

NORBERTO BOBBIO, TEÓRICO DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA**

Luigi FERRAJOLI*

SUMARIO: I. *El estilo de pensamiento de Norberto Bobbio.* II. *Cuatro enseñanzas de Norberto Bobbio.* a) *Democracia y derecho.* b) *Derecho y razón.* c) *Razón y paz.* d) *Paz y derechos humanos.* III. *Las aporías en la concepción bobbiana formal de la validez y de la democracia y en la idea de la falta de valorabilidad de la ciencia jurídica.* IV. *En los orígenes de la aporía bobbiana.* a) *La concepción formal de la validez jurídica.* b) *La concepción avalorativa de la ciencia jurídica.* c) *La concepción formal de la democracia.* V. *Otras tres enseñanzas de Norberto Bobbio.* a) *La separación entre derecho y moral.* b) *La falta de valorabilidad externa.* c) *El rechazo a la mistificación ideológica.*

I. EL ESTILO DE PENSAMIENTO DE NORBERTO BOBBIO

De Norberto Bobbio se ha admirado siempre la extraordinaria capacidad de hacer distinciones: de analizar los conceptos, de aclarar los diversos significados con los que se utilizan, de descomponer, contraponer y recomponer los términos muchas veces equívocos del lenguaje teórico-jurídico y filosófico-político. La enseñanza de Bobbio que me gustaría recordar aquí no tiene tanto que ver con las distinciones sino con los nexos que él establece: entre los conceptos teóricos, pero también entre enfoques disciplinarios diversos. En esta extraordinaria capacidad de análisis y también de síntesis; en esta actitud hacia las distinciones pero también a las sistematizaciones es lo que me ha provocado mayor fascinación del pensamiento de Bobbio. Desde que tuve la fortuna de conocerlo hace casi medio siglo. Esta sustancial unidad y sistematicidad de su obra, a pesar de la extraordinaria multiplicidad de temas abordados, es el fruto de un estilo

* Profesor de Filosofía del derecho y Teoría general del derecho de la Università degli Studi Roma Tre, Italia.

** Traducción de Pamela Rodríguez Padilla con la colaboración de Paula Sofía Vázquez Sánchez y Pedro Salazar Ugarte.

de pensamiento orientado en dos convergencias: la primera de carácter disciplinario, la segunda de carácter temático.

La primera convergencia, que permite rastrear en la inconmensurable producción de Bobbio una unidad, coherencia y completitud, tanto en su teoría del derecho como en su teoría de la política y de la democracia, proviene del fecundo tejido entre múltiples enfoques disciplinarios: entre teoría jurídica y filosofía política, entre teoría tanto jurídica como política y metodología, entre enfoque teórico-analítico e historia analítica de las ideas.

Bobbio siempre lamentó la ignorancia recíproca, la desconfianza e impermeabilidad que caracterizan a las relaciones entre los enfoques jurídicos, historiográficos y filosófico-políticos. Recordemos sus palabras contra “la insidia del imperialismo disciplinario que pone a los historiadores contra los filósofos, a los juristas contra los politólogos, a los sociólogos contra los historiadores y así sucesivamente. En el vastísimo, siempre más vasto, universo del saber, afortunadamente hay lugar para todos” y la utilidad de la reflexión metodológica consiste en el “hacerse concientes, cada uno en su propio campo, de los límites del propio territorio y del derecho a existir que tienen otros territorios lejanos o próximos”. Y bien, Bobbio no sólo ha sido conciente de la multiplicidad de los puntos de vista desde los que puede observarse al derecho y a las instituciones políticas (el punto de vista interno a la ciencia jurídica, el axiológico externo a la filosofía política y el fáctico externo de la sociología del derecho y de la ciencia política) sino que también ha alimentado constantemente su teoría del derecho con su cultura filosófico-política y su filosofía política con su cultura jurídica. Por esto ha sido considerado el máximo teórico italiano del derecho y, al mismo tiempo, el máximo filósofo de la política de Italia: porque, a pesar de distinguir con el máximo rigor y seguramente más que ningún otro estudioso los diversos enfoques disciplinarios con ese fin, supo utilizar sus competencias jurídicas en su obra de filósofo y su extraordinaria cultura filosófica en su obra de jurista. Con ello logró tomar distancia tanto del analfabetismo filosófico que caracteriza la formación de los juristas (los cuales sólo leen habitualmente libros de derecho y son leídos solamente por juristas), como del todavía más profundo analfabetismo jurídico que caracteriza la formación de los filósofos de la política (la mayor parte de los cuales no han abierto nunca un código civil o penal o un tratado de derecho privado o de derecho público).

