

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Rafael Enrique Aguilera Portales*
Rogelio López Sánchez**

De este modo, puede establecerse una sociedad y mantener la inviolabilidad del pacto común sin lesionar el derecho natural. La sociedad en que domina éste derecho se llama democracia, la cual puede definirse como: asamblea general que posee comunalmente su derecho soberano sobre todo lo que cae en la esfera pública.

Spinoza, Tratado Teológico-político

Resumen:

El objeto del presente estudio es mostrar la estructura y naturaleza de la teoría del garantista de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. Dentro de nuestro análisis, nos ceñiremos a las críticas del modelo de derechos fundamentales y su interrelación con la concepción de democracia sustancial. Señalaremos que lugar ocupa la teoría garantista en el marco del neoconstitucionalismo, así como sus diferencias y similitudes. A su vez, trataremos de explicar desde nuestra óptica, cual es el aporte que realiza el garantismo a la teoría de los derechos fundamentales desde una visión crítica.

SUMARIO:

I. Introducción 1. Teoría del garantismo 2. Estructura y naturaleza de los derechos fundamentales en el garantismo 2.1 Concepto de derechos fundamentales y su interrelación con la democracia sustancial 2.2 Fundamentación axiológica de los derechos fundamentales 3. El garantismo en el marco del neoconstitucionalismo 4. Conclusiones

I. Introducción

Los derechos fundamentales tienen una base edificada en las distintas revoluciones burguesas inglesa, americana y francesa junto a diversos movimientos sociales que se han encargado de plasmar los valores jurídicos de igualdad, libertad y fraternidad; a partir de los cuales se ha erigido y construido el Estado liberal de derecho¹ y posteriormente, el Estado constitucional.

* Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctor en Filosofía política y jurídica por la Universidad de Málaga (España), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT), correo electrónico: sisifo2005@hotmail.com

** Ayudante a Cátedra de Filosofía del Derecho, Becario- colaborador del proyecto de investigación del CONACYT: *Educación para una ciudadanía activa y democrática en el marco de Estado Constitucional*, Área IV, Proyecto 52988, de la Convocatoria de Apoyo Complementario a Investigadores en proceso de consolidación, Presidente del Capítulo “Ayala Villarreal”, de la Fraternidad Jurídica Internacional Phi Delta Phi.

¹ La diferencia entre Estado Liberal de Derecho y Estado Constitucional, es que, el primero nace con las revoluciones liberales, y representa el primer paradigma dentro de la teoría jurídica y política; mientras que el Estado Constitucional, simboliza el actual paradigma de las democracias contemporáneas, cuyas características abordaremos en el presente estudio. También es preciso señalar, que el Estado Social y

Podríamos ubicar al garantismo en el paradigma neoconstitucionalista², el cual nace posterior a la segunda posguerra. Durante el siglo XIX, y parte del XX, no se concebía a la Constitución de acuerdo a principios y valores debido al esquema formalista y normativista en el que estaba sumergida la teoría del derecho. De esta manera, la tutela y protección de los derechos fundamentales se ha vuelto uno de los ejes rectores y fundamentales de la concepción de Estado Constitucional³.

Actualmente, existe una interesante, abundante y prolija bibliografía de divulgación y crítica sobre el garantismo de Luigi Ferrajoli⁴, pues estamos hablando de uno de los autores más señalados y renombrados dentro del nuevo paradigma jurídico del neoconstitucionalismo, cuyas ideas siguen teniendo tanto una gran aceptación como una gran crítica en el mundo jurídico americano y europeo. El propósito del presente estudio en su primera parte, consiste en describir la estructura garantista de los derechos fundamentales; se analizarán los conceptos de derechos fundamentales y la relación intrínseca que propone el paradigma garantista con la democracia sustancial, así como la fundamentación de los mismos. Posteriormente, abordaremos las variadas críticas realizadas por distintos juristas y expertos de la teoría del derecho, filosofía política y la filosofía de la justicia. Por último, exhibiremos nuestro aporte intelectual, evidenciando las semejanzas y carencias del garantismo frente al neoconstitucionalismo. Igualmente, desde el plano de la filosofía política y la teoría del derecho, mostraremos nuestros puntos de discrepancia con ciertas percepciones, como la metáfora de la constitución como pacto social hobbesiano, la ausencia en el garantismo de técnicas de la argumentación y la prevalencia del constitucionalismo de reglas más que de principios.

1. 1. Teoría del Garantismo

La teoría jurídica de Luigi Ferrajoli tiene sustento las ideas pertenecientes a la Escuela analítica italiana (Escuela de Turín), cuyo fundador fue Norberto Bobbio, dentro de la cual, se formó una nueva generación de filósofos del derecho, los cuales lograron

Democrático de Derecho es la fórmula que subsume las dos anteriores concepciones de estado, y tiene tres dimensiones, el Estado de Derecho, el Estado Democrático y el Estado Social.

² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002. El citado autor concibe esta corriente como neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno o simplemente constitucionalismo, lo ubica desde tres ópticas: teórico, metodológico y como ideología. Sintetiza las características del neoconstitucionalismo teórico expuesto por diversos juristas ubicados en esta concepción como: “mas principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios”. *Ibidem.*, p. 121.

³ DE VEGA, Pedro: “Constitución y Democracia” en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, 1983. Recordemos los principios que el maestro Pedro de Vega ha descrito: el principio democrático, el principio liberal (que se compone del respeto a los derechos fundamentales y al principio de división de poderes recordando el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) y el principio de supremacía constitucional.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998. *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, España, 2006. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2005. CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005. Entre otras obras colectivas y artículos en revistas de ciencia jurídica y política.

conciliar la tradición que había separado la filosofía jurídica de la ciencia del derecho y de la práctica judicial⁵. En el contexto de la filosofía analítica⁶ participaron distintos teóricos y filósofos del derecho como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli⁷, Giovanni Tarello⁸, Giacomo Gavazzi, Mario Jori, entre otros.

Desde éste plano, la teoría garantista lleva a cabo un riguroso análisis del lenguaje normativo dentro del universo del discurso de la dogmática jurídica y la teoría del derecho⁹, así mismo se ha propuesto toda una arquitectura teórica compuesta por términos, definiciones y teoremas, a la cual denomina: *Teoría axiomatizada del derecho*, sobre la que reposa su Garantismo¹⁰.

Existen tres planos sobre los cuales podemos entender el garantismo, según Ferrajoli, y son los siguientes:

- **Modelo normativo de derecho:** se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe a los derechos fundamentales como límites, a través del cual se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad, por parte del gobernante. Propone una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: democracia formal (relacionada con el procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones). Esta última concepción se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir de la redimensión del concepto de democracia y relacionada directamente con el cumplimiento de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho¹¹.

