

EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. LINEAMIENTOS GENERALES*

Rodolfo MORENO CRUZ**

RESUMEN: Uno de los logros indiscutibles de la propuesta de Luigi Ferrajoli ha sido la elaboración del concepto de “garantismo” como la base de una teoría del derecho. El presente artículo trata de ofrecer una visión panorámica de la obra de Luigi Ferrajoli y sus críticos.

Palabras clave: Garantismo, teoría del derecho, democracia, derecho constitucional, filosofía del derecho.

ABSTRACT: *One of the indisputable achievements of Luigi Ferrajoli's proposal has been the elaboration of the concept of “guarantism” as the base of a theory of the law. This article shows a global vision of the work of Luigi Ferrajoli and his critics.*

Descriptors: *Guarantism, Theory of the law, democracy, constitutional law, Philosophy of law.*

* Artículo recibido el 26 de febrero de 2007 y aceptado el 26 de marzo de 2007.

** Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México.

SUMARIO: I. *Preliminares*. II. *El modelo garantista*. III. *Las críticas*. IV. *A manera de conclusión*.

I. PRELIMINARES

Existen poderosas razones para decir que la publicación, en 1989, de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* colocaron a Luigi Ferrajoli en el escenario internacional. Por supuesto no era su única obra, y quizás, tampoco, la más importante.¹ Pero si *Derecho y razón*² marcó un paso importante para su autor, no fue sino hasta 1998 cuando —en virtud de la polémica desatada por motivo de su artículo denominado *derechos fundamentales*— comienzan las dinámicas discusiones en contra de su propuesta. Aunque pareciera ser que el debate se ha centrado más en su propuesta de la relación entre democracia y derechos fundamentales que en la totalidad de su proyecto. Pero si se ve con más detalle la discusión, se podrá observar que los embates van en contra del núcleo duro de la propuesta y, en consecuencia, de las bases que sostienen el edificio ferrajoliano.

En los siguientes apartados se hará una brevísima exposición del modelo garantista (II); en seguida, se expondrán las críticas dirigidas en contra de la propuesta ferrajoliana, y las principales respuestas de Ferrajoli a sus críticos. (III); finalmente, y a manera de conclusión, se realizará una resumida valoración de las contribuciones ferrajolianas al mundo jurídico (IV).

II. EL MODELO GARANTISTA

Textualmente, Ferrajoli reconoce tres acepciones de garantismo.³ A pesar de ello —y de una lectura rigurosa de su propuesta—, por

¹ Si bien, hasta el momento *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* ha sido la propuesta más acabada del autor en estudio, su obra en constante elaboración impide señalar la valoración completa de sus diversas propuestas. Aun más: fuertes expectativas ha creado el anuncio de que ahora sí, por fin, aparecerá publicado su tan anunciado trabajo de *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*. Trabajo que, desde luego, por los años invertidos en su elaboración, la madurez intelectual del autor y la importancia del tema a tratar (la relación entre el derecho y la democracia) provocarán interesantes debates en el campo jurídico-político.

² Traducido al español en su primera edición en 1995.

³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001, p. 851.

garantismo, Ferrajoli, enuncia dos significados genéricos: un modelo de derecho y una propuesta de teoría general del derecho.⁴ El primer supuesto se presenta como una alternativa al Estado de derecho; el segundo, como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. Ambos significados confluyen en un axioma distintivo: el derecho como garantía de limitación al poder.

Ya en anteriores escritos había señalado con claridad 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”.⁵ Su inquietud, desde luego, es una de las intranquilidades que siempre han impacientado a los pensadores de corte liberal.⁶ Ante ello, el jurista italiano no duda en asumir una postura respecto al derecho: el derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos.

Pero retomando las acepciones de garantismo, es oportuno desglosar brevemente cada una de ellas. Insistiendo: primero se desarrollará el tema del garantismo como modelo alternativo de Estado de derecho (1); y, en seguida, se explicará el garantismo como propuesta de una Teoría general del derecho (2).

1. *Garantismo como un tercer modelo de Estado de derecho*

A. *Estado de derecho en el plano interno*

Ferrajoli no ha dudado en calificar a su propuesta como Estado de derecho garantista o como un tercer modelo de Estado de derecho.⁷ Defiende su alternativa con base en las críticas que le dirige al Estado de derecho liberal. Esta propuesta, mencionará, es el resultado de

⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 290; véase también Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 47.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 121.

⁶ Se utiliza aquí el término liberalismo como sinónimo de la Teoría política liberal originada en el pensamiento de John Locke y cuyo representante más autorizado en los últimos años ha sido John Rawls.

⁷ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 13-30.

las insuficiencias del modelo liberal del Estado de derecho. Recordará que dichas insuficiencias descansan en tres ideas básicas. Primera idea: insuficiencia del Estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas. Segunda idea (íntimamente relacionada con la primera): necesidad de revisar los alcances de la legalidad. Tercera idea: proyección del modelo garantista a nivel global en virtud de la decadencia del concepto de soberanía.