No ha sido menos fecunda la convergencia entre el enfoque histórico y el enfoque teórico. La idea de una relación estrecha que debe correr entre teoría jurídica y política, por un lado, e historia del pensamiento jurídico y político, por el otro, además de caracterizar todo el trabajo teórico y filosófico de Bobbio, ha sido una nota distintiva de su metateoría (tanto del derecho, como de la política). “La teoría política sin historia está vacía, la historia

sin teoría está ciega” escribe Bobbio, porque los temas de la primera son los “temas recurrentes” en la segunda y su identificación sirve para individuar las “grandes categorías que permiten fijar en conceptos generales los fenómenos que entran a formar parte del universo político” y a “establecer entre las diversas teorías políticas, sostenidas en tiempos diversos, afinidades y diferencias”.

A la base de estas convergencias disciplinarias está un estilo de pensamiento: el método empírico-analítico de las distinciones conceptuales, del análisis lingüístico y de las redefiniciones de las principales categorías, experimentado primero en la teoría del derecho y después en la teoría de la política y, finalmente, en aquello que el propio Bobbio llamaba la “historia analítica del pensamiento político”. Bobbio hacía uso de los clásicos – ésta es la “lección de los clásicos” que nos ha enseñado- al analizar y utilizar las categorías conceptuales que ellos elaboraron históricamente –como libertad, igualdad, persona, poder, democracia, ley, derecho–, en la construcción tanto de la teoría del derecho, como de la teoría política, en la que estas categorías son en gran parte comunes, e, inversamente, un uso de la teoría, esto es de las categorías teóricas, en la interpretación del pensamiento de los clásicos.

II. CUATRO ENSEÑANZAS DE NORBERTO BOBBIO

La capacidad de síntesis y la actitud sistemática de Bobbio se han expresado de manera notable y fecunda en las convergencias de carácter temático, expresadas en cuatro implicaciones instituidas por él: la implicación entre democracia y derecho; la implicación entre derecho y razón; la implicación entre razón y paz; la implicación entre paz y derechos humanos. Estas cuatro implicaciones, que corresponden a otras tantas enseñanzas fundamentales, centraré mi atención. Estas cuatro implicaciones concatenadas entre sí, estas cuatro enseñanzas conectadas entre sí en el plano teórico y en el plano práctico, serían por sí solas suficientes para hacer de Norberto Bobbio un gran maestro. Las mismas recogen, a mi parecer, el principal hilo conductor del pensamiento filosófico-jurídico y filosófico-político de Norberto Bobbio:

a) Democracia y derecho

En primer lugar el nexo racional, teórico y práctico, entre democracia y derecho. Bobbio ha sido un iuspositivista y por tanto, un convencido defensor de la separación entre derecho y moral y entre derecho y justicia. El derecho positivo, nos ha enseñado, no implica la justicia y mucho menos la

democracia, puede desafortunadamente, ser sumamente injusto, antiliberal y antidemocrático. Y todavía no es válida, según Bobbio, la no implicación inversa. La justicia, las libertades y seguramente aquel sistema de principios y de valores que llamamos “democracia”, implican necesariamente al derecho. Puede existir, obviamente, derecho sin democracia, pero no puede haber democracia sin derecho. Ya que la democracia es un conjunto de reglas –las “reglas del juego” democrático como él las ha llamado– y estas reglas son reglas jurídicas: no cualquier regla, sino las reglas que aseguran los poderes de la mayoría y a la vez los límites impuestos a ésta para garantizar la libertad, la igualdad y los derechos humanos. Por esto Bobbio ha sido siempre mal visto por la derecha y, sobre todo, por la actual derecha italiana, que ha hecho del desprecio de las reglas y de la ausencia de límites a los poderes políticos de la mayoría su bandera ideológica.

Yo creo que esta es la mayor enseñanza de Norberto Bobbio: importante ayer, cuando la ilusión de una democracia o de un socialismo sin derecho ha sido una de las causas del fracaso de aquella gran esperanza del siglo que fue el socialismo realizado; pero no menos importante hoy, en Italia, en donde el rechazo a las reglas y el desprecio a los vínculos y controles se han convertido en el común denominador de las ideologías librecambistas modernas, que no admiten límites a los poderes privados sobre el mercado y, además, de las concepciones actuales de la democracia como omnipotencia de la mayoría y de sus vocaciones populistas y plebiscitarias.

b) Derecho y razón

El segundo nexo instituido por Bobbio es el que existe entre derecho y razón. Si la democracia es una construcción jurídica, siendo el derecho el instrumento necesario para modelar y garantizar las instituciones democráticas, antes es cierto, según Bobbio, que el derecho es una construcción racional, siendo la razón el instrumento necesario para proyectar y elaborar el derecho.