- **Teoría del derecho y crítica del derecho:** el aporte de la positivización de los derechos es propia del positivismo jurídico; la cual se relaciona directamente con el

⁵ FERRAJOLI, Luigi, “La filosofía analítica” en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 29. La interacción entre estas dos concepciones exigía que: “los filósofos aprendieran de la escuela de los juristas y viceversa, que los primeros se ofrecieran a actuar y experimentasen, y que los segundos adoptasen los métodos de análisis lingüístico y de la lógica en la construcción de los conceptos y teorías así como en el planteamiento y solución de los problemas jurídicos concretos”. FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 41.

⁶ En este sentido podemos expresar que “la filosofía analítica se utiliza para designar la reflexión filosófica como análisis del lenguaje y, en particular, en lo que se refiere a la filosofía del derecho, de los lenguajes jurídicos (del derecho y sobre el derecho), bien las aproximaciones metodológicas propias del empirismo lógico y de la filosofía de la ciencia”. FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 23.

⁷ De este jurista Ferrajoli retoma los estudios de análisis del lenguaje jurídico, de semántica del lenguaje normativo y de metodología de la ciencia jurídica. FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 30.

⁸ De él destaca que: las normas no son el objeto preexistente sino el producto (opinable y mutable) de la interpretación y las manipulaciones de los juristas. FERRAJOLI, *Idem.*

⁹ Ferrajoli entiende por universo del discurso como: “el conjunto de cosas y/o experiencias de las cuales la (o una determinada) teoría del derecho habla” y por dogmática jurídica como “el conjunto de los conceptos y de los enunciados dedicados a la clarificación del sentido de las normas, elaborados y a la vez verificables o refutables mediante el análisis del lenguaje legal, formulado en un lenguaje metalingüístico respecto de éste y que de él extrae dogmáticamente sus propias reglas de uso” FERRAJOLI, Luigi, “La semántica de la teoría del derecho” en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004. pp. 17 y 52.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Expectativas y garantías, primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho” en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004. p. 141.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 854-868.

garantismo, argumentando que mediante la creación del Estado Liberal de Derecho se brindó seguridad jurídica al gobernado. Partiendo de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas¹², propone un iuspositivismo crítico, frente al iuspositivismo dogmático. El iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. Por otro lado, el iuspositivismo crítico retoma las tres características ya referidas, aquí el juez se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas, dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias en la ley, procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emite¹³.

- **Una filosofía de la política:** ésta última concepción concibe al Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales. El garantismo como doctrina filosófica-política permite la crítica de las instituciones jurídico positivas, conforme a la clásica y rígida separación (propia del positivismo), entre derecho y moral, o entre validez y justicia¹⁴. Ferrajoli retoma el concepto de *autopoyesis*, de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, repasa la división clásica que hace el autor alemán sobre las siguientes doctrinas: “las autopoyéticas, en las cuales el Estado es un *fin* y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos, y, por otro lado, están las doctrinas *heteropoyéticas*, en éstas, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”¹⁵. De esta forma, el garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De tal manera, que la deslegitimación externa de las instituciones jurídico positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos¹⁶.

Consideramos que hemos dejado establecido los pilares sobre los que se sustenta la teoría del filósofo italiano, por lo que podremos pasar al segundo apartado, el cual se encargará de mostrarnos el mapa de la actual configuración del Estado Constitucional contemporáneo, en el cual los jueces constitucionales actúan y se legitiman diariamente.

2. Estructura y naturaleza de los derechos fundamentales en el garantismo

El diseño propuesto por FERRAJOLI para los derechos fundamentales se basa de las propuestas de la Escuela analítica del derecho italiana, la cual confiere mucha importancia a la semántica jurídica, de ahí que su concepto de derechos fundamentales,

¹² BOBBIO Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1998, p. 239. En esta obra, Bobbio concluye con tres aspectos del positivismo jurídico: como método, teoría y valor; en cuanto al primero, analiza si es idóneo para alcanzar determinado fin, el segundo derivará un juicio de veracidad o falsedad en cuanto pretende verificar la correspondencia entre la teoría y la realidad, y éste último, del cual se deberá decidir si una norma es buena o mala (justa o injusta). “De ahí el triple orden de problemas de la norma jurídica: la justicia, la validez y la eficacia”. BOBBIO Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1998. p. 33.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. op. Cit.*, pp. 868-880.

¹⁴ FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 880.

¹⁵ FERRAJOLI, *Ibid.*, p.881.

¹⁶ FERRAJOLI, *Ibid.*, pp. 880-892.

sea calificado por él, como meramente teórico. A su vez, propone una redimensión de democracia, la formal, relacionada con la forma en que se toman las decisiones, y la sustancial, la cual está íntimamente ligada al respeto de los derechos fundamentales. De esta manera, se configura el concepto propuesto, y a su vez, se fundamentan sus cuatro tesis sobre las cuales reposará el garantismo.

Complementando lo anterior, se encuentra la propuesta de los cuatro criterios axiológicos de los derechos fundamentales que respondería a la pregunta de la justificación y fundamentación deontológica de los mismos, en este contexto, podemos entrar al estudio de estas cuestiones.

2.1 Concepto de derechos fundamentales y su interrelación con la democracia sustancial

Diversas teorías han tratado de explicar el concepto y el fundamento de la evolución de los derechos fundamentales¹⁷. Las posturas clásicas son el iusnaturalismo y el iuspositivismo, que tienen como fundamento la misma naturaleza humana y su peculiar visión del mundo¹⁸, de esta manera, tenemos que todas las tesis explicativas de los derechos tienen una verdad relativa que va conduciendo a una sincronía de los derechos fundamentales¹⁹. La definición propuesta por Ferrajoli para los derechos fundamentales ha sido la siguiente:

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”²⁰

¹⁷ La evolución de los derechos fundamentales comprende las fases de positivación, generalización, internacionalización y especificación. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004.

¹⁸ La corriente iusnaturalista, afirma que hay derechos naturales anteriores al Estado y al Derecho positivo, afirmando una superioridad de los mismos y la tradición iuspositivista afirma que es el Estado quien otorga esos derechos y coloca al Derecho positivo por encima del Derecho natural. Consideramos que la problemática es aún más compleja y sería irresponsable reducirla por nuestra parte, a unas cuantas líneas, pero nos centraremos en un objeto distinto. PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1993.

