

## DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA OBRA DE LUIGI FERRAJOLI\*

Por Rodolfo Moreno Cruz\*\*

### RESUMEN

Una de las preocupaciones esenciales de las sociedades contemporáneas es la lucha por la democracia y los derechos fundamentales. No obstante, pareciera ser que ambas, más que como buenos amigos, se presentan como rivales de competencia, donde la primacía de uno tendrá que implicar necesariamente el sometimiento del otro. Numerosos —y muy variados— trabajos se han escrito respecto a esta problemática. El objetivo de este trabajo consiste en centrar nuestra atención en la propuesta de Luigi Ferrajoli sobre la relación democracia y derechos fundamentales.

### PALABRAS CLAVE

Garantismo, democracia, derechos fundamentales

### SUMARIO

Introducción. I. El edificio ferrajoliano. II. Democracia y derechos fundamentales: los conceptos. III. La relación democracia y derechos fundamentales. Bibliografía.

### INTRODUCCIÓN.

En 1998, en la revista italiana *Teoría política*, Luigi Ferrajoli publica un artículo titulado “Derechos Fundamentales”. Dicho trabajo, debido a las cuestiones que trató, generó una discusión importante entre los principales juristas italianos. Destaca en esta exposición la elaboración de un concepto de democracia con dos vertientes: una formal y otra sustancial. La segunda de ellas se constituye en una propuesta de solución a la conflictiva relación entre democracia y derechos fundamentales.

A decir de Danilo Zolo, La propuesta ferrajoliana es un proyecto interesante y cuyo objetivo es lograr “una verdadera y particular visión del mundo”.<sup>1</sup> Sin lugar a dudas, la propuesta de Ferrajoli (que aún sigue en proceso de elaboración definitiva y cuya presentación acabada lo constituirá su obra tan anunciada y esperada *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*) es una visión singular y provocadora. Es singular pues pareciera ser, que desde el momento en que someta la democracia al derecho, ha invertido los términos de la relación derecho-política y su resultado es el sometimiento de lo político a lo jurídico. Es provocadora puesto que la

---

\* Este trabajo forma parte de una investigación, aún en proceso de elaboración, sobre el tema «Democracia y derechos fundamentales: una tensión estructural». Por otro lado, deseo agradecer el asesoramiento y las valiosísimas aportaciones de mi director, el Profesor Dr. Juan Carlos Velasco Arroyo. También mis agradecimientos al profesor Dr. Francisco Javier Ansuátegui Roig por sus minuciosas observaciones e invaluable sugerencias. Me siento en deuda, además, con el profesor Dr. Ignacio Campoy Cervera quien siempre y oportunamente me ha brindado su apoyo.

\*\* Profesor de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca. Becario del International Fellowships Fund, Inc. (IFP-FORD) y del Programa de Mejoramiento del Profesorado de Educación Superior (PROMEP-México).

<sup>1</sup> ZOLO, D. “Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los ‘Derechos fundamentales’. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”. En A. DE CABO, G. PISARRELLO. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, 2005: Trotta. Pág. 75

reformulación de lo democrático deja muchos sinsabores a los defensores de la democracia.

Nuestra meta es llegar a una visión general de cómo encajan entre sí los temas de derechos fundamentales y democracia en la teoría garantista de Ferrajoli. Para ello trazaremos un camino y su dirección será la siguiente: como preparación preliminar a los conceptos de democracia y derechos fundamentales, sería aconsejable comenzar con el hilo conductor del pensamiento ferrajoliano y sus tres formas de comprender el garantismo (I). Enseguida, y dado que los conceptos puestos en la mesa de trabajo (derechos fundamentales y democracia) son conceptos con variados y significativos alcances, dedicaré una sección al seguimiento de los conceptos y sus implicaciones (II). Durante las dos primeras partes el objetivo es reseñar, en la medida de lo posible, el pensamiento de Ferrajoli y por lo cual se intentará seguir, en atención a mis capacidades, la más próxima fidelidad a su pensamiento. Enseguida, y en una tercera parte, escribiré sobre las consecuencias de la relación entre democracia y derechos fundamentales: la visión optimista del autor pero también las críticas que ha recibido; plantearé algunos obstáculos, que desde las críticas de otros autores y de mi personal visión, tiene que enfrentar una concepción garantista de la democracia (III).

## **I. EL EDIFICIO FERRAJOLIANO.**

### **I.1. El hilo conductor.**

La prolifera obra de Ferrajoli tiene un hilo conductor bastante claro: la limitación del poder. Para ello busca elaborar una teoría específica que aborde el tema desde el ámbito jurídico pero con una puerta a la integridad multidisciplinaria. Su obra, en constate elaboración, ha decidido denominarla teoría general del garantismo. Esta teoría general, para el autor, abre la posibilidad de resolver los principales y complicados problemas de la legitimación, legalidad, existencia, vigencia, validez y efectividad del derecho. Para lograr su objetivo crea sus propias herramientas metodológicas y se fundamenta en principios filosóficos consistentes.

En primer término, su metodología es un ambicioso proyecto con dos ramificaciones, que en principio parecen contradictorias: una teoría de la justicia política (por utilizar la expresión de Höffe) y una teoría pura del derecho (en uso de la sentencia de Kelsen). En otras palabras, intenta —por un lado— conciliar dos formas de pensamiento distintos: el iusnaturalismo y el iuspositivismo; y, por el otro, superar las deficiencias en que aquellos reduccionismos han incurrido. En segundo término, sus presupuestos filosóficos son tan variados como su metodología. Punto de partida es la firme adhesión a la razón y su simpatía a la filosofía kantiana. Además de agregar a su escarcela consistentes dosis de filosofía analítica, socialismo y de realismo jurídico. Por otra parte, aunque sería difícil catalogarlo como hobbesiano, Ferrajoli acude reiteradamente a la obra del político inglés. Heredero de la tradición contractualista, deposita su armazón en el pensamiento político hobbesiano y considera que para minimizar la violencia interpersonal dentro de las sociedades es necesario un Estado de derecho, cuya herramienta principal

es el derecho “el cual, por lo mismo, se configura, al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder”<sup>2</sup>. (No obstante, y considerando que Hobbes es un representante de la idea de un gobierno de los hombres<sup>3</sup>, se aleja de la fuente de su inspiración cuando enfatiza que busca un gobierno de las leyes y no un gobierno de los hombres).

El punto de partida, como hemos mencionado, es el poder. En una aseveración bastante ejemplar de su pensamiento manifiesta que “El poder — todos los poderes, sean estos públicos o privados— tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho”<sup>4</sup>. Para concretizar su forma de limitar al poder, primero, elabora su propia tipología de los poderes. Así, establece dos clasificaciones básicas de cuya intercesión resultan, al final, cuatro variantes. Son relaciones básicas las siguientes: 1) poderes salvajes ilegales (contra el derecho) y los poderes salvajes extralegales (fuera del derecho); 2) poderes de la sociedad (privados) y poderes del estado (públicos). Interrelacionando surgen cuatro clases: a) poderes privados ilegales; b) poderes públicos ilegales; c) poderes privados de tipo extralegal y d) poderes públicos extralegales<sup>5</sup>. Ejemplifico, de manera propia cada clasificación. Un ejemplo de la primera clasificación —poderes privados ilegales— lo es el poder de las organizaciones de narcotráfico en el caso de México y Colombia. Para un modelo de la segunda —poderes públicos ilegales— podemos acudir para su representación a la organización policial y secreta rusa del año de 1881 llamada OJRANA. Por lo que se refiere a la tercera —poderes privados de tipo extralegal— un modelo aplicable es el de la situación de los trabajadores inmigrantes mexicanos en Estados Unidos que, debido a la falta de garantías específicas de protección, el abuso en nombre del “libre mercado”, permite la explotación en las esferas privadas y fuera del derecho. Finalmente, para ejemplificar la cuarta clasificación —poderes públicos extralegales— tenemos que acudir a dos ejemplos. Esto se debe a que Ferrajoli distingue los poderes públicos extralegales internos y los poderes públicos extralegales externos. Los poderes públicos extralegales internos se pueden ejemplificar con el caso de los nombramientos de los jueces naturales<sup>6</sup>. Por otra parte, los de carácter externo, se realizan en las situaciones del derecho internacional. A decir de Ferrajoli, el derecho internacional ante la carencia de garantías efectivas de protección y de limitación del poder en el ámbito internacional, se comenta de forma

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, 2000: Universidad externado de Colombia. Pág. 122.

<sup>3</sup> El profesor Gregorio Peces-Barba escribe que “La supremacía del poder sobre el Derecho es la del gobierno de los hombres sobre el gobierno de las leyes... En la cultura jurídica moderna una corriente teórica que arranca de Bodino y de su definición de la soberanía, que sigue con Hobbes o con Spinoza y que tiene su máxima expresión moderna con Carl Schmitt, representa esa idea de la supremacía del poder sobre el derecho” PECES-BARBA, G. *Curso de derechos Fundamentales*. Teoría general. Madrid, 1999: BOE. Pág. 324.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L. Op. cit. pág. 121

<sup>5</sup> Ídem, 126-131.

<sup>6</sup> Recordemos que en un momento histórico y en ciertos países (como sucedió en Costa Rica con los tribunales especiales del periodo post-revolucionario del año de 1948) se instituían jueces o tribunales, ante la falta de reglamentación específica, para un caso concreto (principio del juez natural).

permanente abusos de poder en el plano internacional como en el caso de la guerra del Golfo, el terrorismo y los Balcanes.

Para Ferrajoli, El Estado de derecho garantista, se ofrece como la mejor alternativa para la limitación de esos poderes. Estado de derecho garantista que exige dos cosas: una concepción propia de la teoría del derecho y una filosofía política. Requiere de una exclusiva visión de la teoría del derecho debido a que el Estado garantista cambia el paradigma clásico del derecho por una alternativa distinta y crucial para las exigencias de las sociedades actuales. Por otra parte, necesita de la re-elaboración de una filosofía política particular que atienda la demanda de la nueva relación entre política y derecho. En otras palabras, —y de ahí se desprenden sus tres acepciones de garantismo— Ferrajoli pretende elaborar una teoría general del garantismo con visiones propias del Estado de derecho, teoría del derecho y filosofía política.

## I.2. Tres formas de comprender el garantismo.

El primer elemento de este engranaje es su noción sobre el Estado de derecho. Ferrajoli, fiel seguidor de la corriente constitucionalista italiana, es un crítico del Estado de derecho<sup>7</sup>. O al menos del Estado de derecho en su concepción clásica cuyos principios son los de legalidad, publicidad y control de las actividades estatales<sup>8</sup>. El escepticismo ante el Estado de derecho no nace, en él, de la concepción teórica sino de una realidad inobjetable: la doble crisis del Estado de derecho. Una, la primera es una crisis que afecta a lo que entendemos, en sentido estricto, por Estado de derecho. Otra, la segunda, es una crisis que afecta al estado en su anclaje al Estado nación.

En la primera, Ferrajoli está seguro de que el Estado de derecho no consiguió materializar los principios de legalidad, publicidad y control de las actividades estatales. Esos principios no se alcanzaron y por el contrario se invadió de sus opuestos: ilegalidad, secreto del aparato estatal e irresponsabilidad de los gobernantes. Esto puede explicarse a grandes rasgos como sigue. Ferrajoli entiende siempre al Estado de derecho como una

<sup>7</sup> En el pensamiento italiano, la obra de Gustavo Zagrebelsky se ha constituido como referente para las concepciones críticas del clásico Estado de derecho. Un texto ejemplar sobre su pensamiento en cuanto al tema del estado de derecho es el siguiente: “La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del ‘Estado constitucional’ La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la compleja sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho” ZAGREBELSKY G. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid, 2003: Trotta. Pág. 34

<sup>8</sup> Cfr. FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Op. Cit. Pág. 66.

institución respaldada por una normatividad propia, una teoría del derecho, una teoría política del estado y todas ellas con el único objetivo de consolidar y asegurar la libertad que descansa en el orden público y libertad de mercado; es decir, maximizar un Estado de derecho liberal y capitalista. Pero, la evolución en el tiempo creó necesidades sociales y estas a su vez empujaron a la implantación de un *Welfare State*. El *Welfare State* nace pero es una institución huérfana de normatividad, de teoría del derecho y de teoría política del Estado. Aplicar el marco teórico del Estado del derecho al *Welfare State* crea la crisis pues “el resultado de esta convivencia entre el viejo Estado Constitucional de derecho y el nuevo Estado social es una divergencia profunda entre las estructuras legales y las estructuras reales de la organización estatal: divergencia en relación con los procedimientos y con las formas de la actividad administrativa, cada vez menos ligado a criterios y contenidos predeterminados normativamente y más bien marcada por modelos de intervención decisionistas, tecnocráticos, ampliamente discrecionales”<sup>9</sup>. El profesor pone como ejemplos claves en la lectura de su exposición, la deficiencia que existe para el cumplimiento de las prestaciones sociales y asistenciales desde el marco teórico del clásico Estado de derecho, donde los derechos son considerados como derechos a prestaciones negativas. Por el contrario, las prestaciones sociales y asistenciales solamente son consideradas como “proclamaciones de principio” y como exigencias a prestaciones positivas que no tienen garantías de cumplimiento efectivas. Al ser esto así, el cumplimiento de los derechos sociales se deja para los grupos de presión más fuerte políticamente y esta forma de llevar a cabo las prestaciones sociales desencadena la existencia de “poderes ocultos e ignotos” cuyo resultado es un secretismo estatal. Aquí, alude Ferrajoli, se encuentra el fundamento de su crítica: la insuficiencia de aquel para dar respuestas a las exigencias del *Welfare State*.

Por otro lado, la segunda crisis atañe al concepto de soberanía. El derecho procede, en el Estado decimonónico, de una soberanía absoluta en el ámbito interno y externo. Pero esas características no se pueden presentar juntas ya que un poder absoluto tanto en el ámbito interno como externo es la negación misma del derecho. El poder, ahora se limita, tanto interna como externamente por los derechos fundamentales. El primero materializado en un constitucionalismo mundial y el segundo anclado en el proyecto de un constitucionalismo global.