Éste es el trazo iluminista y iuspositivista de la filosofía jurídica y política de Bobbio, que éste toma, a su vez, de Hobbes: “la filosofía civil, como la geometría” escribía Bobbio en 1948 en su introducción al *De Cive* de Hobbes: “orienta su conocimiento hacia un objeto que nosotros mismos producimos”. Y “¿en qué sentido se puede decir que nosotros producimos el objeto de la filosofía civil o, con las palabras de Hobbes, que conformamos al Estado?” El Estado, responde Hobbes, no existe por naturaleza sino por convención. Precisamente porque satisface una exigencia elemental del hombre, son los mismos hombres los que lo desean”. Como podemos ver, gracias a ésta lección hobbesiana, también para Bobbio la teoría del derecho

y de la democracia, es una “teoría de razón” porque el derecho, no es nunca una entidad natural, sino un artificio, fruto de la política y de la teoría, y es como lo interpretamos, lo defendemos y, antes aún, como lo pensamos, lo protegemos, lo construimos y los transformamos.

c) Razón y paz

La tercer enseñanza de Bobbio concierne al nexo entre razón y paz. También la paz, escribe Bobbio después de la tragedia de la segunda guerra mundial es, como el derecho, una construcción artificial: “mientras la guerra”, escribe él comentando el pesimismo hobbesiano “es el producto de una inclinación natural, la paz es un ‘dictado de la recta razón’, esto es de aquella facultad que permite al hombre recabar ciertas consecuencias de ciertas premisas o de llegar a los principios partiendo de ciertos datos de hecho”. Y el así llamado “estado de naturaleza”, añade él, no es completamente un estado imaginario, una hipótesis teórica o filosófica, sino que es el estado del mundo contemporáneo, aquél de la ley primitiva del más fuerte y de la guerra infinita porque no hay reglas; del que sólo es posible salir a través del derecho y la razón. Hobbes, escribe Bobbio, “no se preocupa por saber si los hombres primitivos fueron capaces de seguir el raciocinio hasta pactar la constitución del Estado; los individuos a quienes les habla son sus contemporáneos, o mejor dicho, sus conciudadanos, y el estado de naturaleza del cual deben salir es la abierta lucha religiosa y política de su patria, bajo cuyo fuego se está gestando la guerra civil. A éstos intenta explicar que el Estado es el producto de los hombres mismos, y más precisamente de la voluntad de los hombres en cuanto seres racionales; o si se quiere, de la voluntad racional del hombre”.

En estas páginas podemos datar el momento en que Bobbio adopta a Hobbes como uno o tal vez el principal, de sus autores. También Bobbio –tres siglos después, en 1948, después de la Liberación y de la guerra más sangrienta de la historia humana– le habla, a través de su interpretación de Hobbes, a sus contemporáneos y a sus conciudadanos, pensando en la nueva Italia republicana, en la democracia por construir, en la paz por defender y garantizar después de las destrucciones de la guerra y los horrores del nazifascismo. Y también Bobbio, a éstos conciudadanos, les intenta explicar que el derecho es una construcción humana y que de ello todos nosotros tenemos algo de responsabilidad: como filósofos, como juristas, como ciudadanos y que también la democracia y la paz son construcciones humanas, porque son construcciones jurídicas además de sociales.

d) Paz y derechos humanos

Pero, ¿cómo se construye y se garantiza la paz? Se construye, escribe repetidamente Bobbio, realizando el cuarto nexo del cual he hablado al inicio: esto es, garantizando los derechos humanos –el derecho a la vida, las libertades fundamentales, los derechos sociales a la supervivencia– cuyas violaciones en todo el mundo son la principal causa de la violencia, de las guerras y del terrorismo. Y una advertencia no del todo utópica, sino duramente real y siempre actual, que Bobbio repetía recordándonos las palabras del preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos, que ubican en la tutela de tales derechos “el fundamento de la paz del mundo” y la sola vía a seguir “si se quiere evitar que el hombre se vea constreñido a recurrir como última instancia a la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

Cierto, escribe Bobbio evocando a otro de sus autores, Immanuel Kant, el progreso “no es necesario” sino “únicamente posible”. Pero eso depende también de nuestra fe en esta “posibilidad” y de nuestra renuencia a dar por descontada “la inmovilidad y la monótona repetitividad de la historia”. “Respecto a las grandes aspiraciones del hombre” formuladas en tantas cartas y declaraciones de derechos, advierte, “estamos ya muy tarde. Tratemos de no acrecentarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder. La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad procediendo hacia dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. La vía de la paz y de la libertad pasa ciertamente a través del reconocimiento y la protección de los derechos del hombre... No ignoro que la vía es difícil. Pero no hay alternativas”.