¹⁹ Existe gran discusión sobre el concepto derechos fundamentales, considerado por muchos como vago e impreciso, nosotros nos adherimos a la denominación de derechos fundamentales desde la postura de un positivismo moderado del maestro Peces Barba, quien afirma: “los derechos fundamentales pueden comprender tanto los presupuestos éticos, como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento (...) expresan tanto una moralidad básica como una juricidad básica” PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid.1999. p. 37

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37. Cabe señalar que FERRAJOLI, con gran influencia positivista, abandona la concepción de “derecho subjetivo como mero reflejo de la obligación jurídica de otro” establecida por el jurista austriaco. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa. México, 2003, p. 145.

Recordemos que la definición antes expuesta, tiene, según Ferrajoli, las siguientes características:

- 1) es teórica, porque aún estando elaborada con relación a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes, no esta basada conforme a normas de ningún ordenamiento concreto;
- 2) es puramente formal o estructural, porque prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación.
- 3) neutralidad, nos explica el autor, que cualquiera que sea la filosofía política o jurídica, ya sea iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática ésta definición puede ser válida²¹.

En cuanto a lo relativo a la concepción y justificación del concepto antes aludido, habremos de resumir las cuatro tesis en materia de derechos fundamentales que elaboró el maestro italiano, y fueron expuestos en la Revista “Teoría Política” en 1998.

- Diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y patrimoniales.

Mientras que los derechos fundamentales son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos; los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables²². Éstos son producto de la filosofía iusnaturalista, propia del contractualismo liberal fundamentado en la filosofía del liberalismo político, cuyo máximo exponente fue John Locke. Sobre la filosofía de Locke, podemos señalar que para él, el derecho a la propiedad privada era considerado un derecho fundamental, que se basaba en el esfuerzo y el trabajo del ser humano sobre la naturaleza. El descubrimiento de vastos territorios en América del Norte, ayudó a la tesis de fusionar el sentimiento de propiedad como un derecho no enajenable. De hecho, en sus tratados, el filósofo inglés, emplea frecuentemente la palabra *property*, donde quiere significar un derecho natural como derecho básico y sumamente importante dentro de los derechos naturales de vida, libertad y posesión²³.

A estas características sobre los derechos patrimoniales y fundamentales, podemos añadir, que, mientras estos, son horizontales, ya que el individuo actúa frente al Estado, los derechos patrimoniales son verticales, es decir las relaciones jurídicas de sus titulares pueden ser frente a otros particulares.

- La segunda tesis: la democracia sustancial

Existe un consenso generalizado sobre la definición contemporánea de democracia, como “un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos²⁴” la cual ha

²¹ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 19-21.

²² FERRAJOLI, *Ibid.*, p. 31.

²³ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, F.C.E., México, 1984, p. 388.

²⁴ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, F.C.E., México, 2003, p. 24. También pueden consultarse las obras: SARTORI Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México, 2003. SCHUMPETER, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper, Nueva York, 1942, p. 269 (*Trad. cast.: Capitalismo, socialismo y democracia*, Orbis, Barcelona, 1988). PEREZ LUÑO. Antonio.

sido calificada como meramente procedimental o formal por el miembro de la Escuela analítica italiana.

De esta manera, él autor florentino rediseña una estructura que propone dos dimensiones, una formal, explicada en el párrafo precedente, y la otra, denominada democracia sustancial, consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas²⁵. Por otra parte, la democracia formal significará quien está legitimado para decidir, mientras que la democracia sustancial se relaciona con lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo decidir.

Es inevitable señalar, que en la actualidad el Estado moderno sufre una crisis sistémica, la cual viene acompañada de un debilitamiento en la esfera pública, que ha sido descrita por el autor florentino como crisis del Estado y de la razón jurídica, que consiste en: “una crisis de legalidad, que permea a través de un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del estado nacional donde las decisiones en materia militar, política monetaria y políticas sociales, son transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos”²⁶.

En el marco de esta crisis, surge el paradigma de la democracia constitucional, el cual esta definitivamente ligado a la idea de contrato social; según Ferrajoli, dicho pacto es una metáfora de la democracia política, porque alude a un consenso de los contratantes; pero, también, es una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato cuenta con cláusulas, consistentes en la tutela de los derechos fundamentales²⁷ con los que el soberano complementa la legitimación formal o política. De esta manera, el paradigma garantista mantiene la incorporación de los vínculos sustanciales, no importando que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos.

En cuanto a la metáfora del contrato social y su relación con la democracia sustancial ideada por el jurista florentino, existen opiniones encontradas en el sentido del fortalecimiento de la democracia participativa y una ciudadanía activa que sea el eje rector de una nueva generación de la sociedad civil y política. Habermas, sostiene una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente de todo país democrático, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de este procedimiento discursivo y asambleario, y optaría por una salida de pacto constitucional hobbesiano, siguiendo la tradición positivista. Sin duda, piensa Habermas, el déficit democrático no se va a eliminar por medio de una “*reducción estatista*” del problema, esto más bien lo agudizaría. Por eso, “hasta el momento faltan los presupuestos reales para una formación de la voluntad de los ciudadanos que esté integrada a nivel europeo”²⁸.

Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1990; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, (prologo de Rafael Agapito Serrano), Trotta, Madrid, 2000.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 864-867.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, *op. cit.*, pp. 15- 20.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 38.

²⁸ HABERMAS, “¿Necesita Europa una Constitución?” en *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 138.

Habermas, insertado dentro del paradigma europeo, plantea tres requisitos funcionales o condiciones necesarias²⁹ para el establecimiento de una identidad política y jurídica de cualquier país democráticamente constituido:

- a) el nacimiento de una sociedad civil. La formación de redes que amplíen las organizaciones, asociaciones, sindicatos, movimientos que ayuden a vertebrar la sociedad desde los valores fundamentales de pluralismo político e ideológico.
- b) La construcción de un espacio público. El espacio público será el remedio o *farmakon* para el déficit democrático actualmente existente.
- c) la creación de una cultura política susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos europeos. Para ello, es imprescindible el carácter de publicidad, visto lucidamente por Kant, que ayuda a establecer una conexión entre la constitución jurídica y la cultura política de una comunidad. El “incremento de la cultura” que conduce a “una más amplia cuerdo sobre los principios”³⁰.

Una vez establecida la premisa de la democracia sustancial, y comprendidos los elementos inherentes al Estado Constitucional diseñado por el autor italiano, podemos continuar con la fundamentación de su garantismo, relativa a la distinción realizada entre ciudadanos y personas que a continuación presentamos.

- Tercera tesis: naturaleza supranacional de los derechos fundamentales

La naturaleza supranacional de los derechos fundamentales tiene relación especial con la distinción que actualmente se tiene entre ciudadanía y persona. En su famoso ensayo *Citizenship and Social Class*, Thomas Marshall expone una tipología de derechos pertenecientes a la ciudadanía, los cuales están divididos en tres clases: derechos civiles, políticos y sociales³¹.