El Estado de derecho, para Ferrajoli no funcionó y por ello, hay necesidad de crear un modelo específico y ese modelo lo encuentra en el Estado constitucional garantista. Un Estado constitucional caracterizado por una doble sujeción: formal y sustancial. Ferrajoli, siguiendo a Bobbio, dedica una parte para explicar sobre la diferencia entre gobierno *sub lege* o gobierno *per lege*. Es decir entre un gobierno bajo la tutela de leyes (*sub lege*) y un gobierno a través de leyes (*per leges*). A su vez, el primero se divide en un gobierno con poderes otorgados por leyes (sentido débil o formal) y en un gobierno de poder limitado por leyes (en un sentido fuerte o sustancial). Con estas observaciones, Ferrajoli afirma que “el término ‘Estado de derecho’ se

---

<sup>9</sup> Ídem, 70.

usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de 'garantismo'. Por eso designa no simplemente un 'estado legal' o 'regulado por la ley' sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones..."<sup>10</sup> y cuyas características principales son la legitimación formal y legitimación sustancial (que se materializa en la garantía de los derechos fundamentales). Interpreto a Ferrajoli de la siguiente forma: el Estado de derecho fue entendido como un Estado que sólo demanda la legitimación formal; es decir una legitimación que proviniera de un poder otorgado por leyes y que sólo conmina al cumplimiento de una forma legal. Ahí está el peligro pues hasta los gobiernos totalitarios pueden revestir una forma legal. Por el contrario, los estados constitucionales exigen una legitimación sustancial; legitimación que pende de un contenido estricto en la limitación de poderes.

Por otro lado, el Estado de derecho garantista se diferencia de cualquier otro Estado porque es un Estado social y no exclusivamente un estado liberal. Es decir, el Estado de derecho liberal se preocupaba por la limitación del poder pero no se interesó por satisfacer las desigualdades económicas, culturales y sociales de los individuos. Su propuesta viene a llenar ese vacío ofertado por el Estado liberal. Por ello no duda en calificar a su Estado de derecho como un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo.

El segundo elemento del edificio ferrajoliano (recordemos que el primer elemento lo constituye la noción sobre Estado de derecho), es la elaboración personal de una teoría del derecho. Hay que distinguir la teoría del derecho en cuanto a discurso general (y aquí entra la que se podría llamar una teoría del derecho garantista en sentido general) y a la teoría del derecho como miembro del conjunto de la teoría del derecho garantista (y aquí se podría llamar únicamente teoría del derecho garantista). Presentémoslo de otra forma: al parecer, se puede inferir, de los diversos trabajos que elabora Ferrajoli, un cuadro con las siguientes características:

TEORÍA DEL DERECHO GARANTISTA		
(General)		
DISCIPLINA	MÉTODO	OBJETO
CIENCIA JURÍDICA	ANÁLISIS ÉMPIRICO	DOGMÁTICA JURÍDICA SOCIOLOGÍA JURÍDICA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA
FILOSOFÍA POLÍTICA	DOCTRINA NORMATIVA	VALORES ÉTICOS POLÍTICOS
TEORÍA DEL DERECHO (GARANTISTA- PARTICULAR)	SISTEMA DE CONCEPTOS	DEFINICIONES ESTIPULATIVAS O CONVENCIONALES

La teoría del derecho garantista general es una estructura sostenida por tres pilares: La ciencia jurídica, la filosofía política y la teoría del derecho. Cabe destacar que la filosofía política la enmarca el autor como una de las terceras concepciones del garantismo, por lo cual será en líneas más adelante —en la

<sup>10</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Madrid, 1995: Trotta. Pág. 856.

parte en que trataré al tercer elemento del edificio ferrajoliano— cuando regrese sobre ese punto; por lo mientras trataré sobre la ciencia jurídica y la teoría del derecho.

Para Ferrajoli, la ciencia jurídica, tiene la función de analizar la “experiencia empírica” y esta experiencia empírica está integrada, para la ciencia jurídica, por dos tipos de “hechos observados” u observables: las normas jurídicas y los fenómenos jurídicos<sup>11</sup>. La distinción es clave para la importancia de la teoría del derecho: la teoría se convierte en valorativa —en contra de lo sostenido por Kelsen— es decir tiene una función de criticar tanto interna como externamente la función, estructura y composición del derecho. Esto es posible gracias a la separación entre derecho y su ciencia<sup>12</sup>.

El modo de operar de la ciencia jurídica es como sigue: las normas jurídicas son internas al derecho y están dentro del universo lingüístico-normativo y positivo. A esta parte, le llama en algunas ocasiones dogmática jurídica. Pero generalmente acostumbra a identificarlo con el nombre de ciencia jurídica positiva (para evitar confusión con el término genérico de ciencia jurídica). Aquí la ciencia funciona con proposiciones jurídicas que son proposiciones dogmáticas, operativas. Es decir, determinan una verdad jurídica. Asevera, Ferrajoli, que: “a la pregunta ‘¿cómo está castigado el hurto en el derecho italiano?’ El jurista dogmático responderá dando lectura a los artículos 624 y 625 de nuestro código penal”<sup>13</sup>. En otro giro, es el derecho del derecho y se logra su observación al tener como referente a las propias normas. Por otra parte, los fenómenos jurídicos son externos al derecho y están dentro del universo meramente factual del derecho. Corresponden, manifiesta el profesor, a las áreas de la sociología jurídica y de la historiografía jurídica. Trabaja, la ciencia, en este caso con proposiciones factuales singulares. A la pregunta formulada en líneas arriba el “sociólogo del derecho responderá por el contrario, previa lectura de los anuarios estadísticos y los sucesivos cálculos de las medias de las denuncias y de las condenas por hurto en el periodo analizado”<sup>14</sup>. Dicho de otra manera, es el hecho del derecho y alcanza la observación al dirigirse a los hechos. Continúa explicando que la ciencia jurídica busca la verdad en un nivel normativo y en un nivel práctico. En el nivel normativo, la norma sólo es considerada tal si reúne los requisitos exigidos por las normas fundamentales que irradian sustancia a las inferiores. Por el contrario, en el nivel factual únicamente hay que corroborar que una norma sea falsa o verdadera con una norma de grado superior. De ahí surge la

<sup>11</sup> FERRAJOLI, L. *Epistemología jurídica y garantismo*. Madrid, 2004: Fontamara. Págs. 20-23, 44.

<sup>12</sup> Recordemos un aspecto de importancia: el avance que representó la positivación y la forma jurídica del Estado. Haciendo un pequeño recorrido histórico, reconoce Ferrajoli que antes de la forma jurídica del Estado como único productor de normas, daba origen a una complicada variedad de fuentes del derecho y consecuentemente una multitud de ordenamientos coexistentes y, con frecuencia, contradictorios. Los eruditos y los doctos definían cuál era el derecho, que había que hacer al momento de resolver situaciones jurídicas. Todo esto cambia cuando se reconoce como único productor de normas al Estado. Por ello, la forma jurídica estatal logra la separación de la moral del derecho y también obtiene la posibilidad de una separación del derecho y de su ciencia. Es decir el objeto de estudio (derecho) y de la disciplina que lo estudia (ciencia del derecho).

<sup>13</sup> FERRAJOLI, L. *Epistemología jurídica y garantismo*. Op. Cit. Pág. 25.

<sup>14</sup> Ídem. 25-26.

distinción entre vigencia y validez. La vigencia es un juicio de hecho, empíricamente observable de una norma inferior en relación con la inmediatamente superior. La validez es una verdad valorativa que buscará la sustancia de la norma. Vigencia, para nuestro autor, es solo el aspecto formal de la ley. Una norma es norma porque tiene tal reconocimiento por un ordenamiento positivo. Por el otro lado, la validez cubre de contenido a la ley. Una norma es válida, si y solo si, contiene significados normativos. Por ello, considera nuestro autor, la vigencia se comprueba empíricamente y la validez valorativamente<sup>15</sup>.

Punto y aparte es el caso de la teoría del derecho como sistema de conceptos. Para el Italiano, el fenómeno jurídico necesita ser observado (ciencia jurídica) pero hay que establecer un puente entre el objeto de estudio (derecho) y quien estudia (la ciencia); ese puente lo constituye la teoría del derecho. Alude que ésta se construye, citando a Carnap, con un lenguaje teórico más allá de los términos observacionales<sup>16</sup> y tiene como función el servir como enlace entre los discursos observacionales. Se integra con un lenguaje hipotético-abstracto y convencional. Estas características de “teorización” permiten la formulación de leyes científicas. Por todo ello, el penalista, considera que es posible elaborar una teoría del derecho “lógica y rigurosamente determinada”. Agrega que “una teoría del derecho que incluya estas tesis, aquí enunciadas sumariamente pero formuladas con mayor rigor y precisión en una teoría formalizada y axiomatizada, no es ni normativista ni realista sino ambas cosas a la vez...”<sup>17</sup>. Denomina a su teoría “teoría axiomatizada del derecho”<sup>18</sup>. Esta teoría axiomatizada del derecho parte de cuatro conceptos jurídicos fundamentales y a los cuales denomina términos primitivos<sup>19</sup>. Dada la finalidad de este trabajo no se profundizará en su teoría axiomatizada del derecho.

Vistas así las cosas, la teoría garantista cambia el papel de la teoría del derecho, de la función del juez y del jurista. Cambian tres cosas: La teoría del

<sup>15</sup> “Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior. Sin embargo, mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de hecho en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir, las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de los valores —como igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos— cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible”. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Op. Cit. pág. 874.

<sup>16</sup> Cfr. FERRAJOLI, L. *Epistemología jurídica y garantismo*. Op. Cit. Pág. 45.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, L. *Epistemología y garantismo*. Op. Cit. pág. 65.

<sup>18</sup> Ferrajoli escribe “ Desarrollaré un fragmento de una teoría del derecho elaborada con el método axiomático: o sea, a través de la estipulación de un número limitado de términos primitivos y de postulados, la utilización como otros términos de la teoría sólo de los términos definidos por medio de los primitivos o de términos anteriormente definidos, la aceptación en fin como otras tesis de la teoría sólo de las que consisten en definiciones o en teoremas derivados de os postulados, o de las definiciones, o de otros teoremas sobre la base de reglas de formación y de transformación previamente establecidas. Postulados, definiciones, y teoremas se expresarán tanto en el lenguaje común, como en el lenguaje teórico artificial .” FERRAJOLI, L. Ídem. 142.

<sup>19</sup> Estos términos son el permiso, la modalidad, la expectativa y el sujeto.



derecho, antes avalorativa, se vuelve valorativa; la obligación del juez, antes de aplicar la ley, se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerlo; el jurista de un observador del derecho se transforma en un dictaminador de la validez o invalidez de las normas. La valoración, obligación y dictámenes están en función de las irregularidades que se encuentren en las normas por virtud de su validez-invalidez o vigencia-no vigencia<sup>20</sup>.

Finalmente, el tercer elemento de la construcción ferrajoliana, es su filosofía política. La filosofía política cumple una función necesaria y complementaria. Si ya dijo, Ferrajoli, que su ciencia se preocupa por el análisis empírico (de normas y de fenómenos jurídicos), y que su teoría del derecho constituye una disciplina de definiciones para permitir criticar al derecho desde los conceptos de validez y vigencia, cierra el círculo con su filosofía política, al erigirse ésta como el área que permite la crítica y la legitimación-deslegitimación del ordenamiento jurídico positivo desde el punto de vista de los valores éticos y políticos.

Para justificar y explicar su filosofía política, el profesor, elabora una tipología de doctrinas de legitimación. Su tipología esta formada por dos tipos de doctrinas: las auto-poyéticas y las hétero-poyéticas<sup>21</sup>. Las primeras son doctrinas de legitimación que consideran al derecho como un valor en si y asumen el principio de legalidad tanto como principio interno (validez y vigencia) y como principio externo (axiológico); derivan su fortaleza de la forma o de la fuente. Confundir los dos planos —interno-externo, moral-derecho, ser y deber ser— obliga, al autor en estudio, a un rechazo de esta doctrina. Por otro lado, las hetero-poyéticas asumen al derecho como una herramienta, como un instrumento para proteger los derechos “innatos o naturales.”<sup>22</sup> Estas corrientes distinguen entre el plano ontológico y el plano axiológico; proviene su baluarte no de las formas o de las fuentes sino de sus contenidos concretos. Es dentro de éstas últimas donde, nuestro autor, sitúa a su filosofía política.

Su filosofía-política, de carácter hetero-poyética, tiene dos postulados básicos: en primer término lograr una fundamentación del derecho teniendo presente la estricta separación entre derecho y moral. Y en segundo término, visualizar al derecho como instrumento (técnica) para alcanzar la protección de los derechos fundamentales como derechos “innatos o naturales”. Ferrajoli nos invita a entender el primer postulado en el sentido de que al separar derecho de moral se logran dos objetivos. El primero es negar el valor del derecho

---

<sup>20</sup> Se complementan y se satisfacen estas valoraciones con la detección de antinomias y lagunas al sistema jurídico y en donde la función crítica consiste en resolver las primeras y satisfacer las segundas.

<sup>21</sup> Reconoce el autor que estas denominaciones las ha extraído del área de las ciencias sociales y especialmente de los estudios de Niklas Luhmann —quien a su vez se baso en los biólogos chilenos Maturana y Valera—. Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Op. Cit. 881.

<sup>22</sup> Ferrajoli hace una aclaración respecto al uso de la expresión derechos innatos o naturales: “Derechos innatos o naturales, más allá de las metafísicas iusnaturalistas en cuyo marco fueron concebidos, significan precisamente derechos ‘pre-estatales’ o ‘pre-políticos’, en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el estado, sino que son ‘fundamentales’ o ‘fundantes’ de su razón de ser, como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional. El vicio ideológico, y no sólo metafísico, del iusnaturalismo estuvo en la idea de un derecho natural como entidad ontológica

intrínseco solo por el hecho de estar vigente; el segundo, la necesidad de la prioridad axiológica desde el punto de vista ético-político cuyo papel es la crítica y transformación del derecho. Consideremos además, que en el segundo postulado reafirma la importancia de los derechos fundamentales en una justificación externa y el derecho como instrumento para su obtención. Aquí es donde ofrece una alternativa a la conflictiva relación entre derecho y democracia, considerando que es posible retomar la idea iusnaturalista del contrato social como una “gran metáfora” de la democracia y en donde la lucha por una democracia “sustancial” será elemento primordial de una filosofía política para un Estado constitucional de derecho. Reconoce que estas declaraciones parecen paradójicas pues ¿cómo armonizar el pensamiento democrático de Rousseau con el modelo liberal lockeano? La respuesta descansa, en él, en una nueva perspectiva de los planos democráticos: una de legitimación formal (democracia formal) y otra de legitimación sustancial (democracia sustancial).