III. LAS APORÍAS EN LA CONCEPCIÓN BOBBIANA FORMAL DE LA VALIDEZ Y DE LA DEMOCRACIA Y EN LA IDEA DE LA FALTA DE VALORABILIDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA

Son estos cuatro nexos los que forman la enseñanza, a mi parecer, más preciosa, de Norberto Bobbio. De estos nexos analizaré críticamente la configuración, a mi parecer, simplificada y parcial del primero -aquél entre derecho y democracia-, vinculado uno a la otra por una relación isomórfica en virtud de la cual las condiciones de la democracia dependen de las condiciones de validez de las normas jurídicas.

Bobbio y Kelsen siempre han sostenido una concepción puramente formal tanto de la validez de las normas como de la democracia. Las dos con-

cepciones –la teoría jurídica de la validez y la teoría política de la democracia, la una y la otra basadas en requisitos puramente formales– están evidentemente conectadas. Y están conectadas, a su vez, a una concepción rígidamente de falta de valorabilidad de la ciencia jurídica. Tanto Kelsen, como Bobbio, piensan, de hecho, que la validez de una norma equivale a su existencia, la cual depende únicamente de ser obra de una autoridad legitimada para ello, cuando actúa observando la formas y procedimientos establecidos (el “quién” y el “cómo” de su producción). Podemos entender que una teoría formal de la validez como esta, conduzca a Kelsen y también a Bobbio hacia una teoría formal de la democracia. Teoría que se encuentra también anclada a las reglas del juego, que, de igual manera, rigen el “qué” y el “cómo” de las decisiones identificándolas con la representación popular y con el principio de mayoría.

El isomorfismo de las dos teorías se manifiesta, en suma, en la identificación de la democracia con la democratización de las formas –esto es, de las reglas sobre el “qué” y sobre el “cómo” y no sobre el “qué cosa”– de la producción normativa y de los procesos decisionales, de los cuales sólo depende la existencia así como la validez de las decisiones producidas. E implica, con ello, la tesis de la falta de valorabilidad de la ciencia jurídica: dado que la validez de las normas depende de su mera existencia; su verificación, escribe Bobbio, representa no un juicio de valor, sino un “juicio de hecho” sobre la correspondencia o conformidad de las formas en las cuales la norma ha sido producida a la forma establecida por las normas que regulan su producción.

De lo anterior se desprende que “de lo que debe ocuparse el jurista” es del “derecho como es” y no “el derecho que debe ser”; “del derecho real” y no “el derecho ideal”, del “derecho como hecho” y no “del derecho como valor”. De esta concepción del derecho como hecho depende su carácter “científico”, esto es, su “objetividad”, entendida como una abstención de toma de posición ante la realidad observada, o neutralidad ética o, para decirla con la célebre fórmula weberiana, “*Wertfreiheit*”. La falta de valorabilidad de la ciencia jurídica, en suma, para Bobbio, corresponde a la concepción de la validez de las normas como existencia o como hecho, al punto que se identifica con “la primera acepción del positivismo jurídico”: “en esta primera acepción”, escribe Bobbio, el “positivista es quien asume de frente al derecho una actitud de falta de valorabilidad, u objetiva, o éticamente neutral”. Ciertamente, para Bobbio el derecho puede ser criticado y evaluado. Pero puede serlo sólo desde el exterior, esto es desde un punto de vista moral o político. Desde el punto de vista interno, por el contrario, esto es desde el punto de vista que le es propio a la ciencia jurídica, el derecho no puede ser ni evaluado, ni criticado, sino sólo descrito (aunque lo sea con

los inevitables márgenes de disputa que provienen de la vaguedad y de la indeterminación del lenguaje legal).

Ahora, todo esto es indiscutible si nos referimos al estado legislativo de derecho en el que la ley es la fuente suprema del ordenamiento; la voluntad del legislador es omnipotente; la validez de las leyes depende únicamente de su forma, es decir, del “qué” y el “cómo” fueron producidas; la democracia es producto de la democratización de dichas formas por medio de las reglas del sufragio universal y del principio de mayoría y; la ciencia jurídica es puramente descriptiva de las normas válidas simplemente porque éstas han sido producidas de esa manera y por ello son *de facto* existentes. Sin embargo, esta misma tesis –la teórico jurídica del carácter no sólo formal de la democracia sino también la metateórica del carácter descriptivo y avalutativo de la ciencia jurídica- se han vuelto insostenibles al cambiar el paradigma del derecho. Un cambio, en mi opinión, que de manera extraña fue incomprendido por Bobbio y, antes que por él, por Kelsen, y que fue un resultado de la posguerra con la afirmación del paradigma del constitucionalismo rígido.

