuro”, en P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, 2002, pp. 354 y ss.; *id.*, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13 y ss.; *id.*, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, especialmente pp. 110 y ss. El mismo punto de vista, pero en una perspectiva distinta, se encuentra en G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

² N. Bobbio, “Essere e dover essere nella scienza giuridica” (1967), incluido en *id.*, *Studi per una teoria generale del diritto*, Turín, 1970, pp. 139 y ss.; J. Wróblewski, “La normatività della scienza giuridica” (1966) en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, 1976, pp. 325 y ss.

³ “En un sistema normativo complejo, como el del Estado constitucional de derecho, ... las antinomias y lagunas son vicios relacionados con los desniveles normativos en los que se articula su propia estructura formal. Está claro que estos vicios... retroactúan sobre la ciencia del derecho confiriéndolo el papel, a la vez científico y político, de identificarlos al interior y de proponer las correcciones necesarias: precisamente de identificar tanto las antinomias generadas por la presencia de normas que violan los derechos de libertad, como las lagunas generadas por la ausencia de normas que satisfagan los derechos sociales y, por otro lado, de solicitar la anula-

justicia provoca fenómenos de invalidez sustancial de las leyes. Y el juicio de invalidez sobre una (norma de) ley formulado por la ciencia jurídica sería, según él, un juicio de valor⁴.

Por otro lado, sostiene también Ferrajoli, una constitución rígida que contenga normas (programáticas) que confieren derechos sociales provoca lagunas⁵: existiría, de hecho, una laguna siempre que un derecho social (un derecho cuyo contenido sea una prestación positiva) no estuviera garantizado por leyes que establecieran positivamente una obligación correspondiente de hacer a cargo de algún sujeto. La afirmación que identifica una laguna de este tipo sería, según Ferrajoli, una directiva, una propuesta, una recomendación —en suma, una prescripción, entendida en sentido amplio— dirigida al legislador (la prescripción, obviamente, de colmar la laguna en cuestión).

Ninguna de estas tesis es persuasiva. Bien entendido: que la ciencia jurídica no sea una tarea puramente cognoscitiva es sostenible. Incluso, es una cosa cierta: pero por razones completamente distintas de las adoptadas por Ferrajoli (razones atinentes al estatuto lógico de los enunciados interpretativos y de las tesis dogmáticas).⁶ Y esto no tiene nada que ver con el carácter, rígido o flexible, de la constitución.

1. Invalidez sustancial

Por lo que hace a la invalidez sustancial de las leyes, se pueden hacer dos observaciones.

1) El fenómeno de la invalidez sustancial, reducido al extremo, consiste en esto⁷:

ción de las primera por inválidas y la introducción de las segundas por debidas”, L. Ferrajoli, “Lo Stato di diritto fra passato e futuro”, cit., p. 355.

⁴ Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004. A propósito L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, 1993, parte I.

⁵ Cfr. L. Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

⁶ Cfr., por ejemplo, G. Tarello, *L'Interpretazione della legge*, Milán, 1980; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 2ª edición, Turín, 1992.

⁷ Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, 1998, pp. 129 y ss.; *id.*, *Lezioni di teoria costituzionale*, capítulo VI.

- a) La constitución, junto a normas sobre la organización política del Estado y a normas sobre la producción jurídica, (entendidas en sentido estricto), contiene además normas “sustanciales”: es decir, normas que regulan directamente (poco importa si de forma circunstancial o precisa) algunos tipos de supuestos de hecho, conectándolos a una u otra consecuencia jurídica. Por ejemplo: “Si ciudadanos (supuesto de hecho), entonces derecho de asociación (consecuencia jurídica).
- b) La ley, a su vez, regula una u otra de las mismas clases de supuestos de hecho, conectando a ellas una consecuencia jurídica distinta e incompatible con la que dispone la constitución. Por ejemplo: “Si ciudadanos, entonces no derecho de asociación”. En otras y banales palabras: la ley contradice la constitución (aunque la contradicción raramente será así de fácil de identificar como en este ejemplo imaginario).
- c) Pero, la constitución siendo (en hipótesis) rígida, no puede ser válidamente contradicha por la ley. Por tanto la ley es inválida, y lo es por razones sustanciales: es decir, atinentes no a su proceso de formación, sino a su contenido, y más precisamente no a lo que regula (supuesto de hecho), sino al modo en que lo regula (consecuencia jurídica).

Un juicio de invalidez sustancial, por tanto, consiste en reconocer una contradicción entre dos normas. Pero no se ve cómo el reconocimiento de una contradicción pueda constituir un juicio de valor.

2) El fenómeno de la invalidez sustancial no es una peculiaridad de los ordenamientos jurídicos con constitución rígida. Es un fenómeno común de cada ordenamiento que contenga una pluralidad de fuentes del derecho estructuradas jerárquicamente.