Vistas así las cosas, reconoce que se tratará de una legitimación “tendencial e irremediamente imperfecta”. Pero esto no lo quita la utilidad de su empleo pues es aquí donde cobra mayor fuerza el garantismo como filosofía política. Efectivamente, manifiesta, en los estados absolutistas y premodernos la legitimación política no daba cabida a la imperfección ya que todo descendía desde lo alto cuya cúspide era la fuente de una razón perfecta, apriorística e incondicionada. Por el contrario, una visión garantista cambia el paradigma, y la legitimación está en constante proceso de mejora. Este proceso de mejoramiento se inserta en la concepción liberal de la fase ilustrada y revolucionaria. El liberalismo, nos recuerda Ferrajoli, se pueden distinguir dos etapas: la ilustrada y la conservadora. La primera es revolucionaria y crítica, en tanto que la segunda es conservadora y estatalista. La primera está en constante proceso de elaboración y la segunda, una vez asumido el poder, reniega los cambios y considera que la implantación del estado y del derecho como bien supremo. De esta forma, Ferrajoli, se declara simpatizante de una filosofía política ilustrada, revolucionaria y crítica.

## **II. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS CONCEPTOS.**

### **II.1. Derechos fundamentales.**

Ferrajoli ha tomado postura respecto a dos temas primordiales de los derechos fundamentales: el concepto y su fundamento. El primero, para él, es una creación artificial y convencional y por lo tanto verificable o refutable con referencia al objeto de investigación. Pero lo segundo al ser normativo exige un proceso racional de justificación de los fines o valores éticos-políticos que aquellos sean capaces de satisfacer. Veamos enseguida cada uno de ellos.

#### **II.1.1. El concepto.**

Hart, en su obra *El concepto del derecho*, afirmó que pocos problemas habían generado tanta complejidad en la humanidad como las respuestas a la pregunta ¿qué es derecho?, aseguraba que las respuestas no solo resultaban

variadas sino, incluso hasta contradictorias<sup>23</sup>. Los complicados problemas de la definición del derecho se han trasladado, ahora, a la definición de los derechos fundamentales. La interminable discusión ha desbordado ríos de posturas que a su vez desembocan en un verdadero océano de escuelas teóricas. La respuesta a qué son los derechos fundamentales se ha expandido de la definición (*definiens*) al mismo término definido (*definiendum*). Es decir, ahora no solo se discute si es correcto definirlo como se ha hecho, sino también se polemiza sobre el término que sirve como objeto de la definición<sup>24</sup>.

Ferrajoli deja fuera de la discusión el *definiendum*<sup>25</sup> y decide denominarlos "*Diritti fondamentali*" es decir, derechos fundamentales. Esto se debe a que las expresiones libertades fundamentales, derechos del hombre, derechos o derechos humanos tienen un sentido más restrictivo en su propia teoría. Esto es, sí utiliza dichas expresiones pero su uso esta reservado para designar cosas específicas del género derechos fundamentales. Una vez salvado este punto entra de lleno a la definición de derechos fundamentales y los identifica de la siguiente manera:

"Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas"<sup>26</sup>.

El profesor italiano, reconoce las innumerables batallas que se han desatado a la hora de identificar a los derechos fundamentales y por ello, considera una salida el no tomar partida y permitir en un solo concepto las diversas ideologías y criterios. Considera que su definición lo logra. Los teóricos del derecho, manifiesta, han incurrido en errores epistemológicos a la hora de elaborar definiciones. O bien, elaboran teorías exclusivamente

---

<sup>23</sup> HART. H.L.A. *El concepto del derecho*. Buenos Aires, 1977: Abeledo. Perrot. Págs. 1-3.

<sup>24</sup> El profesor Peces-Barba ha escrito que "Si atendemos a la praxis lingüística de la que extraemos definiciones léxicas, que reflejan el uso de un término del lenguaje por los miembros de una sociedad histórica, nos encontramos con que existen distintas palabras que expresan el concepto de derechos humanos, como derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales o derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del ciudadano, etc. Ninguno de estos términos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico, de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo." PECES-BARBA, G. Op. Cit. Pág 22.

<sup>25</sup> En realidad, aparta el concepto de derechos humanos para una función más específica. Así establece que Derechos humanos son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales. FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, 2005: Trotta. pág. 22.

<sup>26</sup> Ídem 158.

normativista; o bien, simplemente realistas. Su propuesta, manifiesta, no incurre en los mismos equívocos.

Para empezar, explica, esta definición es de carácter teórica, y es puramente formal o estructural y en ello radica su importancia. Ya en obras anteriores, Ferrajoli había manifestado que las definiciones teóricas son de carácter estipulativas o convencionales<sup>27</sup> y que los criterios de verdad o falsedad solo pueden predicarse con base a los mismos axiomas establecidos por el teórico que los ha elaborado. Por lo cual, cualquier teoría —y consecuentemente los conceptos que la formulan— no pueden considerarse más normativas que otras. No obstante, reconoce la conexión que debe tener la teoría con la observación empírica. Esta se logra porque la formalización con criterios estipulativos debe ser, no obstante su carácter convencional, lo suficientemente fuerte en cuanto a su “su capacidad explicativa” y útil para poder unir los distintos campos de observación empírica.

En el caso específico, su propuesta es teórica debido a que no hace referencia a un ordenamiento jurídico positivo y es formal a consecuencia de que no le interesa un determinado contenido sino únicamente que reúna la cualidad de ser adjudicado a todos los dotados del status exigido<sup>28</sup>. En otras palabras, son derechos fundamentales porque los reconoce un ordenamiento jurídico (sin importar de qué ordenamiento se trate) y por ello tampoco es preciso dirigirse a un ordenamiento en particular como el mexicano o el español. Por otra parte, si los reconoce un ordenamiento y además es adjudicado a todos los que tienen el status exigido, entonces son derechos fundamentales.

Reafirmando, Ferrajoli, expresa que a la pregunta ¿qué son derechos fundamentales? Hay varias posibilidades de respuesta según de quiera concretizar la primera pregunta en preguntas secundarias: ¿cuáles son? ¿Cuáles deben ser? ¿Qué son? Si se responde a cuáles son con referencia a un determinado ordenamiento jurídico lo que se está haciendo es dar una respuesta positivista. Por otra parte, si se contesta a cuáles deben ser lo que se estaría haciendo es asumir una postura axiológica. Ninguna de los dos es una elaboración convencional de una teoría del derecho. Para llegar a formular una teoría del derecho es necesario reafirmar qué son los derechos fundamentales con base a criterios convencionales y no referidos ni a un ordenamiento determinado ni a un valor en específico. El criterio convencional

<sup>27</sup> FERRAJOLI, L. *Epistemología jurídica y garantismo*. Op. Cit. Pág 49.

<sup>28</sup> El jurista español Luis María Díez-Picazo señala que hay concepciones formales y concepciones materiales de los derechos fundamentales. Ubica a Ferrajoli dentro de las concepciones materiales y manifiesta que “Esta definición de Luigi Ferrajoli, presupone una concepción material de los derechos fundamentales; es decir, sobreentiende que lo verdaderamente peculiar es su contenido” DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, 2005: Thomson. Pág. 36. No obstante, considero que Ferrajoli, precisamente lo que intenta alcanzar es una concepción formal y no material pues por ello ejemplifica con derechos fútiles como, en el caso de que se reunieran las condiciones exigidas, el derecho a ser saludado o el derecho a fumar. Pero, el profesor español toma como punto de referencia para ser materiales o formales el reconocimiento por una norma superior —formales— o simplemente su reconocimiento por su contenido —materiales—. Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Op. Cit. pág 21.

asumido en este caso es el de la universalidad fundamentada sobre la igualdad<sup>29</sup>. Es decir, los derechos al ser universales y al establecer que son de “todos” constituyen elementos de distinción entre los derechos fundamentales y los que no son derechos fundamentales. Pero ¿quién son todos? Ferrajoli responde que aquellos a “quienes su titularidad esté normativamente reconocida”.

La titularidad normativamente reconocida juega un papel primordial en la teoría de los derechos de Ferrajoli. En los ordenamientos jurídicos, los seres humanos, dice, no han sido catalogados en todos los casos con el status jurídico de titularidad de derechos. Muchos han sido los criterios para separar a los seres humanos de ese status jurídico que les permite ser titulares de una normatividad reconocida pero hoy solo subsisten únicamente dos diferencias: la ciudadanía y la capacidad de obrar. La primera puede aun ser superada y la segunda, al menos por el momento, insuperable. Esta distinción, le lleva a elaborar una tipología especial según se trate de todos o solos los ciudadanos (derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía) o bien, entre capaces y no capaces de obrar (derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o instrumentales o de autonomía). A la primera le denomina clasificación subjetiva porque atiende a los sujetos que se le atribuye y reciben expectativas de derecho; a la segunda, la identifica como clasificación objetiva porque es relativa a los comportamientos de los sujetos que integran la clase seleccionada, es decir a la posibilidad de ejercer o no ejercer un poder. De esta forma, es subjetiva en virtud de que se es o no ciudadano o se cuenta o no con personalidad. Mientras tanto, la clasificación objetiva precisa la posibilidad o imposibilidad de la capacidad de obrar. Recurriendo a una división más, establece que los derechos de la clasificación objetiva y específicamente los primarios los divide, a su vez, en derechos libertades —expectativas negativas— y derechos sociales —expectativas positivas—. Los derechos libertades son de carácter negativo —inmunidad o de no interferencia— y pueden ser “libertades de” (vida, libertad personal) y “libertades para” (libertad de prensa, de asociación y de reunión). En tanto que los derechos sociales son de carácter positivo —prestaciones—. Finalmente, también, dentro de los derechos de la clasificación objetiva y de carácter secundario, se dividen en derechos de autonomía privada —poderes privados— y en derechos de autonomía pública —poderes políticos—<sup>30</sup>.

Expongámoslo de otra forma, Ferrajoli, diría: tenemos dos posibilidades de clasificar a los derechos fundamentales en atención a los status que aún permanecen en las legislaciones. Estas distinciones tienen como base la ciudadanía y la capacidad (de obrar). Primera división: ciudadanos y no ciudadanos (por eso el habla de todos o solo los ciudadanos). Ese “todos”

---

<sup>29</sup> Es importante aclarar que la igualdad como criterio convencional de distinción de qué son los derechos fundamentales y que no son los derechos fundamentales puede acarrear equívocos con respecto a la igualdad considerada como valor axiológico. Como criterio de distinción, para el autor los derechos fundamentales son derechos fundamentales porque son universales y que dan igualdad a todos los miembros del conjunto al cual se aplica la característica de universalidad. Por el contrario, la igualdad como criterio axiológico es un fundamento de cuáles deben ser los derechos fundamentales. Al respecto es oportuno ver el párrafo 1.2 de este mismo apartado.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Op. Cit. Págs 291-296.

tienen los derechos de la personalidad y el “solo” es el conjunto —de ciudadanos— que tienen los derechos de ciudadanía. Si no eres ciudadano formas parte del “todos” y consecuentemente tienes un derecho de la personalidad<sup>31</sup>. En cambio, si eres ciudadano, posees derechos de la personalidad y además dispones de los derechos de la ciudadanía. Segunda división: no eres capaz de obrar o eres capaz de hacerlo. Si no eres capaz entonces acogerás los derechos primarios. Pero si cuentas con capacidad de obrar entonces te corresponden los derechos secundarios. Los derechos primarios solo están integrados por expectativas y los derechos secundarios están formados por expectativas y poderes; es decir, los primarios te permiten disfrutar de la libertad y los derechos del ciudadano (expectativas negativas y expectativas positivas). Por el contrario, los derechos secundarios, además de las expectativas te permiten ejercer por ti mismo tus derechos (poderes privados y poderes políticos)<sup>32</sup>. Por otro lado, la reunión de todos ellos arroja como resultado cuatro tipos de derechos: los derechos humanos, los derechos públicos, los derechos civiles y, finalmente, los derechos políticos. Veamos cada uno de ellos.

1) Los derechos humanos son derechos primarios de la persona. Es decir, le corresponden a todos los seres humanos con independencia de su ciudadanía y de su capacidad de obrar. El ejemplo paradigmático es la vida. 2) Los Derechos civiles son derechos secundarios de la persona. En este caso se trata de derechos que solo corresponde a los ciudadanos y con capacidad de obrar. El modelo es la posibilidad de contratar. 3) Los derechos públicos son derechos del ciudadano primarios. Es decir, son derechos del ciudadano con independencia de su posibilidad o incapacidad para actuar. El ejemplo son los

<sup>31</sup> Interesante sería el tema de hacer la distinción entre el derecho “*de la personalidad*”, es decir el derecho que tienes en virtud de que ya eres persona o el derecho “*a la personalidad*”, es decir el derecho que tienes a ser persona (jurídicamente reconocida). Recordemos que en la historia del derecho y específicamente en el derecho civil, el derecho “a la personalidad” era lo que excluía de los beneficios y no propiamente el “derecho de la personalidad”. Históricamente, tenemos el caso de las mujeres, los esclavos y los extranjeros y aun recientemente de los niños(as) cuya personalidad solo se le reconocía cuando tuvieran “viabilidad jurídica” es decir vivir un número de horas determinado y bajo ciertas circunstancias. Hoy el tema del derecho “a la personalidad” abre nuevos escenarios de debate en torno a los avances científicos: los clones ¿tienen derecho a la personalidad? En este sentido se dirige una crítica de Vitale cuando objeta la capacidad de obrar como elemento de la definición de derechos fundamentales y escribe: “ Pero el requisito de la capacidad de obrar como necesario para la adscripción de ciertos derechos fundamentales viene determinado por una opción valorativa no compartida, por ejemplo, por el pensamiento de matriz católica, que posee una concepción de la persona que incluye también al embrión (pienso en las cuestiones de bioética que implican problemas de derechos fundamentales). Y ¿qué puede decirse de todas las filosofías ‘verdes’ o ‘animalistas’ que convierten en sujetos de derecho a otros seres vivos, a las generaciones futuras o al entorno *tour cour?*” VITALE, E. “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?” En En A. DE CABO, G. PISARRELLO. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales Madrid*, 2005: Trotta. Pág. 69

<sup>32</sup> Aquí vale la pena aclarar un punto más: en ambas divisiones juega un papel importante los conceptos de expectativas y el de poder. Con respecto al primero Ferrajoli establece que “El criterio de distinción entre estas dos clases de derechos basado en el contenido negativo o positivo de las expectativas en que consisten, conserva, sin embargo, validez al menos en lo relativo al resultado de su tutela, así como en lo que se refiere a la prevalencia que, en la composición de una y otra, tienen las expectativas negativas satisfechas mediante un *non facere* y las expectativas positivas satisfechas con un *facere*.” FERRAJOLI, L. *El fundamento de los derechos fundamentales*. Op. Cit. Pág. 300, nota de pie de pág. 13.

derechos sociales. 4) Los derechos políticos son derechos del ciudadano y secundarios. A saber, se trata de los derechos que exclusivamente se otorga a los ciudadanos y a los capaces de obrar. El prototipo es el derecho del voto.