De hecho, las constituciones de la segunda mitad del siglo anterior –la italiana, la alemana y también la española, la portuguesa y por último algunas latinoamericanas, todas posteriores a la caída de regímenes fascistas o dictatoriales- gracias a la rigidez de estos documentos asegurada por medio de procedimientos especiales de revisión y al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, cambiaron de manera simultánea las condiciones de validez de las normas, la naturaleza de la democracia y el papel de la ciencia jurídica. Sobre todo, la validez de las normas ya no depende sólo de la forma sino también de la sustancia de las decisiones; no sólo de su simple conformidad con los procedimientos previstos normativamente, sino también de su coherencia o compatibilidad con las normas constitucionales a las que se encuentran subordinadas; ya no sólo, para decirlo en breve, del “qué” y del “cómo”, sino también del “qué cosa” no es ilícito decidir (la limitación o supresión de los derechos de libertad) y sí es obligatorio decidir (la satisfacción de los derechos sociales). De ahí y, en razón del nuevo isomorfismo entre el derecho y el sistema político, proviene una dimensión sustancial tanto de la validez como de la democracia, dado que la constitucionalización de los derechos fundamentales equivale a la imposición de límites y de vínculos de contenido a cualquier mayoría: límites generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede validamente violar; vínculos generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede validamente no satisfacer. Y, también de ahí se desprende la imposibilidad de sostener la idea del carácter avalorativo de la ciencia jurídica.

Una vez que las constituciones incorporaron y positivizaron el “debe no ser” y el “debe ser” jurídico de los contenidos de las leyes, estipulando en forma de derechos de libertad y de derechos sociales aquello que ninguna mayoría puede decidir y, en consecuencia, qué es lo que no puede no decidirse, se ha creado el espacio del *derecho ilegítimo* inconcebible en el viejo estado legislativo de derecho, ya que la ciencia jurídica no sólo tiene la tarea de describir, sino también de valorar la invalidez sustancial de las normas (incluso de aquellas formalmente existentes o vigentes, así como de criticar la ilegitimidad constitucional, para promover su anulación por parte de las cortes constitucionales).

IV. EN LOS ORÍGENES DE LA APORÍA BOBBIANA

¿Cómo se explica la firmeza con la que Bobbio y antes que él, Kelsen, haya defendido las tres tesis aquí ilustradas. Ello a pesar de que las tres se encontraban ancladas al viejo modelo del estado legislativo de derecho y eran, las tres, poco idóneas para dar cuenta del cambio que supuso la afirmación del paradigma del estado constitucional de derecho? Me parece que esto se explica por medio del nexo biunívoco que une a la concepción formal de la validez de la norma (y por ende de la democracia), basada en la idea de equivalencia entre validez y existencia, con la concepción metateórica de la avalutatividad de la ciencia jurídica, aceptadas como muchos otros axiomas del positivismo jurídico, y que se encuentran en contraposición con las innovaciones introducidas por el constitucionalismo rígido de la posguerra. Por ello, retomemos el análisis de éstas tres tesis.

a) La concepción formal de la validez jurídica

Comencemos con la tesis kelseniana y bobbiana de la equivalencia entre validez y existencia de las normas jurídicas, identificada por Bobbio como el “derecho que es” en oposición al “derecho que debe ser”. Al respecto, Bobbio, es un verdadero secuaz de Kelsen, quien siempre defendió esta equivalencia como una especie de postulado lógico, juzgando como inadmisibles -una “contradicción terminológica” que comprometería “la unidad del sistema” jurídico – la propia idea del derecho ilegítimo, es decir producto de leyes sustancialmente inválidas en razón de su contraposición, dado su contenido, con la constitución.

Es particular la insistencia y la constancia con la que Kelsen, qué es quizá el máximo teórico de la estructura gradual del ordenamiento y del control concentrado de legitimidad constitucional de las leyes, defendió esta aporía,

usando, una y otra vez, argumentos que incluso se oponen con tal de no reconocer la existencia de normas inválidas: por un lado sosteniendo que una ley inconstitucional todavía es válida y, por el otro, incluso en el mismo libro, que dicha ley es, por el contrario, inexistente.