El destacado filósofo del Derecho Ferrajoli, ha expuesto una cierta inconmensurabilidad o incomunicabilidad entre los estudios jurídicos y sociológicos en materia de “ciudadanía” que deja al derecho sin la aportaciones de los estudios filosóficos y sociológicos para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía³².

La naturaleza supranacional de los derechos es defendida por el jurista italiano desde un plano socio-jurídico e historiográfico³³, ya que él expone, que los procesos de

²⁹ HABERMAS, *Ibid.*, p. 58.

³⁰ HABERMAS, J., “La idea kantiana de paz perpetua”, *op. cit.*, p. 160.

³¹ MARSCHALL, Th. H. *Citizenship and Social Class*, 1950, (trad. cast. Marschall, Th. H, y Bottomore), T. *Ciudadanía y Clase social*, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid, 1998. En esta obra define la ciudadanía como posesión de derechos y pertenencia a una comunidad. La noción marshalliana de ciudadanía se inscribe en la tradición ética-comunitarista-republicana que tiene como antecedentes a Aristóteles, Maquiavelo y Rousseau.

³² FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en: *Derechos y Garantías*, *op. cit.*, p.98.

³³ Luigi Ferrajoli plantea que se ha generado una corriente iusnaturalista y antipositivista que recorre toda la doctrina sociológica sobre la ciudadanía que resulta inadecuada para ordenamientos codificados. Estas corrientes iusnaturalistas contemporáneas llevan a ampliar indefinidamente tanto la noción de ciudadanía

globalización, integración mundial y fenómenos migratorios, han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad. De tal manera, propone superar esta contradicción mediante la internacionalización de los derechos fundamentales, eliminando esta distinción, al pasar del *status civitatis* al *status personae*³⁴, ya que para él “la ciudadanía representa el último privilegio del status, el último factor de exclusión y de discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales³⁵”. Hoy por hoy, en un contexto de explosión demográfica, aumento de la pobreza y los distintos problemas institucionales en América Latina, la solución aportada por Ferrajoli no es reducir los derechos del hombre a los derechos ciudadanos, y al mismo tiempo, pretender fundar aún sobre la ciudadanía la lucha por los derechos y por la democracia en nombre del universalismo.

- Las relaciones entre derechos y sus garantías

Dentro de este complejo teórico destinado a la estructura de la protección de los derechos, se encuentran las garantías primarias, las cuales se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer, las cuales podemos identificar como derechos fundamentales y sociales respectivamente. Las garantías secundarias consisten en: “las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad generadas, como efectos específicos, respectivamente por actos ilícitos y por los actos inválidos³⁶”.

De esta manera, los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas, en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas; pero, fundamentalmente, a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y, a veces, nulo o inexistente.

Luigi Ferrajoli observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías, imperfecciones o incluso aún su conculcación. La ciencia jurídica no ha elaborado aún formas de garantías en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, como los de libertad y autonomía. Los derechos sociales imponen deberes de hacer por los que su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones o en carencias de prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables. Esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y

como el número de derechos de ciudadanía, mientras que la positivista lleva a restringirlos por su falta de efectividad y garantías jurídicas.

³⁴ Desde un punto de vista jurídico, históricamente se ha distinguido entre *status civitatis* (ciudadanía) y *status personae* (personalidad). Hombre y ciudadano, *Homme* y *citoyen* conforman dos clases diferentes de derechos fundamentales: derechos de personalidad, que corresponden a todos los seres humanos como individuos o personas, y derechos de ciudadanía que corresponden de forma exclusiva a los ciudadanos. Desde una visión positivista, indudablemente esta distinción puede provocar confusión.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en *Derechos y garantías*, *op. cit.*, p.117.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Expectativas y garantías”, en *Epistemología*, *op. cit.*, p. 161.

político, tanto porque estos derechos tienen unos costos elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar. Por ejemplo, el derecho al trabajo incluido como derecho fundamental en todas las Constituciones de América latina se convierte en una norma menos efectiva y retórica. Evidentemente, esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costes elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar.

Las garantías primarias y secundarias, van de la mano con la actividad denominada iuspositivismo crítico³⁷, propuesta por Ferrajoli, esta práctica consiste en: “la tarea científica del jurista de valorar la invalidez o la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales establecidas por normas de rango superior³⁸” ante la existencia de lagunas deónticas las cuales son “generadas por la carencia de garantías” o las lagunas jurídicas consistentes en “la carencia de los presupuestos normativos u organizativos³⁹” para hacer efectivos los derechos.

2.2 Fundamentación axiológica de los derechos fundamentales

Los criterios o valores jurídicos universalmente aceptados por las Declaraciones, Tratados y Acuerdos Internacionales a lo largo de la historia de los derechos fundamentales han sido la igualdad, libertad y fraternidad (o solidaridad según los modernos); estos valores, junto con el valor de la dignidad⁴⁰ y de la libertad humana pueden ser vistos desde distintos enfoques, debido a su enorme riqueza conceptual. Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía política estos conceptos

³⁷ Al respecto, podemos mencionar lo que Norberto Bobbio caracteriza ejemplarmente las dos concepciones iusfilosóficas clásicas: “Por *iusnaturalismo* entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por *positivismo jurídico* entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo.” En realidad cuando hablamos de iusnaturalismo o iuspositivismo cuestionando la difícil frontera existente entre moral y derecho, es por esta razón que nos remitimos a al problema de la compleja y laberíntica relación entre moral, política y Derecho. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.) Editorial universitaria Buenos Aires, 1965. La postura de Bobbio respecto al Derecho natural es más moderada y comprensiva que la de Hans Kelsen o Alf Ross quienes tienen agudas y contundentes críticas hacia esta filosofía del derecho natural. Véase KELSEN, H. y BOBBIO, N., *Crítica del Derecho Natural*, Introducción y traducción E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 874.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Expectativas y garantías*, *op. cit.*, pp. 161-165.

⁴⁰ CAMPS, V., “El descubrimiento de los Derechos humanos” en Mugerza, J.: *El Fundamento de los derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1989, Peter HÄBERLE desarrolla plantea la idea de la dignidad humana como “*premisa antropológica-cultural*” de una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. El cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la “*dignidad humana*”, y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal. HÄBERLE, P. *El Estado constitucional*, (trad. Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 169. Ver también HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: en análisis comparativo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, Sept-Dic. 1998, pp.11-38. Sobre el concepto de dignidad humana ver el trabajo de CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría General de los Derechos Humanos*, León, Ed. León, 1987, p. 67.

aportan un alto grado de confusión en lo que respecta a su tratamiento técnico-jurídico como principios fundacionales de los derechos humanos. Podemos hablar de libertad social, política, jurídica, psicológica, metafísica, moral, libertad-autonomía (Kant), libertad-participación (Hegel), libertad-prestación (Marschall), libertad positiva o negativa (I. Berlin).