Respecto a la primera idea, Ferrajoli aludirá a la circunstancia de la libertad de mercado como objetivo específico del modelo liberal. El Estado del derecho liberal al preocuparse únicamente por la libertad de mercado, la intervención mínima y la seguridad frente al poder, olvidó las diferencias de carácter económicas y sólo facilitó la ampliación de dichas desigualdades. Ante esta situación, y al intentar superar las desigualdades, creo una Estado de bienestar (*Welfare State*) pero no un Estado social de derecho. El *Welfare State* al carecer de normatividades específicas (es un modelo liberal sin una filosofía propia y sin una concepción del derecho específica) facilitó una triple crisis: ilegalidad, secreto del aparato estatal e irresponsabilidad de la clase gobernante. Surge la ilegalidad debido a que el cumplimiento de las prestaciones sociales se hace fuera del marco de la ley y sólo si satisfacen las necesidades de los grupos de presión más fuertes en el mercado político. Además, esta forma de llevar a cabo las prestaciones sociales desencadena la existencia de “poderes ocultos e ignotos” cuyo resultado es un secretismo estatal. Finalmente, ante los acuerdos del mercado político y el secretismo estatal, se incrementa la irresponsabilidad de la clase gobernante. Ante esta situación, la propuesta ferrajoliana se presenta como una alternativa que genera la multiplicación de las garantías de los derechos individuales tradicionales y, además, asegura la protección de los derechos sociales desconocidos y abandonados por las teorías tradicionales.⁸ Para lograrlo, es necesario, como hemos mencionado, una filosofía propia y una concepción del derecho específica, y las encontrará en su propuesta. Dirá, con base en su alternativa, lo siguiente:

⁸ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo...*, cit., nota 5, p. 88.

Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción *ex lego*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad.⁹

Lo anterior le permite asegurar sobre su modelo que es un Estado liberal mínimo y, al mismo tiempo, Estado social máximo.

Ahora bien y por lo que se refiere a la segunda idea (revisión de los alcances de la legalidad), Ferrajoli, de nueva cuenta, nos invita a pensar esta conceptualización como una nueva forma de ver al Estado de derecho: un Estado de derecho garantista y recogido por los Estados constitucionales donde la mera legalidad y la estricta legalidad son sus fuentes de legitimación. En palabras del autor:

En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial (DR, 857).

Superando la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, el Estado de derecho garantista se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; al contrario, ahora la política deberá ser el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales.

Si lo vemos de cerca, la propuesta ferrajoliana rechaza la tesis kelseniana de la validez, únicamente en virtud de la legitimación formal. Esto es, para este autor, el derecho además de la legitimación formal (estricta legalidad) también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales (legitimación sustancial).

⁹ Ferrajoli, Luigi, "Pasado...", *cit.*, nota 7, p. 24.

Como ya se dijo en otro momento,¹⁰ es importante destacar que Ferrajoli cuida de distinguir con precisión las confusiones que se pueden originar por motivo de los derechos fundamentales. Expresa que a la pregunta ¿qué son derechos fundamentales? Hay varias posibilidades de respuesta según se 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. Y, por último, a la pregunta ¿qué son? Se responderá con una elaboración convencional y no referida ni a un ordenamiento determinado ni a un valor en específico.

Las preguntas que interesan para esta exposición sólo son la segunda y la tercera, pues la primera corresponderá a cada ordenamiento jurídico en especial. 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. 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 de 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.

Ahora bien y por lo que se refiera a la segunda pregunta (y aquí está el núcleo de su propuesta sobre el tema de los derechos fundamentales) explicará la necesidad de una respuesta convencional que no apele a criterios valorativos o positivados en un ordenamiento específico. Y con esto en mente elaborará el siguiente concepto.

¹⁰ De aquí en adelante, y por lo que se refiere al punto de la democracia y derechos fundamentales, se sigue con modificaciones lo ya expuesto en otro documento de la misma autoría que esto escribe. *Cfr.* Moreno, Rodolfo, "Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 3, verano de 2006. ISSN 1698-7950, página electrónica: <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf>, pp. 3-39.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (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 de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.¹¹

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.

El cuantificador lógico permite distinguir entre los que son y los que no son derechos fundamentales. 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”. Y normativamente reconocidos están aún vigentes dos tipos de *status*: la ciudadanía y la capacidad.

Estas distinciones (la ciudadanía y la capacidad) abren dos divisiones para identificar a los derechos fundamentales. Primera división: ciudadanos y no ciudadanos (por eso el habla de todos o sólo los ciudadanos). Ese “todos” tiene los derechos de la personalidad, y el “sólo” 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. 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 sólo 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

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos...*, cit., nota 4, p. 19.

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). 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.

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. 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). 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.

Ahora debemos preguntar ¿cuáles son las repercusiones de estos aspectos —universalidad, derecho subjetivo, expectativa, etcétera— 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. 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. Es la tercera tesis el origen de su concepción democrática y por ello se impone dedicarle algunos renglones.