b) La concepción avalorativa de la ciencia jurídica

Pues bien, ya he señalado en el punto tres cómo, de acuerdo con Bobbio, esta tesis teórica implica también la tesis metateórica del carácter avalorativo de la ciencia jurídica, identificada por él mismo con el significado del iuspositivismo en sentido metodológico; esto es, con la idea de que “el jurista sólo debe ocuparse” del “derecho como es” y no el “derecho como debe ser”. Pero también tenemos la tesis contraria: la tesis metateórica del carácter avalorativo sólo es sostenible si se concibe al derecho como hecho y a la validez como sinónimo de existencia (lo que permite eliminar cualquier posición crítica y valorativa del jurista). En síntesis, las dos tesis se desarrollan simultáneamente, una ante la otra, en una especie de legitimación entrecruzada. Y la tesis de la falta de valorabilidad de la ciencia jurídica es defendida por Bobbio como un valor deontológico y como una condición de científicidad. Ello con la misma firmeza con la que Kelsen defendió la equivalencia entre la validez y la existencia, que se encuentra detrás de muchas tradiciones epistemológicas, todas ellas presentes en la formación de Bobbio: la idea kelseniana de la “pureza” de la teoría del derecho, la weberiana del carácter avalorativo de las ciencias sociales, el método-técnico-jurídico y el modelo apolítico y técnico del jurista dictado por la pandectista alemana, la adhesión o cuando menos la insinuación del neopositivismo lógico de los orígenes, que rechazaba los juicios de valor por considerarlos carentes de sentido.

Se trata de una tesis todavía más indefendible que la anterior que, de paso, es el presupuesto, de la equivalencia entre existencia y validez. Esto por dos tipos de razones. En primer lugar por razones epistemológicas: por un lado por el carácter convencional y estipulativo de todas las definiciones y los presupuestos de la teoría del derecho y, por el otro, por las elecciones discrecionales que son inevitables en las disciplinas jurídicas positivas por el carácter vago, impreciso y, con frecuencia, valorativo del lenguaje legal (que es el objeto de análisis y de interpretación jurídica). En segundo lugar por una tesis insostenible en razón de la propia estructura de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, en los que los principios lógicos de coherencia y de la plenitud de la legislación ordinaria respecto a los principios constitucionales consistentes en los derechos fundamentales (*iuris et in iure*) son principios teóricos (*iuris tantum*), normativos y no descriptivos,

que señalan el “deber ser jurídico” de la legislación, que no siempre los desarrolla sino que, incluso, en ciertos casos, los viola; con la consecuencia de que la ciencia jurídica positiva adquiere a su vez, un papel crítico –y no sólo descriptivo- ante las antinomias y un papel activo en el combate de las lagunas que están presentes en la legislación (es decir, de las violaciones por comisión de los derechos de libertad y por omisión de los derechos sociales, establecidos, los unos y los otros, constitucionalmente).

A este respecto, hay un equívoco que me parece oportuno esclarecer. Ciertamente, la teoría del derecho es, como sostiene Bobbio, una teoría formal, en el sentido en que elabora conceptos y enunciados válidos para cualquier ordenamiento (sin decirnos nada sobre qué cosa establece ni sobre qué cosa sería justo que estableciera, ni acerca de cuánto o cómo funciona el derecho de un ordenamiento determinado). Pero “formal” no equivale a “descriptiva” o “avalutativa” como argumenta Bobbio. Al contrario, la teoría del derecho, precisamente porque formal y, por tanto, formalizable –ya que es elaborada con un lenguaje artificial construido estipuladamente por el mismo teórico y porque la lógica es una condición necesaria de la teoría al tiempo que no lo es, ni debe serlo, del derecho- ésta no puede ser, por la razones que acabo de exponer, ni descriptiva ni avalorativa.

c) La concepción formal de la democracia

Ahora abordaré la tercera tesis sostenida tanto por Bobbio como por Kelsen y es la que se refiere a la concepción puramente formal de la validez: misma que está expresada en la definición mínima de la democracia como sistema político basado en reglas puramente formales, relativas al “que” y al “cómo” y no también al “qué cosa” de las decisiones. Hoy esta tesis también se han vuelto insostenibles porque son incompatibles con las democracias constitucionales actuales, en las que las constituciones rígidas contienen no sólo reglas formales relativas a la forma representativa y mayoritaria de las decisiones, sino también reglas sustanciales como los derechos fundamentales, que establecen “qué cosa” ninguna mayoría tiene permitido decidir (esto es, la supresión o la restricción de los derechos de libertad). Asimismo, dichas reglas también establecen “qué cosa” cualquier mayoría no tiene permitido no decidir (esto es la satisfacción de los derechos sociales).