Así establecida su definición, y la tipología derivada de ella, considera los meritos de su elaboración: se trata de una elaboración de la teoría del derecho que “prescinde” de circunstancias de hecho y sirve como modelo para cualquier sistema jurídico con independencia de la época o sociedad. Si se respetan los parámetros de status, universalidad y derecho subjetivo es un modelo aplicable de forma general. Por otro lado, con base en esos criterios se podrán descubrir los derechos humanos, los civiles, los públicos y los políticos. No obstante ese anunciado “formalismo” encuentra una excepción en cuanto al “carácter inalienable e indisponible” sustentado en la base de la igualdad jurídica. A la luz de estas anotaciones, el profesor italiano, parece defender una “sustancia” de su definición: la inalienabilidad e indisponibilidad de los derechos fundamentales por ser de todos. “Si son normativamente de ‘todos’ (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.”<sup>33</sup> Reconoce las limitantes de ese “todos” pues solo corresponde a quienes tengan la titularidad del derecho por lo cual el status constituye, para el filósofo, una muestra de mayor democratización de un país: entre mas se generalice el status mayor será la democratización y entre más se restrinja será menor. Pero recordemos que esa “inalienabilidad” descansa sobre el concepto de igualdad. En estas elucubraciones, el profesor, encuentra que el concepto de igualdad ha sido mal interpretado debido a que en ocasiones, y en relación con la diferencia, en nombre de la igualdad niega las diferencias (cuando si hay diferencias) o afirma las diferencias (cuando no hay tales). Este juego cínico de negar o aceptar las diferencias en formal convencional es el que rechaza en la formación de un concepto jurídico de la igualdad. No define la igualdad jurídica pero hay razones suficientes para creer que, el jurista, apela una concepción de la igualdad como aquella que exige la aceptación de las diferencias (como hecho) y la negación de las diferencias (como construcción artificial)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Ídem 21.

<sup>34</sup> Ferrajoli, para explicar su concepción jurídica de igualdad necesita correlacionarlo con otro término: la diferencia. De esta correlación, indica, surgen cuatro modelos: la indiferencia jurídica de las diferencias; la diferencia jurídica de las diferencias; la homologación jurídica de las diferencias y, finalmente, la valoración jurídica de las diferencias. El primero, es decir, el de la indiferencia jurídica de las diferencias es un modelo que descansa en la actitud de ignorar las diferencias y deja que ellas se desarrollen libremente en una sociedad. Ejemplifica con el paradigma hobbesiano de estado de naturaleza donde el más fuerte se sobrepone. El segundo modelo, la diferencia jurídica de las diferencias, valoriza las diferencias para crear ciudadanos de primera y segunda categoría. Beneficia a ciertas personas pero excluye a otras. El tercero, homologación jurídica de las diferencias, anula las diferencias, con la bandera de la “igualdad” pero en realidad lo que hace es imponer una exclusiva identidad como imperativo normativo. Finalmente, el cuarto modelo, valoración jurídica de las diferencias, se constituyen gracias al principio de los derechos fundamentales. En este modelo, las diferencias no son ignoradas por el contrario se protege al más débil frente al más fuerte para evitar abusos. Por otra parte, no discrimina o privilegia las diferencias simplemente las compensa, compensación que trae

El concepto elaborado por el maestro italiano, apela a un cuantificador lógico y a un concepto jurídico fundamental. El cuantificador lógico es el enunciado de las proposiciones universales: “todos”; el concepto jurídico fundamental es el de derecho subjetivo. Con respecto al cuantificador ya hemos señalado que este descansa en el reconocimiento normativo que constituye el status. Pasemos ahora al concepto de derecho subjetivo que elabora Ferrajoli.

Dice el profesor italiano que entiende por derecho subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. Al introducir el término expectativa —provocador en la filosofía jurídica— se aleja de las tradicionales definiciones que sitúan en la protección real (garantías) del derecho un criterio necesario para su existencia<sup>35</sup>. Pero, ¿cómo llega Ferrajoli a este concepto? La respuesta parece descansar en las siguientes consideraciones: El jurista italiano observa que los grandes triunfos de la humanidad —como son las declaraciones internacionales en materia de derechos humanos— a la luz de los conceptos clásicos de derecho objetivo (y particularmente en la teoría kelseniana de que un derecho subjetivo es el reflejo de un deber) ante la carencia material de “garantías” no constituirían derecho. Esta situación definitivamente no le convence. Consecuentemente busca sustentar la idea de un derecho que, para su existencia, no tenga necesidad de acudir a la existencia de la garantía. Y esto es un conflicto que hay que resolver en la relación entre el ser y el deber ser. Es decir, la norma, en el deber ser debe contar con una garantía pero en el ámbito del ser, con frecuencia, carece de garantías. La falta de garantías no refleja la inexistencia del derecho sino más bien la existencia de lagunas que hay que colmar. Para ello recurre a la solución de crear una figura —la de expectativa— que es al mismo tiempo normativista (deber ser) y realista (ser)<sup>36</sup>. La expectativa, al parecer, cumple ese objetivo, pues a la expectativa negativa o positiva según sea el caso le corresponden obligaciones o prohibiciones en el plano normativo pero en el plano fáctico la ausencia de esa correspondencia produce una laguna que tendrá que ser resuelta.

---

consigo el respeto a los valores individuales y a la diferencia de cada persona. FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, 2004: Trotta. Pág. 73-76.

<sup>35</sup> Como se dijo en líneas arriba, Ferrajoli, considera que la fenomenología del derecho puede abarcar de dos maneras: desde el punto de vista de las expectativas y desde el punto de vista de las figuras deónticas activas. El se declina a favor de la primera y su teoría estará sustentada en las expectativas. Por otra parte las expectativas pueden ser positivas —como los derechos de crédito y los derechos sociales— o negativos —como la propiedad y las libertades—)

<sup>36</sup> Es ilustrativo el comentario de Bolaños: “entre sociólogos y filósofos realistas del derecho, el concepto de ‘expectativa’ sirve para explicar el contenido de los derechos subjetivos. ‘La única pregunta del abogado es ¿cómo resolverán los jueces?’ Escribió de manera célebre el juez Oliver Wendell Holmes, y las expectativas son precisamente estados de conciencia que se refieren al futuro. Pero, al mismo tiempo, tanto Luhmann como Ferrajoli conciben las expectativas jurídicas como expectativas normativas. El ambicioso proyecto de una teoría normativista y realista no es una tarea acabada sino que, al contrario, ha abierto innumerables oportunidades para el análisis futuro” BOLAÑOS B. “La estructura de las expectativas jurídicas.” En M. CARBONELL, P. SALAZAR (eds), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, 2005: Trotta. Pág. 294.



Ahora debemos preguntar ¿cuáles son las repercusiones de estos aspectos —universalidad, derecho subjetivo, expectativa, etc— en la teoría de los derechos fundamentales? Ferrajoli responde, que esta forma de ver las cosas ocasiona el establecimiento de cuatro tesis fundamentales (las cuales son esenciales para una nueva forma de democracia —sustancial—). Estas tesis fundamentales son el resultado de la definición y no deben confundirse con los postulados axiológicos que constituyen los fundamentos de los derechos fundamentales<sup>37</sup>. La primera tesis separa a los derechos patrimoniales de los derechos fundamentales; la segunda tesis establece a los derechos fundamentales como la base de la igualdad jurídica (que a su vez es el sustento de la dimensión “sustancial” de la democracia); la tercera tesis reconoce la supranacionalidad de los derechos fundamentales; y, finalmente, la cuarta tesis sustenta la relación que hay entre derechos fundamentales y sus garantías. Haré un breve esbozo de estas tesis, excepción de la segunda tesis que será tratada en el párrafo 1.2.

La primera tesis del autor en estudio es la tajante separación entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Dice, Ferrajoli, que hay que distinguir claramente entre libertad y propiedad. Los orígenes de la confusión entre libertad y propiedad, para él, se remontan a la polisemia de la palabra propiedad, ya que se puede entender por propiedad el derecho a ser propietario como el derecho a gozar de las facultades dominicales de la propiedad<sup>38</sup>. No obstante, son cosas diferentes pues una es el “derecho a” y el otro es el “derecho sobre”. Considerado esto, Ferrajoli, agrega que la libertad está tutelada por los derechos fundamentales y la propiedad por los derechos patrimoniales. Derechos fundamentales, por un lado, y derechos patrimoniales por el otro es el resultado de su concepción de derechos fundamentales y su primera tesis. Pero esto no queda aquí. Por el contrario, va más allá y hace patentes cuatro diferencias entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. La primera es la aplicación del cuantificador universal “todos” que necesariamente acarrea la idea de inclusión; en caso inverso, los derechos patrimoniales solo aplica el “algunos” y esto ocasiona la exclusión. Es decir, los derechos fundamentales son universales mientras que los derechos

---

<sup>37</sup> Esta es una importante llamada de atención que sugiere Ferrajoli en la mayor parte de sus artículos sobre derechos fundamentales. Efectivamente, sus críticos le han objetado que si él establece una definición formal ¿porqué tiene que involucrar conceptos sustanciales? Al respecto son interesantes los comentarios de Baccelli “Ferrajoli, por tanto, no parece interesarse por el problema de la ‘fundamentación’ de los derechos. En su teoría, el adjetivo ‘fundamentales’ se atribuye a ciertos derechos en razón de determinadas características formales, prescindiendo de la cuestión relativa a cómo se ‘fundamentan’ dichos derechos. Sin embargo, la definición ‘formal’ y ‘avalorativa’ remite a algunas importantes tesis sustantivas” BACCELLI, L. “Derechos sin fundamento”. En A. DE CABO, G. PISARRELLO. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, 2005: Trotta. Pág. 199. Pero Ferrajoli responde que estas tesis no tienen contenido axiológico pues al constituir que los derechos fundamentales estatuyen la igualdad no dice sobre que valor se estatuye la igualdad sino que simplemente es el resultado de aplicar a un derecho la característica de derecho fundamental y con ello se acarrea el concepto de igualdad. Distinto es el caso de requerir la igualdad como valor axiológico y que será tratado en el párrafo I, 1.2

<sup>38</sup> Ferrajoli no menciona facultades dominicales de la propiedad pero quiero entender que eso es a lo que se refiere cuando escribe sobre el “derecho a disponer de los propios derechos de propiedad”. Por otra parte recordemos, que para los juristas es muy conocido el término facultades dominicales y las cuales son los derechos de usar, gozar y disfrutar de una propiedad.

patrimoniales son singulares. Ejemplifiquemos: Los seres humanos (todos) son libres. Aquí se incluye a todos los seres humanos. Del otro lado de la puerta están los propietarios pero aquí “solo” algunos son propietarios y excluyen a los no propietarios. Los propietarios tienen derechos, los no propietarios tienen restricciones. La segunda diferencia es en cuanto a ciertas características: los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; los derechos patrimoniales, por el contrario, son disponibles, alienables, negociables y no son personalísimos. Destaca la característica de inalienabilidad, de la cual dice, puede haber dos especies la activa, porque el sujeto titular no puede disponer de ellos; y la pasiva, porque otros sujetos no pueden disponer de ellos. La tercera diferencia consiste en que los derechos patrimoniales tienen por título actos de tipo comercial en cuanto a lo segundo su título es inmediatamente la ley. Finalmente, la cuarta diferencia consiste en la verticalidad de los derechos patrimoniales (por ejemplo, se juega el papel de acreedor en ocasiones pero en ocasiones se desempeña el papel de deudor) y la horizontalidad de los derechos fundamentales (siempre, el individuo en relación con el estado será el acreedor y el estado siempre tendrá prohibiciones u obligaciones).

La segunda tesis es una innovación, bastante provocadora, de Ferrajoli y consiste en la elaboración de una dimensión de la democracia impresa por los derechos fundamentales. Será tratado este punto en el siguiente apartado.

La tercera tesis se refiere a la internacionalización de los derechos fundamentales. Para Ferrajoli, la declaración francesa de 1789, la creación de la ONU y la declaración universal de los derechos de 1948 constituyen las semillas de una nueva forma de mirar la protección de los derechos básicos del hombre. Esta internacionalización, para él, obliga a poner en tela de juicio el concepto de ciudadanía que ha causado tanto daño a la evolución de una normatividad mundial. A su parecer, el concepto de ciudadanía ha ocupado el lugar de la igualdad “como categoría básica de la teoría de la justicia y de la democracia”<sup>39</sup>. Esta circunstancia la atribuye a la confusión que originó Thomas Marshall al atribuir los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos de ciudadanía única y exclusivamente a los ciudadanos. Considera que seguir distinguiendo entre ciudadanos y no ciudadanos atenta contra la idea de una verdadera democracia y de una concepción sana de las relaciones entre los seres humanos. Los derechos son derechos universales para todos los seres humanos, en el más amplio sentido de la palabra y limitarlos a una postura regresiva de la ciudadanía es ir en contra de ese universalismo fuertemente defendido por la cultura occidental. Mantener la idea de ciudadanía es mantener los criterios de inclusión y exclusión entre los estados, los pueblos y las personas<sup>40</sup>. O visto de otra manera, si los derechos son para “todos” y una limitante a ese “todos” es la pertenencia a una comunidad política eso no es tomarse en serio el universalismo.