De esta manera, Ferrajoli propone una redimensión de los criterios axiológicos que fundamentan los derechos fundamentales, entre los que se encuentran la igualdad, democracia, la paz y la tutela del más débil, estos serán tratados en el presente apartado.

En el artículo “¿Qué son los derechos fundamentales?” publicado en 1999, en la *Revista Teoría Política*, Ferrajoli propone cuatro⁴¹ distintas respuestas a la cuestión planteada:

- a) la razón o el fundamento teórico;
- b) la fuente o el fundamento jurídico;
- c) la justificación o el fundamento axiológico y;
- d) el origen o fundamento histórico y sociológico.

La tercera cuestión enunciada anteriormente, ubica la justificación o fundamento axiológico, en el contexto de la filosofía política o de la justicia, para lo cual Ferrajoli propuso la creación de cuatro criterios axiológicos para decidir cuales pueden ser o no los derechos fundamentales. A continuación los presentamos:

- **Nexo entre derechos fundamentales e igualdad:** este criterio, está relacionado con el principio clásico de igualdad, que han incorporado las distintas revoluciones burguesas, de ahí la característica de universalidad, que le atribuye el maestro italiano al concepto de derechos fundamentales, y que pretende dar explicación desde la filosofía política y sociológica del derecho. También propone el establecimiento de una sociedad civil global mediante la creación del “constitucionalismo global”, el cual estableciera niveles mínimos de subsistencia a las personas habitantes de países menos privilegiados⁴².

A este respecto, el filósofo del derecho John Rawls, presenta una teoría peculiar sobre este apartado, puesto que la tradicional contraposición entre libertad e igualdad con todas sus interpretaciones posibles no aclara el intento de fundamentación filosófica ni constitucional de estos derechos fundamentales. Consideramos que, hoy por hoy, existen propuestas filosóficas sintetizadoras capaces de superar esta tradicional contraposición. La filosofía política de Rawls trata de conciliar y compaginar los ideales de libertad e igualdad⁴³. Ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que de lugar a la uniformidad, la mediocridad y la anulación de diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de libertad total, ni igualitarismo que venda la libertad y la descarte. Como buen liberal, la libertad es fundamental para Rawls. Sin embargo, los otros dos ideales ilustrados, igualdad y la fraternidad, esta última formulada en el segundo principio de justicia o principio de diferencia, están presentes en toda su obra.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 1999, p. 314.

⁴² FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.*, pp. 329-338.

⁴³ RAWLS, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Gedisa, 1996.

- **Nexo entre derechos fundamentales y democracia:** pasada la Segunda Guerra Mundial surge el paradigma de la “democracia constitucional”, que tiene relación con la democracia sustancial, ya que los derechos fundamentales y sociales serán establecidos en las constituciones, y de esta manera, se garantizará su cumplimiento frente al poder.

- **Nexo entre derechos fundamentales y paz:** el cual quedó establecido en la Declaración Universal de 1948, este valor surge y se fundamenta en la filosofía contractualista de Tomas Hobbes⁴⁴, de quien Ferrajoli ha tomado diversos criterios para sus tesis. Según Hobbes, el paso del *status naturalis* al *status civilis*, se consiguió a través del pacto social, mediante el cual se transfieren todos los derechos naturales al Leviathan. El objetivo prioritario de éste pacto social es, alcanzar a toda costa los bienes jurídicos de seguridad y paz.

- **El papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil:** el profesor de la Universidad de Roma ya había establecido en su principal obra, una clasificación de los micro y macro poderes salvajes, tanto públicos como privados⁴⁵, creadores de desigualdades sustanciales dentro y fuera del Estado, los cuales pueden consistir en los fenómenos de la criminalidad, narcotráfico, corrupción, clientelismos, en este sentido, desde un plano axiológico, fundamenta este nexo “como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte políticamente, como en el Estado absoluto; de quien es más fuerte económica y socialmente, como en el mercado capitalista⁴⁶”.

Los anteriores nexos deben estar íntimamente relacionados mediante una racionalidad instrumental de tipo weberiana que liga a medios con fines, de tal manera que: “la forma universal de los derechos fundamentales identificada por la definición teórica ferrajoliana es, según el autor, el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se refiere, para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados, sino postulados, que su concreta estipulación positiva persigue”⁴⁷.

3. Ubicación en el marco del neoconstitucionalismo

Analizaremos los diversos principios sobre los que descansan las diversas visiones del neoconstitucionalismo, expuestas por distintos juristas, y repasaremos brevemente el

⁴⁴ La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. HOBBS, Thomas (1940) *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, F. C. E., México (original en inglés 1651).

⁴⁵ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón, op. cit.*, pp. 936-940. También puede consultarse al respecto: FERRAJOLI, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, coordinador CARBONELL, Miguel, *Estrategias y propuestas para la reforma del estado*, III, UNAM, México, 2001.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 316

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.*, p. 317.

tránsito del Estado legislativo al moderno Estado Constitucional; reiteramos, que no es nuestro propósito el estudio profundo sobre esta materia, sino solamente mostrar al lector cuales son las características más importantes de éstas interpretaciones, y así podamos contar con elementos adecuados para poder analizar críticamente el garantismo, a la luz de la teoría neoconstitucionalista.

El paradigma del derecho positivo moderno tiene su fundamento en las revoluciones liberales inglesa, americana y francesa, que culminaron con el nacimiento del Estado moderno (Estado legislativo), que se basa en el monopolio de la elaboración de normas. De esta manera, el principio de legalidad quedó reafirmado en las cartas constitucionales de cada nación, donde el eterno conflicto entre el gobierno de hombres y leyes, quedó sintetizado en el imperio de las normas sobre los poderes del Estado. Los cuales deberían estar divididos y colaborar entre sí, para llevar a cabo la premisa de la libertad jurídica, política y social.

Para explicar la evolución del estado constitucional contemporáneo seguiremos el recorrido de tres paradigmas epistemológicos, propuesto por el autor de la teoría garantista: “el derecho premoderno de tipo jurisprudencial doctrinal y correspondiente al antiguo régimen, el derecho positivo moderno de tipo legislativo perteneciente al estado legislativo de derecho y el derecho positivo contemporáneo subordinado a constituciones rígidas perteneciente al estado constitucional de derecho”⁴⁸.