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 cómo 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

Así establecida su definición, y la tipología derivada de ella, considera los méritos 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.¹²

Reconoce las limitantes de ese “todos” pues sólo 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 más se generalice el *status*, mayor será la democratización, y entre más se restrinja será menor.

Finalmente, y para concluir este apartado con la tercera idea (proyección del modelo garantista a nivel global en virtud de la decadencia del concepto de soberanía), Ferrajoli se ocupará del concepto de soberanía.

Para el pensador italiano, la soberanía representa un “residuo pre-moderno” de “rasgos absolutistas” que tiene tres principales dificultades: Primero, como concepto filosófico-jurídico (aporía filosófica-jurídica); segundo, como institución política (aporía filosófica-política); y, tercero, como elemento de consistencia y legitimidad en relación con la teoría del derecho (aporía de la relación soberanía-teoría del derecho).¹³

En la primera parte de su exposición, y en relación con la aporía filosófica-jurídica, el profesor italiano descifra las características absolutistas que han estado presentes en la idea de soberanía.¹⁴ Él considera que la soberanía externa es la primera en contar con un respaldo teórico, y adjudica al teólogo español Francisco de Vitoria la

¹² *Ibidem*, p. 21.

¹³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 124-127.

¹⁴ Es importante aclarar que para nuestro autor es necesario distinguir entre soberanía interna y soberanía externa. Ambas son beneficiarias de las tradiciones del derecho natural que proviene de variantes diversas.

primacía en la elaboración de una teoría propia y original del concepto jurídico de soberanía. Rescata, del pensamiento de Vitoria, tres ideas básicas: “a) La configuración del orden mundial como sociedad natural de Estados soberanos; b) La formulación teórica de una serie de derechos naturales de los pueblos y de los Estados; y c) La reformulación de la doctrina cristiana de la ‘guerra justa’ por él definida como sanción jurídica frente a las *iniuriae* recibidas”.¹⁵ El primer punto marca la diferencia entre la concepción medieval y la moderna: los Estados son ahora independientes y no dependen de un mandatario universal, de un emperador o del papa; esta independencia señala la atribución de sujetos jurídicos a los Estados, quienes encontrarán en la democracia un respaldo a su forma de organización y políticas externas. El segundo punto, consecuencia del primero, otorga a los Estados ciertos derechos naturales; el primer derecho natural es el *ius communicationis*, el derecho a que los Estados entren en comunicación y establezcan relaciones, y que se desarrollan en el *ius peregrinandi et degendi* (derecho de movilidad por tierra y por mar), el *ius commercii* (el comercio en el ámbito internacional), el *ius occupationis* (ocupación sobre tierras baldías) y el *ius migrandi* (el derecho de viajar de uno a otro país, y adquirir los beneficios respectivos); el segundo derecho natural es el *ius praedicandi et annunciandi evangelium*, es decir el derecho de predicar y anunciar el evangelio —por parte de europeos— y el deber de los indios de obedecerlo so pena de corrección y sanción; y el tercer derecho natural, el derecho a la guerra para el caso de que los indios no se dejaran convencer. Finalmente, la tercera idea que selecciona de Vitoria es su elaboración de la guerra justa como elemento necesario para mantener la seguridad del derecho internacional, pues ante la carencia de un tribunal internacional, sólo queda este medio para asegurar la efectividad de la justicia internacional.

Por otra parte, y en atención a la figura política que implica la soberanía, Ferrajoli manifiesta que en el ámbito interno, el concepto de soberanía se convirtió en el sustento del poder absoluto y hace notar que “esta figura designa, a un mismo tiempo, una fuente suprema y no derivada, y se convierte en base de todo el aparato conceptual del

¹⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos...*, cit., nota 13, p. 128.

positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho”.¹⁶

Ambas características en unión, generan una influencia, hoy en crisis, sobre la teoría del derecho. 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. A finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX inició y permanecieron “dos líneas de evolución paralelas pero opuestas”. La limitación de la soberanía interna y la absolutización de la soberanía externa. La primera, como consecuencia de los límites constitucionales que se realizan en todos los Estados democráticos de derecho y materializados por los derechos fundamentales, principio de legalidad y división de poderes. La segunda, por los extremos del “estado salvaje” que se vivieron (y aún se vive) con las guerras mundiales, las intervenciones armadas de países poderosos en contra de los débiles. Esta situación repercute en la teoría del derecho, pues la soberanía ya no puede seguir siendo considerada como un poder absoluto, tanto en el ámbito interno como en el ámbito externo, pues la soberanía, así concebida “es la negación misma del derecho”. Pero un avance, reconoce el catedrático, lo constituye la creación de la ONU, el establecimiento de tribunales internacionales y de órganos mundiales de protección a los derechos humanos que han repercutido en la concepción clásica de la soberanía externa, y que se vislumbra como una fuerte esperanza de acabar con el “estado salvaje” en que se vive en la comunidad internacional. Y aquí es donde centra, Ferrajoli, la siguiente propuesta del Estado de derecho en el ámbito externo: un Estado de derecho anclado en un constitucionalismo global y una democracia cosmopolita que rebase el “estado salvaje” de la comunidad internacional.