Finalmente, la cuarta tesis —y una de las claves en su pensamiento— lo constituye su concepción de las garantías. Ya hemos mencionado que el

<sup>39</sup> FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit. Pág 56.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, L. “Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: Un constitucionalismo global”. En *Isonomía*, 9, México, 1998. Pág. 173.

derecho subjetivo es una expectativa, expectativa que tiene una fuerte necesidad de la garantía pues esta constituye un elemento primordial en su satisfacción. Así las garantías vienen a ser para el filósofo florentino “las modalidades imperativas de cuya obediencia depende la satisfacción o la no violación de las expectativas que son su argumento”<sup>41</sup>. Las garantías se dividen, con base en un primer criterio y según su correspondiente expectativa, en garantías positivas (aquellas que consisten en obligaciones y son correlativas de expectativas positivas y en garantía negativas (aquellas que consisten en prohibiciones y son correlativas de expectativas negativas). En una segunda clasificación, y en atención a la protección en sí o a la protección de la protección, el jurista clasifica en garantías primarias y garantías secundarias. Las garantías primarias son las obligaciones o prohibiciones establecidas por una norma a favor de un titular de un derecho subjetivo. Por el otro lado, las garantías secundarias son las obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente los incumplimientos de las garantías primarias. En este orden de ideas, y consecuente con su pensamiento, Ferrajoli establece que las garantías son primarias o secundarias y esto da origen, también, a lagunas de carácter primario o secundario. Estas declaraciones las realiza el profesor florentino, concientemente de que tiene que enfrentar dos principales problemas: el ataque a la clásica definición kelseniana de derecho subjetivo y al problema de la realización de los derechos sociales.

Como sabemos, prosigue nuestro autor, Kelsen tuvo como ejemplo paradigmático del derecho subjetivo a los derechos civiles o patrimoniales<sup>42</sup>. Así, definió al derecho subjetivo en atención de que entre acreedor y deudor siempre tiene que existir un facultado y un obligado (obligación en su acepción más genérica de dar, hacer o no hacer). Al convertir en expectativa el derecho subjetivo falta el otro lado del cuerpo ¿dónde quedó el obligado? A esto responde Ferrajoli que la situación con los derechos fundamentales es distinta pues los derechos patrimoniales son predispuestos por normas hipotéticas que solo son realizables con la facultad de acción procesal (es decir sus garantías) pero en el caso de los derechos fundamentales los derechos son puestos por normas téticas y no predispuestos. Aunque aclara que está consciente de que derechos y garantías solo existen si las normas las disponen. Es decir, no

---

<sup>41</sup> Otra definición, un tanto más simplificada es la siguiente: “es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” FERRAJOLI, L. “Garantías.” En *Jueces para la democracia*. Información y debate, 38, Madrid, 2000. Pág. 39.

<sup>42</sup> Kelsen escribe en la *Teoría Pura del derecho* lo siguiente “Pero esta situación de hecho designa como ‘derecho’ o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando solo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse una sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza a la conducta contraria, una sanción. Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba.” KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México, 1997: Porrúa. Pág. 140.

objeta que la relación entre derecho subjetivo y garantía es necesaria en el plano normativo. Pero puede ser contradicho en el plano empírico donde la ausencia de la garantía no debe llevarnos al absurdo de la inexistencia del derecho. Aquí está la función del jurista y del científico del derecho de colmar las lagunas existentes.

Por otra parte y con respecto a la dificultad de llevar a cabo los derechos sociales, el jurista, reconoce que hay complejidad al momento de establecer garantías eficaces a favor de los derechos sociales<sup>43</sup>. Pero siempre y cuando se atiende a la distinción entre posibilidades de realización técnica y posibilidades de realización política. En el plano técnico la posibilidad de garantizar a los derechos sociales es tan posible como lo es la garantía de los demás derechos. Por el contrario, en el plano político el asunto se dificulta pero entonces “ese es el desafío político lanzado a las fuerzas democráticas...”<sup>44</sup>.

Este último párrafo citado genera una interrogante. Ferrajoli quiere decir que las posibilidades de realización de los derechos sociales ¿dependen de las fuerzas democráticas? ¿No había establecido que los derechos fundamentales (dentro de ellos, los derechos sociales) no pueden, ni deben quedar a la disposición de la democracia política?

Los derechos sociales, al igual que cualquiera de los derechos fundamentales tiene que ser atendido prioritariamente. El problema son los niveles de atención y la forma de distribuir el presupuesto. Pensando en el caso específico de México, ¿dinero para que programas? ¿Para alfabetizar o para la salud? ¿Para vestido o para comida? Cierto. Y hasta aquí Ferrajoli dice lo mismo, es un reto democrático establecer prioridades pero entonces esto no parece consistente con las mismas afirmaciones de Ferrajoli en el sentido de que los derechos fundamentales no pueden estar a disposición de mayorías. La mayoría vuelve a presentar su utilidad al momento de decidir sobre acciones concretas y a ese punto Ferrajoli no le presta mucha atención.

## II.1.2. Los fundamentos.

En la tradición jurídica —tanto positivista como naturalista— es común que las definiciones de los derechos fundamentales contengan en su estructura los fundamentos de ellos<sup>45</sup>. Ferrajoli se separa de esta postura y considera que los fundamentos son letra de otro discurso (aunque necesariamente interrelacionados). Los fundamentos a los derechos fundamentales son la respuesta a la pregunta ¿Qué derechos deben ser fundamentales? Ferrajoli ubica esta pregunta —y su respuesta— en el área filosófico-político.

El punto de atención para contestar a ¿Qué derechos deben ser fundamentales? Está dado, conforme al profesor italiano, por el valor de la persona humana en el sentido kantiano: ser siempre un fin y nunca un medio.

<sup>43</sup> Recordemos que otra de los puntos importantes de atención de Ferrajoli es el tema de los derechos sociales. (vid supra I.2).

<sup>44</sup> FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Op. Cit. Pág. 65.

<sup>45</sup> Es decir, la mayoría de las definiciones tienden a ser normativas en tanto que Ferrajoli lo que busca es una definición descriptiva.

Vistas así las cosas, Ferrajoli, manifiesta que hay cuatro valores que son precisos para las personas: vida, dignidad, libertad y supervivencia. Estos valores tienen que servirse cuatro fines o criterios axiológicos: 1) la igualdad jurídica; 2) el nexo entre derechos fundamentales y democracia; 3) el nexo entre derechos fundamentales y paz y, 4) finalmente, el papel de los derechos fundamentales como la ley del más débil. Es importante observar que en líneas arriba,<sup>46</sup> hemos mencionado que Ferrajoli hace una clara distinción entre las tesis que son el resultado de la definición y los que ahora él denomina criterios. Volvemos a insistir sobre ello porque está ha sido uno de los puntos que le han criticado con insistencia a Ferrajoli. El maestro italiano argumenta que la definición postula cuatro tesis y que los fundamentos son los criterios. ¿Cuál es la diferencia entre las tesis y los criterios? Ferrajoli diría algo así como lo siguiente: el concepto de derechos fundamentales proporcionado es descriptivo. Sólo enuncia que características deben tener los miembros que quieran pertenecer a ese grupo; si se afirma sólo los que cuentan con el grado académico de doctor son maestros universitarios lo que hago con la definición es que si alguien desea ser maestro universitario deberá contar con el grado académico de doctor. Así pasa con la definición y sus cuatro tesis. Si se desea dar el nombre de derecho fundamental a un derecho entonces hay que revisar las cuatro tesis y observar si las cumple o no. En este caso las tesis que hay que revisar son las siguientes: que no se trate de un derecho patrimonial (primera tesis), que sean derechos asignados con igualdad (segundo criterio), que se traten de derechos de supranacionalidad (tercera tesis) y que no se confundan los planos de los derechos con sus garantías (cuarta tesis). Otro caos distinto es el de la fundamentación. La fundamentación consiste en la finalidad que se persigue en convertir a un derecho en derecho fundamental. Ejemplifiquemos y contrastemos las dos circunstancias: la igualdad aparece como tesis pero también como criterio ¿cuál es la diferencia? La diferencia radica en que la igualdad como tesis es una estructura de los derechos fundamentales y la igualdad como valor es el fin que se persigue. Veámoslo de otra manera: donde hay derechos fundamentales tiene que haber igualdad (por regla de estructura) pero no siempre donde debería haber igualdad hay derechos fundamentales (como valor que se persigue). El *debería* haber igualdad exige que se resuelva un problema de valor: aquí hay igualdad ¿por qué no se le da la categoría de derecho fundamental? En tanto que donde ya hay derecho fundamental el problema está resuelto. Una vez aclarado lo anterior pasemos a detallar el fundamento axiológico de los derechos fundamentales desde la perspectiva ferrajoliana.

El primer criterio axiológico es la igualdad jurídica. Y, el profesor florentino, entiende por igualdad jurídica “la igual titularidad de situaciones jurídicas —desde los derechos fundamentales a las prohibiciones penales— proveniente de su atribución a la clase de sujetos entre los que es predicada, en forma de reglas generales y abstractas, esto es de las que he llamado normas téticas.”<sup>47</sup> Para nuestro autor esta igualdad jurídica tiene como fuente de origen las normas téticas (es decir normas generales y abstractas) que no prevén situaciones particulares y que originan la universalidad de las leyes. Y su contrapartida son las normas hipotéticas que generan situaciones concretas

---

<sup>46</sup> vid. supra 1.1

<sup>47</sup> FERRAJOLI, L. *El fundamento de los derechos fundamentales*. Op. Cit. Pág. 329.

y generan individualidad. Cabe aclarar, que la igualdad jurídica tiene dos especies: la igualdad jurídica en los derechos y la igualdad jurídica en los deberes. Ambas ocupan un lugar cronológico determinado: en el derecho moderno la igualdad jurídica en los derechos debe preceder a la igualdad jurídica en los deberes.

¿Por qué la igualdad jurídica constituye un criterio axiológico? Ferrajoli responde apelando al valor de la dignidad de la persona. La igualdad, dice, asegura la dignidad en la medida de hay un trato igual ante las leyes y reduce diferencias de carácter social o económico. Este tipo de igualdad, agrega, es plenamente compatible con la libertad<sup>48</sup> y no existe lugar para la confrontación que frecuentemente se hace entre los planos de libertad e igualdad. Aquí la igualdad jurídica tiene como base la libertad jurídica pues la libertad jurídica considerada como los derechos fundamentales de libertad son límites a los ejercicios del poder, de cualquier poder y con ello son otorgados con igualdad a todos. En palabras de Ferrajoli “las libertades igualmente conferidas a todos porque su ejercicio, evidentemente, no daña a nadie y, por lo tanto, son (no limitadas, sino más bien) un límite a las obligaciones y las prohibiciones introducidas por el legítimo ejercicio de cualquier poder, sea éste público o privado”<sup>49</sup>.

El segundo criterio axiológico es el nexo entre democracia y derecho constitucional. Dada la naturaleza de este punto no lo abordaré en este momento y será en líneas más bajo cuando me refiera a él (II.2).

El tercer criterio axiológico es la identificación de los derechos fundamentales con la Paz. Según piensa el profesor italiano, así como la igualdad asegura la dignidad de la persona, la paz asegura la vida. La paz, manifiesta, es una construcción racional que sirve como instrumento para

<sup>48</sup> Ferrajoli critica la tradicional distinción entre libertad negativa y libertad positiva y además pugna por una división, a su parecer más acertado y útil entre derechos fundamentales de libertad (específicas libertades negativas) y derechos fundamentales de autonomía (específicas libertades positivas). Critica la tradicional separación porque argumenta que esas libertades (positiva-negativa) son conceptos asimétricos y que es necesario tener una noción de libertad (y sus especies) desde una visión homogénea. Para él, la libertad negativa y la libertad positiva (autonomía), tradicionalmente consideradas, son conceptos asimétricos porque la primera tiene como referencia al derecho y la segunda referida a la voluntad y sin conexión con el derecho. Por el contrario, en una visión homogénea, donde ambas tengan como referente al derecho positivo, la libertad negativa implicará la autonomía; es decir, las dos libertades coincidirán jurídicamente y no hay lugar para pensar una sin la otra. Es decir, la distinción de ambas libertades tiene valor solamente en el campo moral y carece de dicho valor en el terreno jurídico. Por el contrario, la distinción entre derechos fundamentales de libertad y derechos fundamentales de autonomía es indispensables, conforme a su criterio, para una teoría del estado de derecho y de la democracia. Esta radica en que los derechos fundamentales son derechos primarios y los derechos de autonomía son secundarios. Los primeros son los límites al poder (es decir al ejercicio civil o político) y los segundos son poderes que tienen que estar limitados por los segundos.

Crea su propia tipología de libertades y distingue tres niveles: en el primer nivel está la libertad natural o extra-jurídica; en el segundo nivel están los derechos de autonomía y en el tercer nivel los derechos de libertad. Los dos primeros niveles, al ser poderes tienen que ser limitados pero el tercer nivel no constituye un poder y se erige como limitante al ejercicio de los poderes. Cfr. Ídem Págs 300-314.

<sup>49</sup> Ídem. Pág. 310.

garantizar la estabilidad de las relaciones humanas y consecuentemente de la vida. Su lucha por la paz se da en los diversos escenarios en que se desenvuelve el ser humano: el plano social, el ámbito del derecho interno y en el plano del derecho internacional. Encuentra como camino idóneo en busca de la paz, el libre derecho de autodeterminación de los pueblos pero sustentado en principios universales y tendientes siempre a la desaparición de “legado envenenado” que es la organización política del Estado. Esto es, no es partidario de las corrientes relativistas que apelan al multiculturalismo de hecho como objeción al universalismo de los derechos. Considera que el universalismo no solo favorece al multiculturalismo si no que es el único que los posibilita.<sup>50</sup> Además, la libre determinación la considera necesaria para que todos los pueblos se desarrollen en dos planos: a) el plano interno que implica la posibilidad a decidir sobre su estatuto político interno y b) e plano internacional que significa el uso, desarrollo y libre disponibilidad de su propio patrimonio (riquezas y recursos). Pero siempre con la visión de que es necesario desaparecer la clásica visión del estado basado en la soberanía pues la paz solo logrará alcanzarse rompiendo fronteras y con la reducción de los estados existentes, para lograr al fin un constitucionalismo mundial.

El cuarto criterio axiológico es determinar a los derechos fundamentales como la ley del más débil. Como hemos mencionado reiteradamente, Ferrajoli, busca limitar al poder. Para él, todo poder, sea privado o publico, es dañino si no se le ponen candados. Un poder sin limitantes es la ley del más fuerte, por el contrario cuando el poder está limitado lo que predomina es la ley del más débil. Alude a la teoría de Hobbes para justificar sus afirmaciones. Así, menciona que la metáfora del leviatán es el mejor indicador del triunfo del derecho sobre la libertad salvaje y que asegura una esfera pública instituida y garantía de la paz<sup>51</sup>. Además, agrega, la tutela del más débil se llega a constituir como “elemento de racionalidad estructural” del universalismo que se ha comentado en líneas arriba, pues para asegurar el derecho de “todos” es indispensable que no haya poder y que se proteja a los más débiles de los más fuertes<sup>52</sup>. Es decir, esta ley del más débil, implica para él, la necesidad de un universalismo inobjetable. Es decir: “si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal.”<sup>53</sup> Con todo ello podemos desprender que el valor axiológico de la ley del más débil implica para Ferrajoli la limitación del poder y que encuentra en el universalismo la única herramienta de su posibilidad.