Este último paradigma del derecho positivo contemporáneo surge en la segunda posguerra donde las constituciones van a representar “el intento por recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”⁴⁹. De esta manera, la Constitución deja de ser sólo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, “una norma directiva fundamental”⁵⁰. Ejemplo de ello son las cartas fundamentales, Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución Española de 1978, entre otras. El anterior proceso de evolución es definido por FERRAJOLI como: “la sumisión del legislador a normas jurídicas positivas, como lo son los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas”⁵¹. En dicho proceso, como lo señala el autor florentino, se tiene una preponderancia especial en la coherencia de los

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, “La pragmática de la teoría del derecho” en *Epistemología jurídica, op. cit.*, p. 113.

⁴⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 163.

⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000, p. 133. Éste autor propone tres modelos de libertades de los derechos fundamentales: el estatalista en donde “se admite y se afirma que el estado nace de la voluntad de los individuos, pero tal voluntad no puede ser representada por el esquema negocial y de carácter privado del contrato entendido como composición de intereses individualmente distintos”. FIORAVANTI, *Ibid.*, p. 50, el modelo individualista que “admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, la sociedad de individuos políticamente activos, con su autónoma subjetividad distinta y precedente al estado, que impone respectivamente la presunción general de libertad y la presencia de un poder constituyente ya estructurado”. FIORAVANTI, *Ibid.*, p. 43 y el modelo historicista, “consiste en la concesión de libertades por parte del estado, mediante el tránsito pacífico del estado medieval al estado moderno inglés del siglo XVII, prescindiendo de la presencia de un poder político soberano altamente concentrado, capaz de definir las esferas de las libertades individuales”. FIORAVANTI, *Ibid.*, pp. 31- 33.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, México, n. ° 16, 2002, p. 8.

contenidos de los derechos fundamentales⁵². Por lo que, se abandona el predominio de la forma de producción de las normas.

En este sentido, podemos resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional⁵³; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación puede sernos útil para expresar la legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado.

En el marco del neoconstitucionalismo, diversos autores⁵⁴ han expresado sus posiciones, afirmando que han surgido nuevos paradigmas en la ciencia jurídica en general y constitucional, en especial, como las teorías de la argumentación y de ponderación judicial, las cuales son necesarias en la labor judicial que diariamente lleva a cabo el juez constitucional, todo esto, haciendo frente a la crisis del positivismo⁵⁵, el cual ha mostrado síntomas de agotamiento desde hace tiempo.

Sin duda, asistimos ante un cambio de paradigma en el mundo jurídico, un nuevo modelo emerge tras los derroteros, ruinas y cenizas del neopositivismo, se trata del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma que interpreta y entiende el Derecho ya no sólo por normas (visión normativista), sino como principios, valores (visión axiológica); más en concreto, aplicado al Derecho Constitucional, nos hallamos ante un nuevo modelo que entiende las Constituciones no sólo desde una lectura meramente formal y normativa, sino dotadas de un denso contenido sustancial fundado en valores y principios.

Como muy bien expresa Gustavo ZAGREBELSKY⁵⁶, el derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del derecho. Por tanto, el derecho que era un conjunto de normas externas,

⁵² FERRAJOLI Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 18.

⁵³ Es oportuno precisar que “Estado constitucional de Derecho” y “Estado de Derecho” en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino como bien ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. Véase FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en CARBONELL, M.: *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003. También puede consultarse el artículo del profesor PERALTA, Ramón: Sobre la naturaleza del Estado Constitucional, *Revista de Estudios Políticos* num125, Julio-Septiembre 2004, p. 255.

⁵⁴ Al respecto puede verse: ALEXY Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, IIJ, UNAM, 2006. ATIENZA Manuel y FERRAJOLI Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, IIJ, UNAM, 2005.

⁵⁵ SERNA BERMUDEZ, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, (trad., de M. Garcón), Trotta, Madrid, 1995. p. 65.

heterónomas y coactivas se va convirtiendo progresivamente en un conjunto normativo flexible, adaptable y móvil en el cual los principios de argumentación e interpretación, prioridad axiológica y deontológico van cobrando prioridad y primacía. La ley ha dejado de ser la única, suprema, y racional fuente del Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista. Como expresa el profesor Jaime CÁRDENAS: “El Estado de derecho ya no es el “imperio de la ley” sino el “imperio del derecho”, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores.”⁵⁷

Podemos decir que los rasgos característicos de la corriente neoconstitucionalista tienen puntos de coincidencia entre los juristas que la han abordado, entre estas se encuentran⁵⁸:

1. La existencia de más principios que reglas o el valor superior de los primeros sobre las últimas.
2. En la actuación judicial se da un procedimiento de ponderación antes que de subsunción.
3. La omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos relevantes.
4. El carácter extensivo de la actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario.
5. Coexistencia de una constelación plural de valores que a veces entran en contradicción, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios coherentes entre sí.

Por parte de la teoría garantista, el constitucionalismo contemporáneo, calificado por Ferrajoli como rígido, tiene una relación estrecha con lo que ha llamado: “dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales y en particular, por los derechos fundamentales, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía⁵⁹”

⁵⁷ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006, pp. 41-66.

⁵⁸ La doctora Ángela Figueruelo Burrieza sintetiza y recapitula las peculiaridades de esta corriente, dentro de la obra: “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en: *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo y Estado de derecho*, en *El garantismo y la filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 134.

4. Conclusiones

Disentimos de esta visión vertical Constitucional que propone Luigi Ferrajoli, cuando concibe a la constitución como metáfora del contrato social. No podemos eludir que la Constitución no es sólo norma, sino cultura e integración social, por lo cual debemos acudir a un amplio proceso constituyente con el máximo consenso posible entre todos los interlocutores, un pacto constitucional ampliamente legitimado por la sociedad civil.

En este sentido, encontramos puntos de discrepancia con el autor florentino, puesto que, el identificar la constitución con un contrato social, equivale, por una parte, a relegar el principio de autogobierno (principio de soberanía popular), y por otra parte, el interpretar las constituciones como contratos sociales, significa convertir las constituciones en eternas, además de volverlas insaciables, ya que terminarían por devorar su propia fuente y fundamento⁶⁰.

La respuesta de Ferrajoli a estas críticas ha sido el interpretar desde su peculiar punto de vista, la idea de pacto constituyente, señalando que: “lo que en realidad cuenta en el plano teórico y justifica la *imagen* del pacto constituyente, no son sus contenidos contingentes normativos, sino su paradigma, en virtud del cual los titulares de los derechos constitucionalmente establecidos, (...) se les priva de la disponibilidad de los propios derechos (...) la rigidez de las normas constitucionales con las que se establecen los derechos fundamentales los sustrae a la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes (...)”⁶¹.