Así, por ejemplo, también en un régimen de constitución flexible, es inválido por razones sustanciales el reglamento del ejecutivo que esté en conflicto con la ley. Véase, en tal sentido, el artículo 4 párrafo primero, de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano –“Los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes”– adoptado en 1942, o sea justamente en un régimen de constitución flexible.

Por otro lado, el fenómeno de la invalidez sustancial no se presenta solo en las relaciones entre fuentes (y por tanto entre normas y normas): se presenta también entre normas y actos de aplicación. Así, por ejemplo, en un estado de derecho, aunque esté gobernado por una constitución flexible, es inválido todo acto jurisdiccional o administrativo que esté en contraste con la ley. En un ordenamiento con constitución rígida —en un “Estado constitucional de derecho”, como se suele decir— el principio de legalidad vale no solamente para las funciones jurisdiccional y ejecutiva: se extiende también a la función legislativa⁸. Pero la violación de la ley por parte de un acto jurisdiccional o administrativo no es una cosa estructuralmente distinta de la violación de la constitución por parte de un acto legislativo.

E incluso: el reconocimiento de la invalidez de una norma por estar en contraste con una norma superior no es una cosa estructuralmente distinta de la derogación (tácita) sobrevenida de una norma por incompatibilidad con una norma sucesiva. Pero, de nuevo, la derogación tácita por incompatibilidad no es un fenómeno exclusivo de los ordenamientos con constitución rígida (ver, de hecho, el artículo 15 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano).

2. Lagunas

Por lo que hace a las lagunas, nuevamente se pueden hacer dos observaciones.

1) Se puede convenir que las normas constitucionales que confieren derechos sociales requieren actuación o concretización por parte del legislador: no por nada se les suele calificar como normas “programáticas”. Se puede convenir también que, en ausencia de leyes que produzcan esa actuación, el ordenamiento presenta, en algún sentido, lagunas. ¿Pero en qué sentido exactamente?

En la tipología de las lagunas se suele distinguir⁹:

- i) Lagunas normativas: ausencia de una norma que conecta una determinada consecuencia jurídica con un supuesto de hecho;

⁸ Cfr. R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Turin, 1995, capítulo II.

⁹ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, pp. 243 y ss.

- ii) Lagunas técnicas: ausencia de una norma que es una condición necesaria de eficacia de otra norma¹⁰;
- iii) Lagunas axiológicas: ausencia de una norma requerida o
 - iii.a.) por el sentido de justicia del intérprete¹¹, o
 - iii.b.) por una norma superior¹²;
- iv) Lagunas institucionales: ausencia no de una norma, sino de una institución esencial para el funcionamiento del ordenamiento, entendido justamente como complejo de instituciones¹³.

Pues bien, las lagunas de las que estamos hablando parecen pertenecer simultáneamente a dos de las clases de lagunas que se acaban de precisar: la clase ii) y la clase iii.b). Desde luego que no se trata de lagunas del tipo iii.a). La falta de una ley que de concretización a un derecho social (supongamos: el derecho al trabajo o el derecho a la salud), imponiendo a algún sujeto determinado la obligación de satisfacer el derecho en cuestión, configura:

a) Por un lado, una laguna técnica, ya que una ley de ese tipo es una condición necesaria para la eficacia de la norma constitucional que confiere el derecho social de que se trata;

b) Por otro lado, una laguna axiológica del segundo subtipo, ya que la ley en cuestión es requerida por una norma supraordenada.

Ahora, el reconocimiento de una laguna técnica es evidentemente una cosa distinta de la recomendación de colmarla, dirigida al legislador: es una constatación, no una prescripción. El reconocimiento de una laguna axiológica del segundo tipo, igualmente, constituye una constatación: puede ser configurada como una recomendación dirigida al legislador, solamente a condición de precisar si se trata de una mera reiteración de una recomendación ya contenida en la constitución.

2) El fenómeno de las lagunas técnicas y, al mismo tiempo, axiológicas no es exclusivo de los regímenes con constitución rígida.

¹⁰ A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turín, 1962, 43 y ss. Cfr. también A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bolonia, 1977, pp. 100-102.

¹¹ N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, 1994, pp. 96 y ss.; C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative systems*, Viena, Nueva York, 1971, capítulo VI.

¹² G. Parodi, "Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale" en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín, 1996; *id.*, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Turín, 1996, pp. 131 y ss.

¹³ S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925 (ahora en *id.*, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milán, 1969).

Es común a todos los ordenamientos en las que existan normas que exijan actuación o concretización por parte de fuentes subordinadas.

Así, por ejemplo, también en un régimen con constitución flexible, es común que una ley requiera de un reglamento “de ejecución”, sin el cual no sería susceptible de ser concretamente aplicada. E incluso no es infrecuente que una ley se limite a determinar solamente los principios de una materia dada, y exija en consecuencia, para su aplicación, un reglamento “de actuación e integración” (para utilizar el léxico de la ley 400/1988, artículo 17, párrafo primero letra b).