## **II.2. Democracia.**

Se afirmó anteriormente que Ferrajoli con su concepto de derechos fundamentales formula cuatro tesis básicas para la distinción entre los

---

<sup>50</sup> Ídem 338.

<sup>51</sup> Cfr. FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit. Págs. 53-54.

<sup>52</sup> Cfr. FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Op. Cit. Págs. 362-363.

<sup>53</sup> Ídem. 362.

derechos fundamentales y los que no lo son; una de esas tesis, la segunda, consiste en la base de la igualdad jurídica que sustenta —y provoca— una dimensión sustancial de la democracia. También hemos dicho que los fundamentos de los derechos fundamentales son cuatro criterios indispensables para lograr los valores (vida, dignidad, libertad y supervivencia) que se persiguen con la implantación de los derechos fundamentales). Uno de estos criterios, también el segundo, establece la necesaria relación entre democracia y derechos fundamentales. Pero ¿qué es la democracia para Ferrajoli? Intentemos responder a esta pregunta y enseguida expondremos la tesis —efecto del concepto— y el valor axiológico —criterio— de la democracia con referencia a los derechos fundamentales.

Ferrajoli parte de una definición de la democracia para enseguida reelaborarla. De esta manera define que democracia, según la concepción dominante, se concibe de la siguiente manera:

“La democracia consiste únicamente en un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder —directo o a través de representantes— de asumir decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica de ‘democracia’, sino también la concepción unánimemente compartida —desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl— de la teoría y de la filosofía política”<sup>54</sup>.

A esta democracia la denomina democracia formal o procedimental. Ésta responde a las preguntas del quién y del cómo pero no dice nada respecto al qué. Por ello, considera, que se trata de una definición incompleta para una perspectiva garantista y solo puede funcionar como formula política. Es incompleta porque carece de contenido; es decir, no establece qué se puede decidir y qué no se puede decidir. En otras palabras, al ser instrumental, el uso que se puede hacer de ella —ante la falta de contenido— es una formula vacía que puede tener aplicación tanto en situaciones garantistas como escenarios no garantistas. Recordemos que el profesor florentino lo que busca es la limitación del poder y alude que una formula política —como la democracia en sentido formal— es un mecanismo de poder que también requiere de limitaciones. Las limitaciones a la democracia política solo pueden estar dadas por una nueva perspectiva que él denomina democracia sustancial. La democracia sustancial limita al poder de dos maneras: garantizando los derechos de libertad y protegiendo los derechos sociales<sup>55</sup>. Lo que él busca es una definición que tenga aplicación en los escenarios garantista. Así, la democracia sustancial nace como elemento necesario de la limitación del poder de la democracia formal. La democracia formal que descansa en las mayorías, reiterará, no puede decidir sobre todo pues se caería en un abuso de poder.

<sup>54</sup> FERRAJOLI, L. “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Michelanagelo Bovero.” En *Isonomía*, 19, México, 2003. Pág. 227.

<sup>55</sup> Ya lo hemos mencionado pero reiteremos: para Ferrajoli, el poder estará limitado si hacemos al ciudadano libre pero también si le aseguramos la satisfacción de sus necesidades primordiales, es decir, garantizamos sus derechos sociales.



Para evitarlo hay que establecer un límite el cual, manifiesta, lo encuentra en la democracia sustancial.

Sustenta la fortaleza de su propuesta en las debilidades de la democracia política: 1) la falta de idoneidad explicativa frente a las actuales democracias constitucionales y 2) La necesidad de crear garantías de supervivencia. A saber, la primera se refiere a que todas las democracias constitucionales mantienen un margen de área prohibida a las decisiones de la democracia política y no se puede decir que ellas no sean democracias. En cuanto a la segunda, alega que la democracia no puede permitir su propia autodestrucción, esto es que por democracia se autorice a no ser democrático. Ante estas circunstancias su democracia sustancial se presenta como un concepto explicativo de las democracias constitucionales, una garantía de supervivencia de las democracias políticas y un elemento protector de los derechos fundamentales.

Sostiene Ferrajoli que, de esta manera, la democracia según el paradigma garantista es, en realidad, un modelo pluridimensional de democracia que tiene dos dimensiones: la dimensión formal y la dimensión sustancial.

De acuerdo con esta posición, la dimensión formal o política constituye *normas formales sobre la producción*; en tanto que la dimensión sustancial son *las normas sustanciales sobre la producción*. Las normas formales sobre la producción son el campo que tiene la democracia política para decidir sobre como cambiar y quién debe cambiar pero nunca para determinar *qué* cambiar y *qué no* cambiar, pues estas corresponden a las normas sustanciales sobre la producción. Las normas formales tiene como límite a la democracia sustancial y la democracia sustancial descansa en los derechos fundamentales que al ser de “todos” ninguna mayoría puede cambiar<sup>56</sup>.

No olvidemos por otro lado, que la democracia (en el modelo pluridimensional) constituye una tesis para determinar que son los derechos fundamentales y, también, sirve como criterio axiológico para fundamentar a los derechos fundamentales<sup>57</sup>. Para realizar la tesis de identificación, explica el jurista, como tesis de identificación, la distinción entre democracia sustancial y democracia formal no dice nada respecto a los contenidos solo indica que si hay ciertos derechos que se desea formen parte del núcleo de los derechos

---

<sup>56</sup> Podría resultar integrante como llega a esta justificación de la democracia sustancial: “Sin embargo, en un sentido no formal y político sino sustancial y social de ‘democracia’, el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos. En este sentido, el garantismo, como técnica de limitación y disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías tanto liberales como sociales expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba.” FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Op. Cit. Pág. 864.

<sup>57</sup> Cfr. Supra I, 1.1 y 1.2

fundamentales, entonces se les debe de poner dentro de la democracia sustancial. Por el contrario si lo que se pretende es que no sean considerados como derechos fundamentales, entonces se deben ubicar del lado de la democracia formal o política. Otra cosa, es considerar esta distinción como criterio axiológico de fundamentación. Al respecto, la democracia formal exige para su propia supervivencia de una esfera de lo intocable, un espacio que no permita la autodestrucción de la propia democracia y por ello “lo que es *forma* de la democracia se vuelve *sustancia*, es decir, límite y vínculo de contenido, cuando ella se protege de si misma”<sup>58</sup>. Alude una segunda razón: la igualdad. Este punto es la reafirmación de las líneas que hemos transcrito textualmente en párrafos arriba. Es decir, la igualdad como criterio axiológico indica que los derechos fundamentales deben ser de “todos” y ese “todos” no puede ser alterado por una mayoría. Finalmente, arguye una tercera razón: la necesidad del gobierno de las leyes y no de los hombres. Dejar a la democracia en su formula política es dejar el gobierno de los hombres (con todos los inconvenientes que esto acarrea). Por el contrario, aceptar el postulado de la democracia sustancial es implantar el gobierno de las leyes. Esta forma de concebir a la democracia ocasiona que nazca un efecto colateral en dos temas de importancia: la judicialización de la democracia y un nuevo papel del legislador. Por judicialización se debe entender a que el principal control de la justicia legal (constitucional) está en manos de un órgano superior y “tal órgano no es otra cosa que un Tribunal Superior (Corte Constitucional, Tribunal Constitucional)”<sup>59</sup>. Por el nuevo papel del legislador, se pretende indicar dos mandatos, derivados del conjunto de garantías liberales y sociales de todo Estado Constitucional de derecho, que obligan al legislador en dos formas: hacer y no hacer. Ferrajoli, también nos invita a concebir el nuevo papel del legislador en un Estado garantista y con una democracia sustancial. Si la democracia sustancial obliga a que hay espacios sobre los cuales *no se puede decidir*, también existe su contrapartida: *no sobre todo se puede dejar de decidir*. Las mayorías, no pueden decidir sobre *todo* pero incluso, por mayoría, no pueden dejar de decidir sobre *todo*. Los derechos de libertad constituyen esa área de *no*. Los derechos sociales forman parte de lo que *no, no*.

### III. La relación democracia y derechos fundamentales.

#### III.1. El paradigma de la democracia sustancial como definición de la relación entre la democracia y derechos fundamentales.

El sistema garantista contiene en su seno muchas tesis provocativas. Pero lo que más ha exigido la atención de los científicos sociales ha sido la fuerte relación que establece entre la democracia y los derechos fundamentales en un paradigma garantista: la democracia sustancial.

Ferrajoli acepta una tensión entre democracia y derechos fundamentales<sup>60</sup>. Para resolverla crea la figura llamada democracia sustancial.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, L. *El fundamento de los derechos fundamentales*. Op. Cit. Pág. 344.

<sup>59</sup> RENTERIA, A. “Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli”. *Isonomía*, 19, 2003. Pág. 248.

<sup>60</sup>No es la finalidad de este trabajo recorrer las diversas teorías que existen respecto al tema de la existencia o ausencia de la tensión entre democracia y derechos fundamentales. Dada la

Y así la democracia sustancial aparece en un escenario con cinco papeles estelares: 1) Elemento diferenciador de la democracia formal de la democracia de contenido; 2) Herramienta indispensable para garantizar los derechos de libertad y sociales y 3) Democracia sustancial un Estado de derecho; 4) Solución a la tensión entre derechos fundamentales y democracia, declinando la balanza a favor de los derechos fundamentales; y 5) Limitación al poder, a cualquier tipo de poder. Creo que Ferrajoli no innova en sus propuestas pues todas ellas ya han sido exigidas por los principales intelectuales del mundo. Pero el ensamblado constituye una aportación interesante aunque sujeta a críticas.<sup>61</sup> No obstante, cabe reconocer que la propuesta ferrajoliana significa un avance en la doctrina jurídica dada la forma en que entrelaza la democracia sustancial con Estado de derecho y la satisfacción a las garantías sociales. A pesar de que diversos teóricos ya han hablado sobre la necesidad y existencia de los derechos sociales<sup>62</sup>, es Ferrajoli quien asume una postura definitiva y se destaca entre ellos por la ferocidad dogmática con las que los defiende<sup>63</sup>. Pero quizás los puntos 1,3, 4 y 5 no tienen la misma suerte. Distinguir la democracia

---

teoría que en este momento estamos revisando (garantista) daremos por aceptada la existencia de tal tensión con base en las palabras del mismo Ferrajoli, refiriéndose al tema de la relación entre derechos fundamentales y democracia: “Yo no he pensado nunca que estos ‘dos criterios’ sean ‘armoniosamente compatibles’. Si no que, al contrario, he hecho explícita su oposición, afirmando que los derechos fundamentales son un límite y un vínculo a la democracia que he llamado formal” FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Op. Cit. Pág. 354.

<sup>61</sup> A propósito parecen oportunas las palabras de Bobbio cuando se expresa de la siguiente manera: “cualquiera que esté familiarizado con los textos de la teoría política, sabe que en ellos se retoman durante siglos unos pocos temas fundamentales, siempre los mismos. Por ello miro con desconfianza cualquier búsqueda de precursores, en la medida en que no existe precursor al que no se le descubran precedentes (como enseña la teoría del contractualismo)” BOBBIO. N. *Teoría general de la política*. Madrid, 2003: Trotta. Págs. 293-294.

<sup>62</sup> Cfr. ABRAMOVICH, V. y COURTIS C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, 2002: Trotta. Págs 36-54

<sup>63</sup> Un ejemplo del discurso ferrajoliano a favor de los derechos sociales lo constituye el siguiente texto: “Por otra parte el *Welfare State* no desarrolla a su vez una normatividad específica propia. No elabora una teoría del derecho del Estado social de derecho. No produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado. No da vida, en suma, a un garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad. Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones —la subsistencia, el empleo, la vivienda, la instrucción, la asistencia sanitaria— son así introducidos como ‘derechos fundamentales’: los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas (el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la instrucción, el derecho a la salud, el derecho a la información, y similares), que se colocan junto a los antiguos derechos individuales de libertad, concebidos, en cambio, como derechos a prestaciones negativas. Pero los nuevos derechos, bien o mal satisfechos por el Estado de bienestar según procedimientos de naturaleza prevalentemente política, permanecen, en lo que respecta a la forma jurídica, como simples proclamaciones de principio desprovistas de garantías efectivas. Si se exceptúan algunos sectores del derecho del trabajo en los cuales se ha desarrollado, gracias al conflicto obrero, una legislación garantista a favor de los trabajadores empleados —piénsese en Italia en la prohibición del despido sin justa causa, en el Estatuto de derechos de los trabajadores y en el nuevo proceso del trabajo— los nuevos derechos no reproducen, de hecho, el esquema clásico del ‘derecho subjetivo’. No siempre son generalizados y estabilizados mediante normas generales y abstractas; casi nunca son accionables y justificables por vía jurisdiccional; habitualmente no entrañan vínculos obligatorios, por lo que las correspondientes prestaciones no se configuran como cumplimientos de obligaciones taxativas sino como medidas discrecionales, a menudo, fuertemente potestativas, o incluso como beneficios *octroyés*. FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Op. Cit. Págs. 68-69.

formal de una sustancial ya está dado en otros planos, además Ferrajoli no justifica su preferencia y rehuye enfrentarlos. Por otro lado, democracia sustancial como sinónimo de Estado de derecho parece un agregado no justificado pues si la democracia sustancial es un Estado de derecho ¿por qué llamarla de otra manera? Otro punto, su intento de limitar el poder también topa con obstáculo: limita el poder de la mayoría a través de los derechos fundamentales pero estos a su vez son aplicados por los jueces y ¿quién limita el poder de los jueces? Ante ello, y finalmente, parece que la tensión entre derechos fundamentales y democracia no se soluciona y solamente se traslada a otro punto (el cual ya no es abordado por Ferrajoli. En las siguientes líneas intentaré explicar cada uno de estos puntos).