También es cierto que entre las condiciones y las reglas que Bobbio indicaba como constitutivas de la noción mínima de democracia siempre incluyó, por lo menos, una condición o regla que se refiere no al “que” y al “cómo”, es decir a la forma, sino al “qué cosa”, es decir a la sustancia de las decisiones. Por ejemplo, en *El futuro de la democracia*, a las dos condiciones relativas a la “forma” de las decisiones y que se expresan en el sufragio

universal y el principio de mayoría, Bobbio añadió “una tercera condición: es necesario que las personas que están convocadas a decidir o a elegir a las personas que deberán tomar las decisiones tengan frente a ellas alternativas reales y se encuentren en condiciones para elegir entre una u otra. Para que esta condición sea satisfecha es necesario que los convocados a decidir tengan garantizados sus derechos de libertad, de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc.” y que, en consecuencia, a ninguna mayoría le sea permitido privarlos de dichos derechos. Está claro que esta tercera condición es una condición sustancial, relativa a los límites impuestos al “qué cosa”, a los contenidos de las decisiones. Al grado que recientemente Danilo Zolo ha criticado la tesis que sostiene que la teoría y la definición mínima de la democracia de Norberto Bobbio sería puramente formal y procedimental.

Sin embargo, fue el propio Bobbio quien desmintió esta tesis reivindicando firmemente, en una carta publicada por el mismo Zolo, el carácter formal de su definición mínima de la democracia. Después de haber negado que en ella exista “también una referencia a un contenido mínimo” y además, de sostener, que “los derechos civiles no son el contenido sino las condiciones del estado democrático. (Porque) el contenido depende de las decisiones colectivas que son tomadas, en cada caso, a través de éstas reglas”. Ahora, como siempre sostuvo el propio Bobbio, es claro que la supresión de los derechos civiles y de los derechos de libertad no pueden formar parte de este “contenido de las decisiones colectivas”. Y ésta es una condición, inevitablemente referida al contenido de la democracia. Lo que implica que la tesis del carácter puramente formal de la noción bobbiana de democracia, aunque haya sido firmemente defendida por Bobbio, entra en contradicción con dicha condición.

O tal vez no se trata de una verdadera contradicción. Quizá la contradicción sólo es aparente y desaparece si se consideran dos aspectos de la condición y del límite –que, en sí mismos no son procedimentales– propuestos por Bobbio en su definición mínima. El primer aspecto se refiere a la naturaleza de dichos límites, que consiste en la garantía de un derecho de libertad necesario para asegurar el ejercicio efectivo y conciente de los derechos políticos y, en consecuencia, de la dimensión formal de democracia. En otras palabras, entre las reglas de Bobbio no están incluidas, como límites o condiciones necesarias, las garantías de otras libertades fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la integridad personal, la inmunidad a la tortura, la libertad del domicilio y de la correspondencia, la libertad personal y las garantías penales y procedimentales o el derecho a la salud, que evidentemente no tienen nada que ver con “el que” y el “cómo” (con la forma de las decisiones).

El segundo aspecto consiste en que, para Bobbio, en consonancia con lo anterior y con toda la tradición liberal clásica, considera esos límites en el plano de la filosofía política y no en el plano de la teoría jurídica de la democracia: para él eran límites políticos y no tanto jurídicos de tipo constitucional. Bobbio no conecta estos límites con la rigidez de las constituciones actuales, a las que sólo se refiere de forma marginal y siempre de manera incidental. Para decirlo en breve, no formula, una teoría de la democracia constitucional, sino sólo una teoría política sobre los límites del poder estatal. En pocas palabras, la constitución no tiene cabida ni en su teoría del derecho ni en su teoría de la democracia.

V. OTRAS TRES ENSEÑANZAS DE NORBERTO BOBBIO

El costo de estas tres tesis bobbianas – la concepción formal de la validez, la tesis del carácter de falta de valorabilidad de la ciencia jurídica y la concepción formal de la democracia- está, por tanto, representado por su inutilidad para dar cuenta de los lineamientos sustanciales de las democracias constitucionales actuales y del papel crítico y de prospectiva impuesto por éstas tanto a la ciencia jurídica como a la teoría política. Además estas tres tesis, aunque insostenibles, tienen su origen en una serie de buenas razones que quiero explicar porque también están a la raíz de otras enseñanzas.

a) La separación entre derecho y moral

La primera tesis, la que se refiere sobre todo (aunque no únicamente) al carácter formal de la validez, es un corolario de esa gran conquista de la civilidad que es la separación laica y liberal entre el derecho y la moral. En este tema, su defensa constituyó un núcleo, probablemente el principal, de la polémica bobbiana (y kelseniana) con el iusnaturalismo, por una parte (que en sus diferentes versiones neutraliza y confunde el derecho con la moral) y con la justicia y con el legalismo ético, por la otra (que confunde, incluso de manera más grave, la justicia y la moral con el derecho positivo).

