

LA ESFERA DE LO INDECIDIBLE Y LA DIVISIÓN DE PODERES*

Luigi Ferrajoli

Traducción de Miguel Carbonell

1. LA ESFERA DE LO INDECIDIBLE

He utilizado en otras ocasiones la expresión “esfera de lo indecidible” para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías. La expresión evoca nociones análogas del léxico político. Michelangelo Bovero ha recordado la noción de “coto vedado” de Ernesto Garzón Valdés y la de “territorio inviolable” de Norberto Bobbio. En general, la expresión se refiere a la idea de los límites a los poderes públicos, incluidos los de la mayoría, elaborados por toda la teoría liberal: desde Von Humbolt hasta Constant y Tocqueville. Existen sin embargo algunas diferencias que merecen ser señaladas.

La primera diferencia, respecto de los conceptos que se han mencionado, ha sido ya destacada, en el curso de nuestro debate, por Michelangelo Bovero. Consiste en el hecho de que de la “esfera de lo no decidible” he ofrecido una noción jurídica, como categoría de la teoría del derecho. El *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés –así como el “territorio inviolable” de Bobbio– es una categoría filosófico-política, que expresa el principio político, clásicamente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos de libertad. A esta noción, me parece, se le agrega otra (que no la sustituye), todavía más importante: la de “la esfera de lo indecidible” diseñada por las constituciones rígidas, las cuales sustraen, justamente, a las decisiones de la mayoría la violación de los principios que las com-

* Ponencia presentada en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en la ciudad de Monterrey, México, el 31 de octubre de 2007.

ponen: estableciendo una indecibilidad absoluta, cuando excluyan la reforma constitucional, o una indecibilidad relativa, cuando prevean, para su modificación, procedimientos más o menos agravados. Entendida en este sentido, la categoría no se refiere a una mera instancia de filosofía política, sino a un componente estructural de las actuales democracias constitucionales, determinado por los límites y por los vínculos normativos impuestos a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, por normas de derecho positivo de rango constitucional. Esos límites y esos vínculos, en suma, no son principios de legitimación política externos al ordenamiento, sino principios jurídicos que están en su interior. Eso no obsta, desde luego, para que sobre la “esfera de lo indecible” o sobre el “coto vedado” la filosofía política continúe elaborando una noción precisamente política, en virtud de la autonomía que es propia de su punto de vista externo respecto a la ciencia jurídica, identificando ulteriores límites y vínculos a los poderes de la mayoría, en tutela de nuevos derechos.

La segunda diferencia de mi noción de “esfera de lo indecible”, igualmente señalada por Bovero, respecto a la noción de “coto vedado” de Garzón Valdés o de “territorio inviolable” de Bobbio, es que aquella designa no solamente el espacio o el territorio prohibido sino también el espacio y el territorio obligado: no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea lo que debe ser decidido. La primera esfera es la de las prohibiciones, o sea la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es la de las obligaciones, es decir la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales. El conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos, dirigidas a asegurar su efectividad. En este sentido el garantismo representa la otra cara –la cara por así decirlo operativa– del constitucionalismo.

La tercera diferencia de mi noción de “esfera de lo indecible” respecto a la de “coto vedado” de Garzón Valdés consiste en el hecho de que se refiere no solamente a los poderes públicos sino también a los poderes privados; no sólo al Estado, sino también al mercado. En contraste con la tradición clásica, que desde Locke hasta Marshall ha identificado siempre los derechos de autonomía negocial con los derechos de libertad, he demostrado en varias ocasiones que tales derechos, al igual que los derechos políticos o de autonomía política, son “derechos-poderes”, es decir situaciones ejercidas, a diferencia de los derechos de libertad, a través de actos jurídicos preceptivos que producen efectos también en la esfera jurídica de terceros. Y deben ser por lo tanto, en el Estado de derecho que no admite poderes absolutos, sometidos a límites y a vínculos en garantía de los derechos fundamentales, como sucede con los poderes públicos generados por el ejercicio de los derechos políticos. Es sobre esta base que he propuesto el desarrollo de un constitucionalismo de derecho privado, paralelo al constitucionalismo de derecho público, idóneo para regular los poderes de otra forma absolutos y salvajes que operan sobre el mercado.