### **III.2. Democracia sustancial o social y Estado de derecho: ¿una misma figura?**

Uno de los estandartes ferrajolianos está constituido por el color de la democracia sustancial y su papel protector de los derechos fundamentales. Las implicaciones de esta denominación no parecen claras por las dos formas en que utiliza la expresión democracia sustancial. Utiliza la expresión para designar los límites de la actuación y omisión de un órgano de decisión en defensa de los derechos fundamentales. Es decir, llama democracia sustancial al que puede, que no puede y que no, no puede dejar de hacer la mayoría como actor decisivo en las políticas de un país o del mundo. Por otro lado, también llama democracia sustancial —y este es el sentido más enfáticamente subrayado— al Estado de derecho garantista. Estos dos usos permiten que su expresión democracia sustancial pase del plano político al plano jurídico sin una justificación adecuada. (La democracia sustancial no es lo mismo que los derechos fundamentales pero son un medio para proteger a los derechos fundamentales, es decir son una herramienta jurídica. Pero esa herramienta jurídica salta los límites de lo jurídico para la toma de las decisiones políticas, es decir de herramienta jurídica se convierte en herramienta política) Si la democracia sustancial está en el plano político es una figura fortísima que asfixia a la democracia política ¿pues que quedaría de ella?, Por el contrario si la democracia sustancial aparece en el lado jurídico la institución sería bastante débil pues un Estado de derecho inmovilizado eternamente olvida el dinamismo social y se vuelve anacrónico y obsoleto. Lo explicaré de otra manera: la distinción entre democracia y Estado de derecho es funcional debido a que hay una estrecha relación de ambos para asegurar la voluntad de los individuos y, a la vez, limitar las pasiones. La democracia es la voluntad y el Estado de derecho es el límite (también así lo ve Ferrajoli) pero ambas están inmersos en campos diferentes, aunque estrechamente relacionados: uno es el cambio y otro es la seguridad y la estabilidad. No obstante, la seguridad y estabilidad, al paso del tiempo, necesariamente tiene que sufrir cambios (no es posible imaginar un Estado de derecho inamovible eternamente); el Estado de derecho es un obstáculo al cambio en un momento determinado pero no es un obstáculo completamente insuperable. Con el reiterado ejemplo de Ulises y las sirenas<sup>64</sup> se puede explicitar lo que intento decir. Si bien Ulises indicó que

<sup>64</sup> Ejemplo recurrente en este tema y cuyo origen se debe a la exposición de Elster. Cfr. ELSTER, J. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México, 2000: FCE.

entre más fuerte fuera su solicitud de liberación, más deberían atarlo, se estaba refiriendo a una situación de peligro; una vez superado el peligro, la libertad tendría que llegar pues no podía quedar eternamente amarrado al mástil. Similar pasa con el Estado de derecho y la democracia. El Estado de derecho es lo inmodificable pero hay cosas que a pesar de ser inmodificables cambiando las circunstancias se tendrán que volver modificables. Por ejemplo, la Constitución Mexicana establecía dentro del área inmodificable (es decir en sus garantías individuales) en el artículo 20 Fracción I, en su primera versión, que el inculcado, inmediatamente que lo solicite deberá otorgársele la libertad bajo fianza. En otras palabras, si un inculcado era sometido a juicio la primera garantía consistía en otorgarle una fianza. El monto de la fianza atendía un monto máximo señalado por el legislador y las circunstancias del inculcado. En análisis posteriores, se detectó que por principio de beneficio al inculcado no bastaba, para fines de la fianza o monto de caución, atender las circunstancias del inculcado, pues además era necesario que fuera asequible a él. Por ejemplo alguien puede tener ingresos de 1000 pesos y la fianza se valoraba teniendo como parámetro esos 1000 pesos. Por el contrario la asequibilidad indica que alguien puede ganar 1000 pesos pero tener gastos de 950 pesos por lo cual la asequibilidad constituye un elemento diferente a la accesible. De esta forma, en una reforma posterior y previas discusiones por el legislativo, se consideró necesario modificar ese artículo (20 Fracción I) y considerar que “el monto y la caución deberán ser asequibles para el inculcado”. Hubo cambio de lo inmodificable. Por supuesto dirá Ferrajoli, pero el cambio fue en beneficio y nunca en perjuicio. Quizás pero con otro ejemplo podrá quedar evidenciado que el beneficio o perjuicio no es tan claro. La autonomía indígena reclamada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional ¿es benéfica o perjudicial? Para *todos* (en la expresión de Ferrajoli): defender el Estado de derecho como inmodificable (democracia sustancial) llevará a considerar que el constituyente no quería dividir la nación y por lo cual no reconoció a las comunidades indígenas. La política hacia los indígenas en el año 1917 era de homogeneizar a la nación. Hoy la óptica es diferente pero el cambio, de aceptar la tesis de la inmodificabilidad, parece imposible. Errar es humano y la posibilidad del cambio reconoce nuestra humanidad y no santifica a ningún constituyente por más próximo que esté del cielo. Por ello, mantener separado por un lado la función política de la democracia y por el otro la función jurídica del Estado de Derecho parece conveniente. La división permite asegurar que dentro del ámbito jurídico la toma de decisiones no sea arbitraria. Por el contrario, la fórmula política faculta la posibilidad de discusión, la toma de decisiones y la fundamentación de los ordenamientos jurídicos.

El derecho, como acertadamente lo manifiesta Ferrajoli, es una construcción humana y esa construcción humana fue elaborada con base en decisiones. El problema de fondo no es decir que algo es inmodificable o modificable, que algo es mejor o algo es menor. El verdadero problema consiste en tomar la decisión en una selección. La democracia, hasta el momento ha sido una de las mejores alternativas para la toma de decisiones. Por supuesto, la democracia entendida como una democracia cuya toma de decisiones sea razonada y no arbitraria. Por eso, las teorías sobre los procedimientos ideales de tomas de decisiones vendrían a complementar y a cerrar la propuesta Ferrajoliana.

Quizás Ferrajoli diga que su aportación tiene que ver más allá de la limitación y está encaminado a la satisfacción de las libertades y de los derechos sociales. Pero ¿acaso el estado de derecho no cumplía ya con esa función? Analicemos la situación del Estado de derecho.

Aquí es conveniente reafirmar la que establece Ferrajoli con el Estado de Derecho. Dice, nuestro autor que “llamaré democracia sustancial o social al ‘Estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales...”<sup>65</sup>. Repetimos, si la justificación es hacer una distinción del Estado de derecho a través de la democracia sustancial, también parece incesaría dicha distinción porque ya contamos con la figura de Estado de derecho<sup>66</sup>. Pero es posible que el Estado de derecho como producto del fenómeno garantista sea diferente al tradicional estado de derecho<sup>67</sup>. Comparemos propuestas.

El Estado de derecho, tiene, en la cultura occidental, dos principales modelos que se han impuesto: el alemán y el inglés. No obstante, a pesar de sus diferencias mantienen en común la idea de la limitación. El alemán es la limitación al estado y el modelo inglés es la limitación al poder político<sup>68</sup>. El profesor Böckenförde, señala que la democracia se ocupa de la titularidad del poder y el estado de derecho se ocupa del contenido del ejercicio estatal<sup>69</sup>. El primero responde a la pregunta ¿quién manda?; El segundo, ¿cómo manda? El primero es de sujeto; el segundo, de contenido. Ambos no están relacionados necesariamente, pues el Estado de Derecho puede existir sin el respaldo de la democracia como sucedió con el ejemplo alemán de la monarquía constitucional. Por otra parte, la democracia por ella misma no garantiza un Estado de Derecho pues solo existirá este en la medida de obligaciones y

<sup>65</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Op. Cit. Pág. 864.

<sup>66</sup> Una opinión bastante aguda sobre este punto es la de la profesora Anna Pintore: “Definir como ‘democracia sustancial’ al estado de derecho, equivale, de hecho, a otorgar una solución *semántica* a un problema *normativo*. Equivale a resolver *in limine* y de forma oculta, con una operación de limpieza lingüística, precisamente, el problema crucial de la justificación filosófica de las democracias constitucionales: el problema justamente de cómo conciliar el estado de derecho (contenidos) con la democracia (forma), de cómo resolver en un equilibrio aceptable la tensión entre los derechos fundamentales y el principio de autogobierno.” Pintore, A. *Derechos insaciables*. En A. De Cabo, G. Pizarrello. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, 2005: Trotta. Pág. 250.

<sup>67</sup> En sentido similar se manifiesta Bovero: “También por esto, creía equívoco denominar “democracia sustancial” al modelo de Estado de derecho propuesto por Ferrajoli. Sugiriendo mantener una clara distinción incluso léxica entre democracia y Estado de derecho, sostenía que el contenido (el ‘que’) de las decisiones colectivas no concierne a la democracia, en el único sentido para mi plausible y no eulógico del término: una decisión no es calificable como (más o menos) democrática a partir de su contenido, sino exclusivamente a partir de su forma.” BOVERO, M. “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta.” En A. DE CABO, G. PISARRELLO. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, 2005: Trotta. Pág. 236.

<sup>68</sup> El profesor Pereira sostiene que Rule a Law es mejor traducirla como “imperio de derecho” puesto que este nombre “subraya más la sumisión de la potestad política al derecho y no presupone un estado” PEREIRA, M. A. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madrid, 2003: Marcial Pons. Pág. 27. y más adelante agrega que “en el rule of law se presupone el gobierno limitado y el Derecho entendido como estado y su soberanía. Uno está en la tradición estatalista y el otro no, y eso está preñado de consecuencias.” Ídem, 43.

<sup>69</sup> BÖCKENFÖRDE, W.E. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid, 2000: Trotta. Pág. 119.

limitaciones, que a favor del individuo, se impongan<sup>70</sup>. Pero hay un punto en el cual convergen: la libertad. “Existe un campo en que la democracia y el Estado de Derecho se solapan y cubren el mismo contenido: es el grado en el que ambos se refieren a la libertad de los ciudadanos –aunque lo hagan con fines diferentes-”<sup>71</sup>. El Estado de derecho se ha visto como una conquista histórica cuyo concepto se ha venido moldeando de acuerdo a la filosofía jurídica o política que lo quiera emplear<sup>72</sup>. Conquista histórica pues es el resultado de la lucha contra el absolutismo del poder. El Estado de Derecho es la primera figura que impone una limitación al soberano en nombre de la ley y del beneficio común. En otras palabras, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica son los fines del estado de Derecho y que sólo se logran a través de un orden que deriva del ejercicio soberano, la división de poderes, la legalidad y el respeto por los derechos fundamentales.

En un estudio, que ha adquirido la reputación de clásico en el pensamiento jurídico español, el profesor Elías Díaz afirma que “No todo Estado es Estado de Derecho”<sup>73</sup>. En dicho trabajo, el profesor imprime las siguientes notas características del estado de derecho: a) el imperio de la ley; b) División de poderes; c) Legalidad y d) Derechos y libertades fundamentales<sup>74</sup>.

Si el Estado de derecho cumple la función de proteger a los derechos fundamentales ¿porque crear la figura de democracia sustancial? Quizás Ferrajoli agregaría que su aportación es la protección a los derechos sociales pues no se “ha realizado ni teorizado, en suma, un estado social de derecho, es decir, caracterizado —mas que por concesiones— por obligaciones taxativamente establecidas y sancionadas, por derechos claramente definidos y accionables frente a órganos públicos exactamente individualizados y, con ello, por la certeza, la legalidad y la igualdad en las satisfacción de las expectativas”<sup>75</sup>. El argumento, vista desde esta óptica, parece convencer. No obstante, si se trata de un estado de derecho peculiar es suficiente con caracterizarlo con el adjetivo de garantista para diferenciarlo de otros modelos de estado de derecho y no generar una figura, alegando un cambio de paradigma, en la democracia y sembrar el concepto de democracia sustancial.

Por otra parte, los derechos sociales ya son considerados parte esencial de los derechos fundamentales, en este caso, también el Estado de derecho, al volverse garante de los derechos sociales estaría satisfaciendo el requisito exigido por la teoría garantista. Es decir, los derechos ahora son, utilizando la expresión de Ruiz, límites al poder y prestaciones del poder”<sup>76</sup>. La preocupación por las garantías sociales es ajena, al menos hasta mediados del siglo veinte, a la preocupación liberal. Por supuesto, son razones históricas y contextuales las que hicieron que los liberales dirigieran la mirada a ellas y hoy,

---

<sup>70</sup> Ídem, 121.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> FERNANDEZ, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, 1984: Debate. Pág. 65.

<sup>73</sup> DIÁZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, 1998: Tauros. Pág. 29.

<sup>74</sup> Cfr. Ídem, 44.

<sup>75</sup> FERNANDEZ, E. *Derecho y Razón*. Op. Cit. Pág. 863.

<sup>76</sup> RUIZ, M. A. *Derechos liberales y derechos sociales*. Doxa, 15-16, 1994. Pág. 666.

las mismas razones y circunstancias, reclaman la atención. También, reconozcámoslo, el tema de los derechos sociales no tiene mucha novedad. No obstante la teoría garantista como ensamble de cada uno de los puntos ya evidenciados por diversos autores tiene el brillo, sino de la originalidad, al menos de la utilidad explicativa en conjunto.

### III.3. ¿Solución o traslado del problema?

El problema que presenta la democracia sustancial de Ferrajoli es que no determina (o si lo hace no lo hace convincentemente) quién y como se deberá decidir sobre el contenido de los derechos fundamentales. Ciertamente, hay dos afirmaciones respecto a la forma en que se determinan los derechos fundamentales: la primera consiste en señalar que la máxima kantiana (el hombre como fin y nunca como medios) deberá ser la estrella guía de las decisiones. Pero, a pesar de contar con esa guía, la solución no es de fácil arreglo pues las discusiones que pueden girar en torno al pensamiento de Kant son diversas<sup>77</sup>. La segunda, alude a razones históricas: “Se trata de una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó nunca del cielo sino que fueron conquistados por movimientos revolucionarios.”<sup>78</sup> Pero ¿cómo distinguir entre movimientos revolucionarios *sustanciales* y movimientos revolucionarios *formales*? En otras palabras, definir el contenido de los derechos fundamentales es una polémica permanente en los partidarios del constitucionalismo, o en palabras de Bayón “Ciertamente las concepciones de la justicia que asignan un papel central a la idea de derechos básicos pueden invocar fundamentos muy diversos y postular contenidos dispares; pero todas ellas no tendrán en común la específica configuración estructural resultante de los rasgos mencionados, que suele resumirse diciendo que los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Ernesto Garzón ha llamado «el coto vedado»”.