b) La falta de valorabilidad externa

La segunda tesis que se refiere al carácter avalutativo de la ciencia jurídica es, a su vez, una tesis normativa, que con sus límites y con las precisiones que ya he indicado, impone un traje deontológico de neutralidad y de objetividad a cualquier investigación científica. Desde este punto de vista, parece inútil distinguir entre una falta de valorabilidad interna y una falta de valo-

rabilidad que podríamos llamar externa. La falta de valorabilidad interna no es realizable por las razones epistemológicas y por las razones jurídicas ya mencionadas: las primeras relacionadas con a los juicios de valor que son inevitables en la interpretación doctrinal de las leyes (dada su indeterminación semántica, su evolución teórica, las exigencias del carácter estipulativo de las definiciones y de los otros presupuestos teóricos); las segundas son producto del desnivel normativo que existe entre la constitución y la ley ordinaria, que impone la crítica y la reparación de las violaciones que hace la segunda sobre la primera (y que pueden ser antinomias o lagunas). Sin embargo, la falta de valorabilidad externa es una cosa completamente diferente, ya que no está ligada con la naturaleza y la estructura del derecho que, en cambio, representa un valor constitutivo de la investigación y del discurso científico. Es este tipo de falta de valorabilidad la que Bobbio nos ha enseñado: la imparcialidad del juicio, la ausencia de los prejuicios ideológicos y de condicionamientos políticos y el rechazo a las declamaciones retóricas de valores inútiles.

c) El rechazo a la mistificación ideológica

Por último me referiré a la tesis del carácter sólo formal de la democracia. Detrás de esta tesis y del rechazo a una dimensión sustancial de la democracia se encuentra, además de la polémica anti iusnaturalista, un rechazo a la expresión “democracia sustancial”, utilizada por los apologetas de las democracias populares y el repudio a la idea de una democracia supuestamente “para el pueblo”, además de (o peor aún) “del pueblo”. Está claro que la crítica a estas experiencias fallidas y el rechazo hacia su mistificación, para muchos, eran sacrosantas y han sido bien recibidas en años ceguera ideológica. Pero precisamente la arbitrariedad con la que éstas expresiones –democracia sustancial, o “para el pueblo”- han sido usadas y manoseadas me llevan, con afán provocatorio, a rescatarlas para referirme a un sistema político exactamente opuesto al de la enésima versión del gobierno de los hombres que estas ideas proponen: para referirme, por el contrario, a la doble subordinación de los poderes políticos tanto a las reglas formales como a las sustanciales, al “qué”, al “como” y al “qué cosa” determinadas justamente por el paradigma del constitucionalismo democrático.

Gracias a esta doble subordinación no es cierto que una democracia “conjuntamente formal y sustancial” equivaldría, como dice Bobbio, a “una democracia perfecta, que hasta ahora no se ha realizado en ningún lugar” y que por ello pertenece “al género de los proyectos del futuro”. Así como tampoco es verdad que las dos dimensiones son incompatibles entre sí. El

trazo característico y la gran novedad introducida con el constitucionalismo rígido consiste en hacer compatibles ambas cosas, a través de la proyección normativa de una dimensión sustancial y no sólo formal (más para el pueblo que del pueblo). La constitucionalización de los derechos fundamentales, de hecho, ha delimitado y vinculado la *esfera de lo indecible*, que reposa en las reglas de la democracia *formal* o *del pueblo*, señalando como una *esfera de lo no decidible* – de *lo no decidible que*, determinada por los límites impuestos como garantía de los derechos de libertad, y de *lo no decidible que no*, definida por los vínculos impuestos para garantizar los derechos sociales– a través de reglas de democracia *sustantiva* o *para el pueblo*, es decir, sobre qué cosa es o no es lícito decidir o no decidir, para garantizar los derechos de todos y cada uno. Y la conjunción de estas dos dimensiones –formal y sustantiva, del pueblo y para el pueblo en el sentido aquí descrito– no es ni imposible ni utópica, como ha sostenido Bobbio. Simplemente ésta provoca, cuando las normas sustanciales sobre la producción son violadas, un “derecho ilegítimo”: inconcebible, como hemos visto, en el estado legislativo de derecho, en el que, ante la ausencia de normas sustanciales superiores, son válidas todas las normas formalmente existentes y que, en una paradoja aparente, indica el mayor defecto pero también la mayor virtud de las democracias constitucionales en las que el poder del legislador está sometido a límites y a vínculos tanto de forma como de contenido.

El paradigma constitucional, en breve, implica inevitablemente una divergencia con el derecho positivo vigente: divergencia que puede reducirse pero no puede abolirse y que por lo mismo (además de exigir un papel normativo, crítico y prospectivo de la ciencia jurídica) permite hablar no tanto de “democracia perfecta” sino de un grado de democracia (y de legitimación) más o menos elevado en función de las garantías normativas y, sobre todo, de su grado de efectividad.