Los anteriores renglones (sobre el constitucionalismo global y una democracia cosmopolita) ameritan un apartado específico, y ese será tratado a continuación.

B. Estado de derecho en el plano internacional

Una parte de la obra de Ferrajoli está enfocada a tratar el fenómeno de la globalización y sus consecuencias en la organización polí-

¹⁶ *Ibidem*, p. 134.

tica y jurídica mundial. Esta atención reposa sobre una evidente base fáctica:

En la era de la globalización, en efecto, el destino de cualquier país, con la única excepción de los Estados Unidos, depende cada vez menos de las decisiones internas adoptadas por sus gobernantes, sobre todo si se trata de países pobres, y cada vez más de decisiones externas, adoptadas en sedes o por poderes políticos o económicos de carácter supra o extra estatal.¹⁷

Para lograr su objetivo, el profesor florentino hace uso de su propuesta garantista (en los tres sentidos) y retoma la idea de la limitación al poder. Consciente de que los peligros latentes del abuso del poder también se expanden al ámbito internacional (el abuso de los países más poderosos sobre los más débiles, el gobierno de los ricos sobre los pobres) pugna por una democracia internacional. Entendida ésta como el resultado de la participación, en plano de igualdad, de todos los países y bajo el marco de respeto a los derechos fundamentales.

Su propuesta, manifiesta, debe distinguirse claramente de un gobierno mundial. El gobierno mundial ubica en una cúspide el mandato y no necesariamente legítimo y protector de los derechos fundamentales y de las garantías; por otro lado “la democracia internacional, en cambio, supone, un ordenamiento basado en el carácter democrático-representativo de los órganos supra-estatales y, sobre todo, en su función de garantía de la paz y de los derechos fundamentales de los hombres y los pueblos”.¹⁸ Ferrajoli se sirve, pues, de los conceptos previamente elaborados en su teoría garantista: la necesidad de una democracia sustancial protectora de los derechos de libertad y sociales de los individuos y de los países. Ferrajoli utiliza este marco conceptual para enfrentar los graves peligros que enfrenta la humanidad: la guerra y la destrucción, y con ello resaltar el papel de la paz y el respeto a los derechos fundamentales en las relaciones internacionales.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 72.

¹⁸ *Ibidem*, p. 81.

Ferrajoli manifiesta que los derechos fundamentales tienen una estrecha relación con la paz, ya que la paz es el medio para asegurar la vida y la supervivencia, valores que fundamentan a los derechos fundamentales. Por ello, para el profesor italiano, la garantía de la paz establece el límite de lo que los Estados no deben hacer: la guerra o los crímenes contra la humanidad, y como consecuencia, Ferrajoli no comparte, en absoluto, los criterios de guerra justa, guerra ética, guerra humanitaria o guerra en defensa de los derechos humanos. No hay, expresará en su reclamo a la intervención de la OTAN contra la federación yugoslava, una clara justificación moral, pues ésta dependería de los criterios que sirvieran para determinar el bien sobre el mal,¹⁹ pero sí hay claridad en cuanto a la ilegalidad de las guerras. Apelando al contenido del preámbulo y del artículo 11 de la carta de la ONU, afirma: la guerra —cualquier tipo de guerra— es ilegal.

Las causas de la guerra, para Ferrajoli, son muy claras: la política imperial, la desatención de los necesitados y la destrucción del ambiente. La política imperial, como la que desarrolla Estados Unidos, es un latente peligro para la paz. Es peligroso porque los países sometidos, constantemente buscarán su liberación y se vivirá en un acoso de guerra permanente; por ello, aunque se pueda ver como una ley del más fuerte, a la larga ni el mismo se verá beneficiado ya que —cita a Hobbes— el más débil siempre tendrá alguna posibilidad de matar al más fuerte. Por otro lado, la desatención de los necesitados en los que se agrupa el conjunto de los países que tienen problemas de hambre, miseria y enfermedades, también constituye una bomba de tiempo pues es irreal considerar que las cosas permanezcan indefinidamente como están. El cambio llegará por la vía violenta o por la razón artificial que es la democracia internacional. Agrega, nuestro autor, otra preocupación fundamental ligada al tema de la vida y la supervivencia: la protección del medio ambiente. La crítica del enriquecimiento indebido de las empresas de los países más ricos a cambio del uso de bienes comunes y generalmente con grave daño ecológico constituye una de las convicciones básicas de Ferrajoli. No encuentra una respuesta racional al uso y explotación de bienes comunes de la humanidad como las órbitas satelitales, bandas de éter,

¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

recursos marítimos, agua y en general todo tipo de espacios naturales a cargo de los poderosos que nunca dejan una beneficio a los países más necesitados.