Hay además una cuarta diferencia, sobre la que hemos discutido ampliamente Bovero y yo. En mi opinión, la esfera de lo indecible diseñada por las constituciones

constituye el rasgo distintivo de la democracia constitucional, y no puede por tanto ser ignorada al definirla. Bobbio y Bovero hablan de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, como “precondiciones lógicas” de la democracia. Pero una precondición lógica es una condición necesaria, es decir una *condicio sine qua non*, la cual por tanto no puede dejar de formar parte de la definición del término definido. Son estas condiciones o precondiciones las que determinan lo que he llamado en varias ocasiones la *dimensión sustancial* de la democracia, referida precisamente a *lo que no puede* y a *lo que no puede no* ser decidido –en suma, a los contenidos, o sea a la *sustancia* de las decisiones– en oposición a su *dimensión formal*, la cual por el contrario se refiere *al cómo* y *al quién*, es decir a la *forma* de las decisiones: una dimensión que ha sido injertada en la democracia por esa mutación de paradigma del derecho, de la validez y consiguientemente de la misma democracia que ha sido producida por su estipulación en constituciones rígidas. Bovero, como Bobbio, parece refractario al uso de la expresión “democracia sustancial”, ciertamente desgastada por sus muchos usos y abusos ideológicos. Pero creo que no debemos tenerle miedo a las palabras, una vez que han sido claramente redefinidas.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES

Este último elemento sugiere una distinción que desde mi punto de vista es de gran importancia en la teoría del derecho y de la democracia. *Esfera de lo indecidible* es una noción simétrica y complementaria de la de *esfera de lo decidible*. Pues bien, las dos esferas sirven para identificar, respectivamente, la esfera discrecional de la política, que es propia de lo que he llamado “*funciones*” e “*instituciones de gobierno*”, y la esfera vinculada a la sujeción a la ley propia de lo que he llamado “*funciones*” e “*instituciones de garantía*”.

Se trata de una distinción que permite repensar y rediseñar la estructura de la esfera pública y, específicamente, la separación de poderes. En el uso clásico del modelo de Montesquieu la división se refería a tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial; en el modelo de Locke se refería simplemente a dos poderes, el legislativo y el ejecutivo. Se trata de modelos elaborados hace tres siglos con referencia a arreglos institucionales incomparablemente más simples que los de las actuales democracias constitucionales: en ese entonces las funciones del Estado eran poco más que la función penal y el mantenimiento del orden público al interior y la defensa militar al exterior. Respecto a estos arreglos la función principal de la división de poderes era la de diferenciar a los poderes del Estado, de tal manera que uno fuera el freno y el límite del otro; en particular, se trataba de garantizar la separación e independencia del poder monárquico de otra forma absoluto, de la función legislativa y de la función judicial.

Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo, dado que ha permitido garantizar la primacía del parlamento y la independencia del poder judicial; pero también en negativo, dado que todas las funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social –la educa-

ción, la asistencia sanitaria, la seguridad social-, al no ser caracterizables como funciones legislativas o judiciales, han sido concebidas y se han desarrollado, al menos en la experiencia de la Europa continental, al interior del poder ejecutivo, o sea de la función de gobierno, situándose detrás de la etiqueta omnicompreensiva de la “administración pública”. No sólo, por tanto, las funciones administrativas auxiliares de la función de gobierno, como las funciones diplomáticas, las de la seguridad pública o de la política fiscal, sino también las funciones administrativas de garantía, como la educación, la salud, la seguridad social, correspondientes a derechos fundamentales, se han ubicado dentro del poder político ejecutivo, en las dependencias justamente de gobierno, hasta el punto de justificar el llamado *spoil system*, en el modelo estadounidense, por obra de la mayoría de gobierno. Pero al menos en los Estados Unidos, en donde el Estado social ha tenido un desarrollo bastante menor que en Europa, esta práctica se refiere únicamente a las funciones administrativas auxiliares del Presidente, mientras que las funciones de garantía están prevalentemente confiadas a las autoridades independientes.