El mismo problema presenta Ferrajoli aunque un tanto más particularizado. Ferrajoli, como lo muestra Pintore —y en este párrafo la sigo a ella<sup>79</sup>, es un divisionista-iuspositivista. Es decir, acepta que los derechos fundamentales no provienen de una deducción lógica de la propia naturaleza de las cosas y que dependen de un acto de disposición (*auctoritas*). Es decir, alguien los pone y el que los pone los coloca por un acto de autoridad. Al depender de un acto de autoridad están a la suerte de la voluntad y esa voluntad puede ponerlos pero también quitarlos. El problema radica entonces en justificar esa autoridad y al final de cuentas la justificación de esa autoridad tiene que caer en la definición procedimental. En otras palabras, los derechos y los valores para un divisionista-iuspositivista como Ferrajoli existen porque alguien los pone y no porque se sustraigan de la naturaleza o de la razón.

<sup>77</sup> A pesar de ser kantianas las escuelas Marburgo (Cohen, Natorp) y de Baden (Windelban, Rieckert) mantienen diferencias con respecto a un mismo pensador. Cfr. DEELFGAAUW, B. La filosofía del siglo veinte. México, 1979: Prom. Pág. 45.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid, 2004: Trotta. Pág. 103.

<sup>79</sup> PINTORE, A. Op. Cit. Págs 247-265.



Es indudable que Ferrajoli rechaza la democracia política como mecanismo de aseguramiento para *poner* los derechos fundamentales<sup>80</sup>. Esto parece ser un atentado contra los individuos en su papel de la legítima voz para definir los intereses primarios y las necesidades vitales<sup>81</sup>.

Volvamos al problema e intentemos ver sus diferentes ángulos. ¿Quién define qué deberán ser los derechos fundamentales? Ferrajoli responderá: los movimientos históricos o los jueces. Es decir, los movimientos históricos cambiarán la constitución o los jueces aplicarán los principios constitucionales.

El primer punto, tomado como pilar, no me parece convincente debido a que los movimientos históricos pueden exigir variados derechos que no tutelen necesariamente a los derechos fundamentales. Los neo-nazis, el Ku Klux Klan, etc. Están esperando el momento histórico para lograr imponer sus ideales. Karl Popper en *La Sociedad abierta y sus enemigos* señaló las inconsecuencias del historicismo: imposibilidad de formular leyes universales, problema de fuentes, distintas interpretaciones. Reconocemos que Ferrajoli no puede ser considerado historicista debido a que su justificación última está en la máxima kantiana y en los valores de vida, dignidad, libertad y supervivencia. Reconocemos también que con la expresión movimientos históricos se está refiriendo a la materialización (poner en marcha) los derechos que nos corresponden por estar asociados con los valores previamente definidos. Entonces el problema, es sobre la decisión de definir esos valores.

Naturalmente Ferrajoli no lo considera así. Recordemos el papel fundamental que desempeñan los jueces en el sistema garantista. Los jueces, como hemos señalado en líneas arriba, tienen una función crítica y son los autorizados para la aplicación y determinación de la sustancia sobre lo formal. Verdad es que Ferrajoli niega el poder de la mayoría para que defina sobre el derecho de todos pero ¿por qué los jueces deben decidir sobre el derecho de todos? La respuesta parece evidente: porque los jueces son los únicos guardianes de la constitución e insistimos: *Quis custodiet ipsos custodes?* Apelando a la ya tradicional discusión entre Kelsen y Schmitt<sup>82</sup>, Ferrajoli voltea

---

<sup>80</sup> No acepta el procedimiento democrático pero en cambio si aprueba los movimientos revolucionarios para justificar los cambios en los derechos. Cfr. FERRAJOLI, L. *Razones Jurídicas del pacifismo*. Madrid, 2004: Trotta. Pág. 103.

<sup>81</sup> BOVERO, M. Op. Cit. Pág. 236.

<sup>82</sup> Un preámbulo atractivo al problema lo constituye la obra de la jurista italiana Gianformaggio, quien abre con estas palabras: "al inicio de los años treinta, tuvo lugar en Alemania una famosa polémica acerca de las garantías constitucionales entre dos juristas y teóricos del derecho y de la política, cuyas elaboraciones, cincuenta y cinco años después, no cesan de estimular análisis y reflexiones.

Me refiero a la discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen acerca del 'custodio de la constitución'. Fue conducida por ambas partes con tal apasionamiento polémico y con tal imperiosa rotundidad del juicio crítico negativo acerca de la teoría del adversario en su conjunto, que bien puede no sólo y no tanto sujeta como dominada —se diría— por la pasión y por el compromiso político-civil. Ahora bien, como sucede muy a menudo con relación a hechos culturales de tal magnitud, el revés político del debate y, en general, de la cuestión, ha capturado el interés de los lectores intérpretes mucho más que el revés científico —que, por lo demás, no quedó sin analizar—, y esto puede explicar el porqué se considera no del todo inoportuno insistir sobre una materia tan conocida" GIANFORMAGGIO, L. *Estudios sobre Kelsen*. México, 1994: Fontamara. Pág. 11.

del lado de Kelsen. Quizás, la fortaleza de los jueces y asignarles el papel de los guardianes de la constitución intuitivamente parece correcta. Pero hay muchas cosas que hacen dudar de ello. En primer lugar ¿cómo deciden los jueces en última instancia y una vez agotados todos los mecanismos de solución legales? No hay duda: los jueces resuelven a través de una regla formal de la mayoría. Los tribunales de todos los países del mundo tienen como última instancia el cuerpo colegiado. En esos cuerpos colegiados las decisiones son sometidas a votación: a una regla de la mayoría. Y aquí parece que hay una contradicción: rehúso la regla de la mayoría en la democracia sustancial porque carece de contenido pero la democracia sustancial al llegar a los tribunales tendrá que ser resuelto a su vez por una regla de la mayoría<sup>83</sup>. Es como si dijéramos: ese camino nunca lo voy a recorrer pero después de buscar diversas alternativas encuentro que el único camino que me lleva a donde quiero ir es aquel que rechace, pero ahora sí lo acepto. ¿Es esto lo que propone Ferrajoli?

De ser así, su fórmula es aun más peligrosa que la misma regla de la mayoría de la democracia política. Yo, ciudadano, no estoy sujeto a la mayoría sino a una minoría —que a su vez es mayoría en un tribunal colegiado— minoría que puede presentar fuertes cargas ideológicas y políticas.<sup>84</sup> Por supuesto, si he de preferir un mal menor, seleccionaré a los jueces antes que a los legisladores pero la meta es desaparecer la posibilidad del abuso de poder en el que pueden incurrir unos u otros. Creo que lo importante no es ¿quién toma las decisiones? Si no, ¿cómo se toman las decisiones?

El temor ante los jueces está justificado y no es un argumento banal. Ya hemos dicho en líneas arriba, que en los cuerpos colegiados la forma de tomar decisiones es a través de la regla de la mayoría pero también es necesario agregar la forma individualizada de decisión de los jueces. Aceptar que hay un grado de creatividad en el proceso de aplicación de las leyes y su interpretación en la actividad judicial es reconocer que el juez puede elegir entre alternativas. Esa posibilidad de elección implica necesariamente una incertidumbre para el que espera la resolución judicial y convierte al juez, dada su posición y las consecuencias de sus decisiones, en una figura poderosa políticamente<sup>85</sup>.

Comparto con Ferrajoli que el derecho de todos al ser de todos no puede ser decidido por una mayoría pero *a fortiori* tampoco puede ser decidido por un sector. Quizás si Ferrajoli aceptara algunas teorías que complementarían la

<sup>83</sup> Bayón expone con lucidez el siguiente planteamiento: “Porque nos hace ver que la verdadera regla de decisión colectiva con la que se compromete quien acepta la primacía de una Constitución considerablemente rígida, combinada con un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad, no es en realidad ‘lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos’, sino —en la práctica— ‘lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos.’” BAYÓN, C. “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En J. BETEGÓN, F.J. LAPORTA, J.R. De PARAMO y L. P. SANCHÍS. (Cords). Constitución y derechos fundamentales. Madrid, 2004: Ministerio de la presidencia. Pág. 215.

<sup>84</sup> Cfr. KENNEDY, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, 1999: Siglo del hombre. Pags. 34 y sigs.

<sup>85</sup> Cfr. GUARNIERI C. *Los jueces y la política*. Madrid, 1999: Tauros. Págs 22 y sigs.

parte de la determinación de los derechos fundamentales sustentados sobre principios de argumentación o de deliberación podría encontrar herramientas útiles para cerrar su teoría garantista. Es decir, la propuesta garantista es una alternativa interesante para el derecho. Las garantías como carácter distintivo de los sistemas normativos son una postura fuerte y con amplias posibilidades de triunfo. No obstante la ausencia de un centro legítimo de tomas de decisiones impide que su garantismo sea completo.

#### **III.4. A manera de conclusión.**

Democracia y derechos fundamentales constituyen las columnas arquitectónicas sobre las cuales se sustenta o aspira cimentarse toda organización política que quiera preciarse de avanzada. No obstante, pareciera ser que ambos, más que como buenos amigos, se presentan como rivales de competencia, donde la primacía de uno implica el sometimiento del otro. Por supuesto, el grado de tensión o armonía entre ellos depende en gran medida de lo que se quiera entender por democracia y por derechos fundamentales. Pero algo es indudable: al ser diferentes no cualquier ensamble los une exitosamente. Es decir, al no ser lo mismo democracia y derechos fundamentales el fracaso o el éxito en la combinación es el resultado de limitar adecuadamente los alcances de cada uno de ellos.

Una alternativa reciente lo constituye la teoría garantista de Luigi Ferrajoli y su propuesta democrática. La democracia, en la teoría garantista, está integrada por dos dimensiones: la política y la sustancial. La primera solo es una regla formal de toma de decisiones y no persigue valores determinados; La segunda es la sustancia de las mismas decisiones y sus fundamentos son los valores en los cuales, también, se apoyan los derechos fundamentales. Además, a pesar de ser diferentes, democracia sustancial y derechos fundamentales, ambas tienen un fundamento común: la vida, dignidad, libertad y supervivencia. Ello ocasiona que estén hermanados por un fundamento común. Y ante ello, la democracia política y la democracia sustancial comparten el escenario de las decisiones. Una señalando el modo de tomarlas y otra indicando sobre cuales se debe o no tomar decisiones. Este escenario es el lazo de conexión entre las dos especies de democracia.

Insistimos: la democracia sustancial, al mantener relaciones con los derechos fundamentales y la democracia política, adquiere una relevancia primordial en el modelo garantista. Es el punto de convergencia entre lo político y lo jurídico. Entre la legitimación interna y legitimación externa, entre validez y vigencia. La democracia sustancial se convierte en una idea de Estado de derecho social. Estado de derecho en el cual adquieren relevancia los derechos sociales y las declaraciones internacionales como normas que requieren de garantías de protección y satisfacción.

Por todo lo anterior, Ferrajoli, resuelve la tensión entre derechos fundamentales y democracia con una superioridad de los primeros sobre la segunda. Esta superioridad debe entenderse, con base a los presupuestos ferrajolianos como una supremacía de lo jurídico sobre lo político y que en

términos materiales se concretiza en una superioridad de los jueces sobre los legisladores.

Pero, y finalmente, la falta de una filosofía política completa deja inconcluso los temas de reforma constitucional y el problema de la decisión última. ¿Quién decide qué son derechos fundamentales en última instancia?

La propuesta ferrajoliana es un ensamble jurídico útil pero, al parecer, carece de un fundamento último que se constituya en el mecanismo de acción de su propia construcción. Quizás, si la teoría ferrajolina fuese complementada con una teoría de un procedimiento ideal de toma de decisiones, lograría salvar este obstáculo y cerrar plenamente su obra.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. Y COURTIS C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, 2002: Trotta.
- BACCELLI, L. "Derechos sin fundamento." En A. De Cabo, G. Pissarello. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs 75-104). Madrid, 2005: Trotta.
- BAYÓN, C. "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo." En J. BETEGÓN, F.J. LAPORTA, J.R. DE PARAMO y L. P. SANCHÍS. (Cords). *Constitución y derechos fundamentales* (págs. 67-138). Madrid, 2004: Ministerio de la presidencia.
- BÖCKENFÖRDE, W.E. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid, 2000: Trotta
- BOLAÑOS B. "La estructura de las expectativas jurídicas." En M. Carbonell, P. Salazar (eds), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 293-318). Madrid, 2005: Trotta.
- BOBBIO, N. *Teoría general de la política*. Madrid, 2003: Trotta.
- BOVERO, M. "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta." En A. DE CABO, G. PISSARELLO. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs 75-104). Madrid, 2005: Trotta.
- DEELFGAAUW, B. *La filosofía del siglo veinte*. México, 1979: Prom.
- ELSTER, J. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México, 2000: FCE.
- DIÁZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, 1998: Tauros. Pág. 29.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, 2005: Thomson
- FERNANDEZ, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, 1984: debate.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Madrid, 1995: Trotta.
- FERRAJOLI, L. "Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: Un constitucionalismo global." En *Isonomía*, 9, (173-184), México, 1998.
- FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, 2000: Universidad externado de Colombia.
- FERRAJOLI, L. "Garantías." En *Jueces para la democracia. Información y debate*, 38, (39-47) Madrid, 2000.

- FERRAJOLI, L. "Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero". En *Isonomía*, 19, México, 2003.
- FERRAJOLI, L. *Razones Jurídicas del pacifismo*. Madrid, 2004: Trotta
- FERRAJOLI, L. *Epistemología jurídica y garantismo*. Madrid, 2004: Fontamara.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, 2004: Trotta.
- FERRAJOLI, L. *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, 2005: Trotta.
- GIANFORMAGGIO, L. *Estudios sobre Kelsen*. México, 1994: Fontamara.
- GUARNIERI C. *Los jueces y la política*. Madrid, 1999: Tauros
- KENNEDY, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, 1999: siglo del hombre.
- PECES-BARBA, G. *Curso de derechos Fundamentales. Teoría general*. Madrid, 1999: BOE.
- PEREIRA, M. A. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madrid, 2003: Marcial Pons.
- PINTORE, A. "Derechos insaciables." En A. De Cabo, G. Pizarrello. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs 75-104). Madrid, 2005: Trotta.
- RENTERÍA, A. "Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli." *Isonomía*, 19. 241-266, 2003.
- RUIZ, M. A. (1994). "Derechos liberales y derechos sociales." *Doxa*, 15-16, 651-674).
- VITALE, E. "¿Teoría general del derecho o fundación de una republica óptima?" En En A. DE CABO, G. PISARRELLO. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs 75-104). Madrid, 2005: Trotta.
- ZAGREBELSKY G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, 2005: Trotta.
- ZOLO, D. "Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los 'Derechos fundamentales'. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli". En A. De Cabo, G. Pizarrello. (eds), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs. 75-104). Madrid, 2005: Trotta.