Reconoce que su propuesta tiene que enfrentar, en el nivel internacional, dos cambios de ideas: la democracia anclada en la figura del Estado y la superioridad de la política sobre el derecho. Estas ideas, representantes fieles del pensamiento tradicional y decimonónico, deben sustituirse por una democracia, sin requerir de una conexión necesaria con el Estado y la superioridad del derecho sobre la política. Por lo que se refiere al primer punto, el jurista italiano encuentra dos problemas: 1) La relación democracia y nación; 2) La relación democracia y derecho positivo. Respecto al primer problema escribe: “¿existe un nexo entre el *demos*, entendido en su sentido comunitario —esto es, como ‘nación’, como ‘cuerpo colectivo’ o como conjunto de individuos unidos por una lengua, una cultura y unos valores comunes— y la democracia?”.²⁰ Su respuesta no deja lugar a dudas: la relación entre *demos* (en sentido comunitario) no está relacionado necesariamente con la democracia. Un ejemplo claro lo muestra con la Unión Europea; en su opinión, él considera que no puede hablarse de un pueblo europeo pues no hay homogeneidad cultural entre los distintos países europeos. En tanto que enfrenta el segundo problema desde la óptica de la crisis de la soberanía que hoy a desplazado a los derechos positivos locales por un derecho positivo internacional. Por lo que se refiere al segundo punto, reafirma que el modelo garantista en el ámbito internacional también implica un sometimiento de lo político a lo jurídico. Manifiesta que a pesar de que el paradigma constitucional garantista nació pensado para el Estado nacional, es un modelo aplicable a cualquier tipo de ordenamiento, pero es indispensable superar las barreras de la soberanía y la instauración de una ciudadanía universal. Sobre este último punto —ciudadanía universal— reiteradamente se ha expresado Ferrajoli. Califica de *apartheid* de masas las reglas que sobre inmigración establecen los países ricos en perjuicio de los pobres, y considera que hoy también se debe hablar de un asilo por lesiones a los derechos de

²⁰ *Ibidem*, p. 138.

subsistencia.²¹ Invoca el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para justificar el derecho universal de emigrar y reconoce que no se trata de un derecho fundamental novedoso, pues su fundamentación ya había sido justificada desde muchos años atrás por el filósofo europeo Francisco de Vitoria en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* para respaldar la invasión de Europa sobre el nuevo mundo. Por ello califica a la Ley Bossi-Fini contra la inmigración como una ley racista, excluyente, que en lugar de resolver el problema lo acrecentará más y con graves consecuencias para la vida democrática del país.

Para lograr la democracia internacional propone tres medidas de acción: 1) Un órgano legítimo que organice a las naciones; 2) La promoción de la paz y 3) Una jurisdicción penal internacional. Para el jurista italiano, la ONU es un buen principio de ese órgano legítimo al que está haciendo referencia, y no se reserva frases de optimismo para él. No obstante, reconoce la etapa embrionaria que está viviendo, así como la falta de democracia en su interior, y la ausencia de garantías para hacer efectivas las declaraciones sustanciales en materia de derechos fundamentales. Ofrece alternativas de crecimiento, y por supuesto exige la apertura democrática. El Consejo de Seguridad de la ONU, constituida por los países vencedores de la Segunda Guerra Mundial, afirma que es una limitante para poder consagrar esa democracia internacional que persigue. Es necesario, reitera, “la eliminación del Consejo de Seguridad o al menos de la figura de miembro permanente con derecho de veto reservada a las grandes potencias; el refuerzo de los poderes de la Asamblea General”.²² Otro elemento que hay que agregar es el establecimiento de garantías que satisfagan las declaraciones sustanciales. Declaraciones existen, y lo que faltan son las garantías primarias y secundarias para su satisfacción.

Por otra parte, considera indispensable el establecimiento de una corte internacional que cumpla las funciones de librar de impunidad a los delitos que se comenten en contra de la humanidad. Esta corte internacional debe ser el producto de la democracia internacional y no de un gobierno mundial que descansa en la cúspide de los países

²¹ *Ibidem*, pp. 110-112.

²² *Ibidem*, p. 88.

poderosos. Además, esta corte deberá extender su competencia no solo a la controversia entre países sino también a la controversia de personas contra países. También, es indispensable que la corte sea de carácter obligatorio y no facultativo como lo es, ahora, la adhesión al Tribunal Penal Internacional de Roma. Aunque cabe destacar, dice Ferrajoli, más sus virtudes que lo convierten en un verdadero acontecimiento en la historia, a pesar del escándalo que ocasionaron Estados Unidos e Israel con la negación de su adscripción al tratado.²³ Un punto más, agrega, consiste en el reconocimiento de la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes de derecho internacional.

Ferrajoli expresa así la expansión de su modelo garantista al nivel internacional. Un modelo constitucional internacional sustentado en los principios de la democracia sustancial y de la democracia política. Democracia sustancial que contiene los derechos fundamentales que indican qué sí y qué no se puede decidir en el plano internacional, así como qué no se puede dejar de decidir. Democracia política que permite la participación de todos los países en la búsqueda de una relación internacional que asegure la paz y destierre la posibilidad de una guerra.