Pienso por tanto que la clásica división de los poderes del siglo XVIII que se remonta a Montesquieu es hoy en día inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas. Inadecuada en el plano descriptivo, ya que es desmentida por todos los sistemas políticos parlamentarios, en los que el gobierno obtiene la confianza de las Cámaras y la relación entre ejecutivo y legislativo no es por tanto de separación sino de condivisión: ya que el primero, en caso de conflicto con el segundo, debe *soumettre ou se demettre*. Pero es inadecuada también en el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy en día asignadas a la esfera pública no está enteramente clasificada dentro de la tripartición montesquieana. En particular, gran parte de las funciones administrativas que se desarrollan con la construcción del Estado social no son de hecho funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, al igual que sucede con la función judicial, consiste en la aplicación de sus presupuestos legales y requiere no dependencia y control, sino por el contrario independencia de las funciones de gobierno, es decir del poder ejecutivo dentro del que se han desarrollado fuera de todo diseño constitucional.

3. FUNCIONES DE GOBIERNO Y LEGITIMACIÓN REPRESENTATIVA. FUNCIONES DE GARANTÍA Y LEGITIMACIÓN LEGAL

Pues bien, la distinción entre esfera de lo decidible y esfera de lo indecidible permite rediseñar el mapa de los poderes públicos y de su distribución, ofreciendo un criterio riguroso para identificar las funciones que deben estar separadas. Este criterio identifica la diversidad de sus fuentes de legitimación: entre la fuente de legitimación de las funciones y de las instituciones de gobierno, dirigidas a la esfera de lo decidible, y la fuente de legitimación de las funciones y de las instituciones de garantía, dirigidas a presidir la esfera de lo indecidible.

¿Cuál es la fuente de legitimación de la esfera de lo decidible, y por tanto de las funciones y de las instituciones públicas a las que se confían las decisiones y las elecciones dentro de la esfera, precisamente, de lo decidible? Esta fuente es evidentemente la representación política: los órganos legitimados para tales actividades –la legislación, las actividades de gobierno, las actividades administrativas auxiliares a las actividades de gobierno y por tanto confiadas a los órganos dependientes de los poderes de gobierno– son evidentemente los que toman su investidura del voto y de la elección popular.

¿Y cuál es la fuente de legitimación democrática de los órganos llamados a la aplicación de la ley, o sea a la observancia de sus presupuestos, en funciones de garantía de los derechos fundamentales que conforman la esfera de lo indecidible? Esta fuente, en virtud del carácter cognitivo de tales actividades –cognitivo de los hechos y reconocimiento de su calificación jurídica– es, de forma igualmente evidente, la rígida sujeción solamente a la ley que están obligados a aplicar.

De lo anterior se sigue que la esfera de lo decidible es la esfera de competencia de las funciones políticas de gobierno, las cuales incluyen, además de las funciones de gobierno propiamente dichas, las funciones legislativas igualmente legitimadas por la representación política, obviamente respetando la Constitución. Por el contrario, la esfera de lo indecidible pertenece a la competencia y está regida por las funciones y las instituciones de garantía, en las cuales se incluyen, además de las funciones y las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respeto de la ley. Los poderes públicos investidos de funciones de gobierno son de hecho *poderes de disposición* y de producción e innovación jurídicas, legitimados en cuanto tales por el consenso popular. Los que están investidos de funciones de garantía son por el contrario *poderes de cognición*, legitimados en cuanto tales por la aplicación de la ley, o sea por la observancia de los presupuestos legales de las decisiones, ya sean judiciales o administrativas.