En oposición a una concepción organicista y metafísica del cuerpo social que presuponen un *demós*, una voluntad o consenso popular como fuente de legitimidad, además de cómo fuente de efectividad. Ferrajoli adopta una concepción antiilustrada y, por tanto, anti-soberanía, y por lo tanto, desde nuestro punto de vista, antidemocrático. Las Constituciones, según Ferrajoli, deben ser entendidas hobbesianamente, como pactos de convivencia, necesarios para regular los conflictos, tensiones de las distintas subjetividades heterogéneas que compone una sociedad. Las Constituciones son, en suma, para él pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos fundamentales de todos.

Ferrajoli insiste en que las Constituciones no siempre ni necesariamente parten del presupuesto de una esfera pública o sociedad civil bien formada, es decir, o sea, una cohesión prepolítica y una comunidad de valores, de intereses y tradiciones. Nos advierte que entre la esfera pública y la sociedad civil y la Constitución existe en el plano fenomenológico, una interacción compleja a partir de la cual las primeras son más bien efecto que el presupuesto de la segunda. Con ello trata de combatir la idea dominante de la teoría constitucional de que las Constituciones son el reflejo de una cierta homogeneidad social que presuponen un *demós*, voluntad popular o consenso popular como fuente de su efectividad.

⁶⁰ PINTORE, Ana, “Derechos insaciables”, en *Fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 243-250.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 349.

El Estado, por tanto, está compuesto por el conjunto de ciudadanos, y la norma constitucional posibilita la unificación e integración efectiva de una comunidad de ciudadanos a nivel interno. En este sentido, el profesor Häberle profundiza y conecta la idea de un Estado constitucional en el concepto de soberanía popular y democrática, a la manera de Rousseau, cuando critica las deficiencias del sistema representativo: “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de la elecciones. El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones del proceso constitucional.”⁶². Sin lugar a dudas como expresa acertadamente el profesor alemán, la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, corresponde a un tipo evolucionado de sociedad, a la vez, altamente informada e integrada o al menos, medianamente culta, ilustrada y cívica. Häberle se pregunta: “Todo poder viene del pueblo”, ¿pero, a dónde va? La democracia es consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, no es más, pero tampoco es menos. Así mismo, el profesor Häberle, subraya la importancia de la dimensión cultural de la Constitución que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y, finalmente refuerza el Estado de derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma.

Uno de los debates más enriquecedores que ha tenido Ferrajoli sobre la concepción de democracia es el sostenido con Michelangelo Bovero. El politólogo italiano coincide con Ferrajoli acerca de la fórmula de “democracia constitucional”, la diferencia es que Bovero restringe su significado a la designación de la fórmula histórica de la democracia política, la cual está instituida y, al mismo tiempo, limitada por una Constitución rígida⁶³.

Así mismo, argumenta que los derechos de libertad y los derechos sociales que forman parte de la dimensión sustancial, deben ser considerados precondiciones de la misma democracia⁶⁴. Un problema que ha sido definido, según Bovero, como de gramática del concepto⁶⁵. La fórmula establecida por el politólogo italiano para resolver la cuestión es distinta, ya que él establece que: “hay democracia cuando todos aquellos a los que están dirigidas las decisiones colectivas tienen igual derecho-poder de participar, directa o indirectamente, en la formulación de esas decisiones”⁶⁶. Ferrajoli ha respondido a esta crítica, afirmando que las normas constitucionales no predeterminan el contenido de las leyes o de los actos de gobierno, sino que, sencillamente, condicionan su validez, precluyendo las decisiones que sean contrarias a las mismas⁶⁷.

En este mismo sentido, la crítica más aguda y corrosiva, desde el aspecto de la filosofía política, a las tesis Ferrajolianas, ha sido la posición de Ana Pintore. Primeramente, al

⁶² VALADÉS, Diego, Estudio introductorio HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México.

⁶³ BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía* No. 16, Abril 2002, México, p. 31.

⁶⁴ BOVERO, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., p.242.

⁶⁵ En ese sentido se encuentra la obra del Michelangelo Bovero denominada: *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002.

⁶⁶ BOVERO, Michelangelo, *Derechos fundamentales y democracia* op. cit., p. 239.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos*, op. cit., p. 326.

acusar al maestro italiano de “convertir a los derechos en un instrumento insaciable, devorador de la democracia, del espacio político y (...) de la autonomía moral de la cual los hacemos derivar⁶⁸”. En cuanto al concepto de democracia sustancial, lo acusa de otorgar una solución semántica a un problema normativo⁶⁹.

A la anterior crítica, se suma la acusación de fagocitar la democracia procedimental y la discusión pública, de reducir la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y de deliberación por el sistema de mayoría⁷⁰. Mas aún, hay quienes creen que: “el pacto que funda la democracia constitucional implica la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo que queremos hacer con nuestros derechos fundamentales (...) implica, en cierto modo, renunciar a la democracia para abrazarnos al mástil del constitucionalismo⁷¹”.

Ferrajoli contesta a la crítica de la “insaciabilidad de los derechos” afirmada por Pintore, manifestando que, dentro de su teoría, los derechos siempre son impuestos como una obligación encomendada a la política así como la garantía de su efectividad. Así que no puede afirmarse, como lo establece Pintore, que la autoridad, las formas y los procedimientos, propios de la democracia formal y del sistema político son superfluos o aplastados por los mismos derechos dentro de la estructura garantista, propuesta por el maestro florentino⁷².

Desde nuestra perspectiva, la acusación de insaciabilidad de los derechos y la de fagocitar la democracia no esta debidamente fundamentada; pues, desde la sociología jurídica, podríamos afirmar como atinadamente plasma Andrea Greppi: “la constitucionalización del contenido sustancial de democracia sirve como baluarte defensivo contra el desmantelamiento del Estado Social en una época en la que la opinión dominante busca hacerse de los ideales igualitarios, abdicando frente a la lógica de un mercado que tiende a volverse autónomo respecto de la ética y de la política, desembarazándose de cualquier clase de límite normativo⁷³”.

Nuestra postura es clara, en el sentido de justificar los argumentos expuestos por Luigi Ferrajoli cuando dota de una naturaleza sustancial a la democracia. Aspiramos a realizar un Estado Social y Democrático de Derecho, y ésta fórmula de Estado, responde a una evolución de la sociedad, en donde la justicia social sea un valor inherente al mismo; o como diría Ferrajoli, esos derechos no amanecieron plasmados en las constituciones ni cayeron del cielo, son producto de de luchas y movimientos que lograron destruir paradigmas jurídicos, sociales y/o políticos, tal como ocurrió con las tres grandes

⁶⁸ PINTORE, Ana, Derechos insaciables, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 243.

⁶⁹ PINTORE, *Ibid.*, p. 250.