2. *La teoría garantista como una teoría general del derecho*

Un segundo significado de garantismo atañe a la idea de una propuesta teórica que tenga aplicación en los diversos discursos en los que se desenvuelve el derecho. A pesar de no delinear estrictamente su propuesta de los distintos escritos²⁴ de Ferrajoli, sí se puede elaborar una tabla (como puede verse en la siguiente página).²⁵

Conforme a la tabla, la teoría garantista funciona como una teoría general del derecho. A su vez, ésta se encuentra integrada por tres áreas: la ciencia jurídica, la filosofía política y la teoría del derecho garantista en sentido particular. Y no sólo es el nombre que los hace

²³ *Ibidem*, p. 120.

²⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos...*, *cit.*, nota 13, pp. 20-25; Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos...*, *cit.*, nota 4, p. 291; Ferrajoli, Luigi, *Garantismo...*, *cit.*, nota 4, pp. 20, 47.

²⁵ El cuadro ya fue elaborado con anterioridad en el siguiente artículo: Moreno, Rodolfo, *op. cit.*, nota 10, p. 8.

Tabla. Teoría del derecho garantista (general)

<i>Disciplina</i>	<i>Método</i>	<i>Objeto</i>
Ciencia jurídica	Ánalysis empírico	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

diferente sino el método que emplean y el objetivo perseguido. La ciencia jurídica —como toda ciencia— utilizará un método empírico y su objeto será la dogmática jurídica, la sociología jurídica y la historiografía jurídica. Escribe al respecto que a la pregunta de ¿cómo está castigado el hurto en el ordenamiento italiano?²⁶ el dogmático responderá dando lectura al artículo respectivo del código penal; el sociólogo, revisando las encuestas y los anuarios; el historiador, explorando los antecedentes históricos en las sociedades pasadas. En definitiva, el dogmático hace análisis empíricos, ya sea de normas, de hechos o de acontecimientos pasados.

Por otro lado, la filosofía política tiene como método una doctrina normativa y el objeto perseguido es el alcanzar valores éticos políticos con fines universales para la armonía de la sociedad.

Finalmente, la teoría del derecho garantista en sentido particular es un sistema de conceptos convencionales, y que serán útiles para establecer un puente entre los diversos discursos observacionales (empíricos) y normativos (valores).²⁷ 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”.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, p. 25.

²⁷ En palabras del propio Ferrajoli: “Así pues, la teoría del derecho se configura como el terreno de encuentro entre los distintos enfoques para el estudio del derecho, a los que proporciona un aparato conceptual en gran parte común: entre el punto de vista fáctico externo de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo de la filosofía política, cada uno de los cuales corresponde a una interpretación empírica o semántica de la teoría”. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo...*, *cit.*, nota 4, p. 20.

tizada, no es ni normativista ni realista sino ambas cosas a la vez”.²⁸ Denomina a su teoría “teoría axiomatizada del derecho”. Esta teoría axiomatizada del derecho parte de cuatro conceptos jurídicos fundamentales y a los cuales denomina términos primitivos.²⁹ Es importante la función de una teoría garantista, asevera el filósofo, puesto que “se configura como crítica del derecho positivo no meramente externa, política o de *iure condenando*, sino interna, jurídica o de *iure conditio*”.³⁰ Recordemos que el filósofo hace una distinción entre los conceptos de validez y vigencia. La validez se refiere a la existencia jurídica y la vigencia a la conformidad sustancial con normas de rango superior “que no sólo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo”.³¹ 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 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.

III. LAS CRÍTICAS

La construcción garantista ha recibido fuertes golpes; las creaciones originales y provocadoras tienen la constante de la crítica y la polémica. Desde diversos frentes se han objetado sus propuestas y quizás algunas de ellas son lo suficientemente fuertes como para dejar vibrando el edificio garantista. No obstante, la férrea arquitectura sigue siendo una propuesta interesante y con fortalezas propias. De muy diversa índole son las críticas suscitadas por las tesis ferrajolianas. Una de las críticas más duras han sido dirigidas en contra de su

²⁸ *Ibidem*, p. 65.

²⁹ Los cuatro términos primitivos son el permiso, la modalidad, la expectativa y el sujeto.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho...*, *cit.*, nota 13, p. 872.

³¹ *Ibidem*, p. 355.

propuesta de la relación entre democracia y derechos fundamentales, pero como en virtud de que dicho tema ya fue tratado en otro momento,³² aquí me limitaré a indicar las restantes críticas que allá no fueron tratadas.

Hay muchas cosas que no convencen. A veces no persuaden por la propia vanguardia que crea en sus conceptos (la tradición es una loza sobre la innovación) pero también son objetadas por la falta de coherencia que puede surgir entre sus propuestas; otras, son rechazadas en virtud de los postulados que le sirven de cimiento o bien por las consecuencias, que de aceptarlas, arrojarían; unas más, son criticadas por el marcado optimismo que presentan, y finalmente, otras —vaya paradoja— por la carga de pesimismo que las cubre.