Es sobre esta diversidad de sus fuentes de legitimación que se basa, desde mi punto de vista, la división de los poderes: deben estar separados y ser recíprocamente independientes los poderes que tienen fuentes de legitimación distintas. Así, la representación política, aunque legitima a las funciones de gobierno –es decir, a las actividades de innovación y transformación del derecho, siempre respetando a la Constitución– no habilita para la interferencia en la esfera de lo indecidible: la política, en suma, y específicamente los gobiernos y las mayorías políticas, no pueden condicionar a las funciones de garantía, como lo es típicamente la judicial, cuya legitimación es contramayoritaria. La fórmula “siempre habrá un juez en Berlín” expresa con precisión el valor de esta división y de esta independencia en garantía de la imparcial determinación de la verdad: deberá por tanto existir un juez en Berlín capaz de absolver aun cuando todos exijan la condena y de condenar cuando todos exijan la absolución. Inversamente, la sujeción solamente a la ley, que habilita a la aplicación y la ejecución de la misma, no habilita a su producción, es decir a la innovación jurídica a través de la producción de normas.

Finalmente, hay una última diferencia y un último criterio de distinción entre las dos clases de funciones. En *Principia Iuris* he definido la “esfera pública” (D11.36)¹ como la suma de las funciones consistentes por un lado en la tutela de los intereses generales y, por otro, en la garantía de los derechos fundamentales. Pues bien, estas dos clases de funciones corresponden una a la función de gobierno, dirigida precisamente a la tutela de los intereses generales, y la otra a las funciones de garantía de los derechos fundamentales, los cuales son universales y por tanto corresponden a todos y cada uno en cuanto individuos. Intereses generales y garantía individual se configuran de este modo como ulteriores fuentes de legitimación y criterios de distinción entre las funciones de gobierno y las funciones de garantía.

4. CONSTITUCIÓN, ESFERA CONSTITUCIONAL DE LO INDECIDIBLE Y DIVISIÓN DE PODERES

Se comprende así que una articulación de la esfera pública de este tipo es el efecto de la constitucionalización de la esfera de lo indecible: la cual, definiendo normativamente tal esfera, ha por un lado vinculado la política a la realización y al respeto de los derechos que la componen y, por otro, ha impuesto, como meta-garantía de tales derechos, la división entre funciones de gobierno y funciones de garantía, o sea la independencia de las segundas respecto a las primeras. Antes de la creación de las constituciones rígidas, en el Estado legislativo de derecho, la política, como expresión de la mayoría, era de hecho omnipotente. Las constituciones rígidas, han puesto fin a este residuo de absolutismo. La política, gracias a ellas, ha sido sometida al derecho y precisamente a la esfera de lo indecible, imponiendo que esté regida por funciones de garantía independientes.

Pero esto no significa que los espacios de la política se hayan hecho angostos, como lamentan muchos defensores de la omnipotencia política de las mayorías de gobierno. A la política le queda sobre todo la esfera de lo decidible, confiada a las funciones legislativas y gubernativas de innovación normativa y de dirección política, siempre respetando la Constitución. Pero sobre todo le queda confiada lo que los sociólogos llaman la implementación de las funciones y de las instituciones de garantía, es decir, su creación y su regulación en acatamiento al mandato constitucional: en acatamiento, precisamente, de la obligación de producir una legislación de actuación de los derechos y de sus garantías. Todos los derechos fundamentales, de hecho, requieren una legislación que los haga aplicables. Incluso el derecho a la vida y a la integridad personal no estaría garantizado si no estuviera previsto el delito de homicidio (garantía primaria) y su correlativa sanción (garantía secundaria). Esta legislación de actuación es competencia de la política. Representa, por así decirlo, su función más alta y legitimante. Y es de la actuación de la Constitución de lo que depende la legitimación sustancial de las funcio-

¹ N. del T.: el autor se refiere a su obra *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2009 (en prensa). La edición italiana fue publicada, en tres extensos tomos, a finales de 2007.

nes de gobierno, que es siempre una legitimación *a posteriori*, que se suma a su legitimación formal proveniente, *a priori*, de la representación política.

De ahí se sigue una indicación de gran relevancia práctica. La democracia constitucional es una construcción jurídica y a la vez una construcción política y social, confiada por un lado a la elaboración y a la proyección teóricas, por otro a la práctica política y a las luchas sociales. Al igual que el derecho, que es el lenguaje en el que pensamos las formas y las técnicas de garantía, la democracia constitucional es una construcción artificial de cuya proyección, defensa y garantía todos, como juristas y como ciudadanos, somos responsables.