⁷⁰ VITALE, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos...*, op. cit., p. 71.

⁷¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, *Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas*, en: *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, CARBONELL, Miguel y otros, (comp.), Madrid, Trotta, 2005. p. 442.

⁷² FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, op. Cit., p. 329.

⁷³ GREPPI, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, op. Cit., p. 346.

revoluciones liberales, movimientos feministas, antiracistas, etc. ¿O, sería conveniente dejar al arbitrio de una mayoría, de una ciudadanía inactiva y pasiva, los derechos conquistados, o incluso peor, retroceder en los logros constitucionalmente alcanzados?.

Ferrajoli ha vislumbrado el paradigma de la democracia constitucional y ha propuesto su ampliación hacia tres directrices:

1/el garantizar todos los derechos (de libertad y sociales, de tercera y cuarta generación);

2/frente a todos los poderes públicos y privados (los del mercado);

3/en todos los niveles estatal e internacional, se debe transitar de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona⁷⁴.

Respecto al primer paradigma embrionario, podemos dejar en claro lo establecido por Mario Jori quien ha elaborado un análisis al respecto, señalando que sería imposible la distribución de recursos necesarios para otorgar esas garantías materiales a todos los derechos mediante la apertura de la ciudadanía a cualquiera que lo solicitara, convirtiendo este paradigma en lo que el denomina: “imperialismo de los derechos” a lo largo de toda la tierra⁷⁵.

Ello sin dejar de mencionar la propuesta de Ferrajoli sobre el establecimiento de cuota mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos sociales. Viene la pregunta del maestro Pablo de Lora “¿Podría por esa vía el juez constitucional decidir también la política impositiva?, ¿Qué queda entonces del gobierno y del legislador?”⁷⁶ Existe aún en nuestras sociedades un peligro al denominado: gobierno de jueces. Y es lógica tal preocupación, en el contexto de este nuevo constitucionalismo, donde el juez se convierte en el principal actor de las decisiones y el eje principal para la estabilidad del Estado de Derecho.

En lo que respecta a la ampliación del paradigma embrionario del constitucionalismo de derecho privado propuesto por Ferrajoli, existe desde hace décadas en la jurisprudencia alemana la teoría los efectos jurídicos de los derechos fundamentales frente a terceros (*dritwirkung der grundrechte*); de esta manera, podemos decir que esa clase de constitucionalismo propuesta por Ferrajoli, pudiera de alguna manera ser factible gracias a la labor del jurista que utiliza las teorías de la argumentación y ponderación judicial para dictar sus fallos.

El tercer punto ha sido ampliamente respondido por sus críticos en el sentido de señalar que: “una estructura de poder global estaría, en la actualidad, inevitablemente destinada a reprimir las diferencias culturales del planeta, a penalizar a los sujetos más débiles y a reducir drásticamente la complejidad de las estructuras políticas intermedias (...) provocaría, muy probablemente, reacciones más intensas del terrorismo internacional

⁷⁴ FERRAJOLI, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, op. cit., p. 277.

⁷⁵ JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 132 y 137.

⁷⁶ LORA, Pablo de, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico*, op. cit., p. 259.

contra los países industriales, cuya hegemonía actuaría, inevitablemente, de soporte técnico militar de la nueva *Cosmópolis*⁷⁷.

Identificaremos los rasgos de la teoría garantista, en relación con el paradigma neoconstitucionalista, siguiendo al maestro Alfonso García Figueroa⁷⁸:

- Pragmatismo: esto requiere de una vinculación de la teoría del derecho y la dogmática constitucional. Se pretende establecer una teoría del derecho particular. Rasgo propio del modelo de Ferrajoli, en el caso de su garantismo basado en el derecho penal.

- Eclectismo metodológico: este nuevo paradigma relativiza distinciones importantes de la tradición analítica y explora una vía entre la orientación analítica y la hermenéutica, el cual comparte con reservas Ferrajoli. Estas ideas fueron analizadas en la primera parte del presente estudio.

- Principialismo jurídico: ausente en la teoría de Ferrajoli. La teoría de garantista de Ferrajoli, como diría Prieto Sanchís, no invitan al juez garantista a ponderar pesos y proporcionalidades relativas, ni a realizar juicios consecuencialistas; lo invitan simplemente a subsumir⁷⁹. De igual manera, no hallamos en la teoría garantista ninguna renovación de la antigua forma de positivismo, ya que hay aspectos en los que se aleja totalmente de la corriente neoconstitucionalista, verbigracia, la tesis básica del positivismo conceptual, donde Ferrajoli no reconoce en lo más mínimo un aporte del neiusnaturalismo constitucionalista, ni del positivismo incluyente o incorporacionismo⁸⁰. De esta manera podemos observar como rasgo definitivo de su teoría la rígida y antigua separación entre derecho y moral. Igualmente, podemos recalcar la ausencia de técnicas de argumentación, ante la imposición rígida de principios constitucionales, donde el juez no es el principal actor en el Estado Constitucional a diferencia del constitucionalismo contemporáneo.

De esta manera, como diría Bernardo Bolaños, “Cuando un sistema normativo [...] acepta la ponderación, no tenemos que hablar de la <ley del más fuerte>, ni de la <ley del más débil>, sino, como los griegos, de la proporcionalidad⁸¹”.

- Estatalismo: se manifiesta en cierta actitud de confianza en las posibilidades del Estado y del derecho como Instrumentos de paz y de justicia social. Coincidimos con la postura en el sentido de que: “La teoría de Ferrajoli en su conjunto parece expresar una gran contradicción preformativa: por un lado parece haber perdido toda esperanza en redimir al derecho y al Estado de su intrínseca inmoralidad, pero, por otro, los

⁷⁷ ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en: *Los fundamentos, op. cit.*, p. 100. Respecto al mismo tema puede leerse también: ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz Una crítica del globalismo jurídico*, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005.

⁷⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico, op. cit.*, pp. 281-283.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico, op. cit.*, p. 53.

⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, *Ibid.* pp. 53-54.

⁸¹ BOLAÑOS, Bernardo, La estructura de las expectativas jurídicas, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico, op. cit.*, p. 313.

propósitos transformadores de su modelo no se pueden comprender sin el presupuesto de una mínima confianza en las propias posibilidades morales del Estado y del derecho”

Sin duda alguna, la teoría de Ferrajoli presenta una clara disposición en favor del paradigma neoconstitucionalista, pero “se aferra a los postulados fundamentales del positivismo jurídico (...) el positivismo crítico encierra en sí una contradicción porque el positivismo no puede ser crítico y porque la crítica no es una función de la teoría del derecho positivista”⁸².

⁸² GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista...”, *op. cit.*, p. 283.