Un punto con el que pretende romper la tradición es su metodología. Ferrajoli, partidario del positivismo (el autodenomina a su desarrollo como positivismo crítico), está convencido de la insuficiencia de éste e intenta acercarse al iusnaturalismo. ¿Es positivista? ¿Es iusnaturalista? o ¿es al mismo tiempo iuspositivista-iusnaturalista? Es cierto, la variedad con la que suele identificarse a los iuspositivistas y a los iusnaturalistas acaba por volver confusa la distinción, pero ello no indica que la diferencia haya desaparecido. Quizás, *cum grano salis*, podemos elaborar una hipótesis de trabajo que sirva de guía: la diferencia radica en el papel de la moral como agente determinante de un ordenamiento jurídico. Si para determinar a un ordenamiento con la categoría de jurídico es necesario inclinar la balanza, por mínimo que sea, a favor de la relevancia moral en un sistema jurídico, estamos ante un iusnaturalismo. Por el contrario, si la balanza se inclina a favor de la ausencia de la moralidad, por mínimo que sea, estamos ante un iuspositivismo. Importante, no estoy diciendo que haya o no intervención de la moralidad: un iuspositivista incluyente acepta sin grandes problemas una dosis de moralidad; un iusnaturalista deontológico aceptaría sin tanta inconformidad cierta ausencia de moralidad. Es decir, la relevancia de la moralidad es el miligramo que completa el kilo o determina su ausencia. Ferrajoli ¿qué lugar ocupa?

Comparemos dos párrafos suyos y extraigamos conclusiones. Un primer párrafo: “El principal presupuesto metodológico de una teoría

³² Cfr. Moreno, Rodolfo, *op. cit.*, nota 10, pp. 3-39.

general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser”.³³ Un segundo párrafo:

Es obvio que el “derecho” y los “derechos naturales” no existen... Pero esto no quita nada del valor que se decida asociar a los mismos en cuanto fundamentos externos —naturales— en el sentido de “pre-políticos” o “sociales” del derecho positivo y del Estado, y ni siquiera a la primacía y a la autonomía moral y política atribuida a los fines para los que estos son creados.³⁴

Si no confundo, Ferrajoli quiere decir algo así como lo siguiente: el derecho y la moral están separados: son diferentes. Pero el derecho, siempre debe estar fundamentado por principios axiológicos. ¿Qué pasa si un derecho no está fundamentado sobre principios axiológicos? Creo que la respuesta la encontramos en un tercer párrafo: “El garantismo, en sentido filosófico-político... consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos puntos de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación”.³⁵

De aceptar la hipótesis que hemos elaborado en líneas arriba, tendríamos que aceptar necesariamente que Ferrajoli es un iusnaturalista. Esto indudablemente no sería bien aceptado por el propio Ferrajoli ni por muchos de sus seguidores. Para evitar la excomunión doctrinal, elaboremos una segunda hipótesis de trabajo. Los iuspositivistas y los iusnaturalistas se diferencian en razón de que los primeros aceptan que una cosa es el derecho y otra la moral. Por el contrario, los iusnaturalistas sólo aceptan un derecho que es moral, es decir hay identificación entre derecho y moral. Desde esta segunda hipótesis Ferrajoli es positivista, pues reiteradamente afirma que “la separación entre legitimación interna y legitimación externa —es decir, entre derecho y la moral, o entre la validez y la justicia— constituye una conquista fundamental del pensamiento jurídico y político moder-

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho...*, cit., nota 13, p. 854.

³⁴ *Ibidem*, p. 883.

³⁵ *Ibidem*, p. 884.

no”.³⁶ De aceptar la segunda hipótesis de trabajo, entonces tendríamos que aceptar que Ferrajoli es un iuspositivista. Es indudable que no se puede al mismo tiempo asumir las dos posturas, por lo que creemos que en realidad o hay una incertidumbre o bien hay una contradicción. En este sentido, parecen oportunas las conclusiones a las que llega Alfonso García cuando se refiere a la gran contradicción performativa. No obstante, Ferrajoli se ha tratado de justificar —y creo que con acierto— por la vía de una nueva concepción de la separación entre derecho y moral, y en virtud de lo cual ha escrito lo siguiente:

No comparto ni la primera ni la segunda de esas dos connotaciones del positivismo jurídico. Por “separación entre derecho y moral” debe entenderse, en mi opinión, no tanto la negación de toda conexión entre uno y otra, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores, cuando la tesis ya mencionada según la cual la juricidad de una norma no se deriva de su justicia, ni la justicia de su juricidad. Pero es claro que esta tesis, para quien no comparta lo que he llamado “constitucionalismo ético”, esto es, la identificación de los principios constitucionales con la moral *tout court*, vale también para normas constitucionales.³⁷

En definitiva, lo que indica Ferrajoli es la diferencia de planos metodológicos para distinguir entre la separación del derecho y moral, pues en el campo metodológico del derecho, sólo será derecho aquello que cumpla la forma, en tanto que en el plano filosófico-político, además tendrá que cumplir con el aspecto normativo o sustancial. Por ello, manifiesta al respecto que:

Así pues, por mi parte invitaría a Alfonso García Figueroa, y en general a quienes interpretan el constitucionalismo en clave anti-o post-positivista, a actualizar su definición paleo-positivista de ‘positivismo jurídico’. Ante todo abandonando el requisito de la neutralidad valorativa: un requisito que vale únicamente —en el plano de la ciencia jurídica, y naturalmente no en el de la filosofía política— en el caso de los juicios de valor extra-jurídicos o éticos políticos sobre la justicia de las leyes, y

³⁶ *Ibidem*, p. 354.

³⁷ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo...*, *cit.*, nota 4, p. 25.

nunca en el de los juicios jurídicos sobre su validez sustancial, impuestos por las Constituciones rígidas, y por consiguiente, por el propio derecho positivo. Entendido de forma absoluta, este requisito, que como he dicho es hoy insostenible en el ámbito de la interpretación de las leyes, representa un rasgo propio del paleo-positivismo por lo que respecta únicamente a los juicios de validez.³⁸

Para finalizar este punto, es importante aclarar que no son las etiquetas las que originan el conflicto. Lo importante es la consideración que se tenga del derecho ¿hay o no relación con la moral? Y si la hay ¿cuál es el grado de importancia que tiene en un ordenamiento jurídico?

Un segundo grupo de inconformidades está proyectado sobre las diferencias entre vigencia y validez. Recordemos que Ferrajoli afirma, por razones metodológicas, que los niveles de observación y niveles de validez de las normas son distintos. La vigencia, argumenta, se sostiene de observaciones empíricas, y la validez de valoraciones normativas. Esta aportación es puesta en tela de juicio por la profesora española Marina Gascón. Ella establece que la vigencia exige una valoración empírica pero también una interpretación o valoración normativa. La generalidad de las meta-normas formales, manifiesta, es de “alta precisión semántica” no obstante existen casos en los cuales no son tan precisas y se exige una valoración interpretativa o normativa.³⁹ Por otra parte, Guastini hace una objeción similar, pero con otras consecuencias. Guastini duda de la posibilidad de encasillar a la validez sustancial (o invalidez sustancial) como un juicio de valor. Argumenta que el fenómeno de la validez sustancial no es exclusivo de la relación entre norma y fuente: también se presenta en la relación entre normas y actos de aplicación, y en este caso la situación de la valoración entre normas no resulta del todo clara.⁴⁰

Sobre este punto pero con un ataque diferente, Ruiz Miguel ha destacado que la función crítica del juez, propuesto por Ferrajoli, se

³⁸ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

³⁹ Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 33 y 34.

⁴⁰ Guastini, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, p. 246.

ve gravemente afectada bajo la óptica de los criterios de validez. En efecto, si la validez es declarada por un tribunal constitucional o en su caso por quien haga sus veces, no podrá someterse de nueva cuenta a una impugnación de validez. En otras palabras, lo declarado válido, válido es y de forma permanente; por ello ¿qué pasa con la función crítica del juez?⁴¹

Otro conjunto de objeciones tienen que ver con el concepto de los derechos fundamentales que aporta. Estas objeciones son cinco: 1) Formalidad; 2) Universalismo; 3) Diferencia entre derechos fundamentales; 4) Indisponibilidad de los derechos fundamentales; y 5) Concepto de derecho subjetivo. La primera es la anunciada formalidad: no convence que su definición de derechos fundamentales sea formal y de llegar a convencer que no es formal, entonces ¿cuál es la utilidad? Pues Ferrajoli ha manifestado que la utilidad de su definición descansa en esa formalidad. Estos puntos son expuestos por Zolo de la siguiente manera: La definición formal de los derechos fundamentales ocasiona un “salto” de la lógica a lo normativo. El “salto” se da cuando definidos los derechos fundamentales, Ferrajoli postula cuatro tesis (todas ellas, a decir de Zolo, de carácter normativo). Entonces la definición que era formal se vuelve normativa.⁴² Ahora bien, consideradas así las cosas, continua Zolo, desaparecería la utilidad de la definición. Como hemos dicho en líneas arriba —y en ese sentido responde Ferrajoli— las tesis que surgen de la definición no son normativas pues sólo son los criterios de forma que deben reunir ciertos derechos para ser considerados fundamentales. Creo que su respuesta es convincente pues dará distinción entre las tesis de los derechos fundamentales (forma) y los criterios axiológicos (contenido), además de que su utilidad radicará en la función de identificación de los derechos fundamentales.

La segunda objeción gira en torno a uno de los efectos del universalismo: la justificación ideológica de un orden mundial absolutista. Corren a cargo de Luca Baccelli estos argumentos. Le reprocha a Fe-

⁴¹ Ruiz, Miguel, “Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo...*, cit., nota 39, p. 219.

⁴² Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la Teoría de los ‘derechos fundamentales’”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, nota 40, pp. 82-84.

rrajoli que aceptar unos derechos universales es olvidar la pluralidad cultural en las sociedades contemporáneas, y la utopía de traducir en lenguaje de los derechos a nuestra sociedad actual que es un abanico de sociedades multiculturales.⁴³ Además le objeta su concepción de ciudadanía como el último *status* de privilegio y exclusión. Baccelli, asegura que esa visión de Ferrajoli es debido a que utiliza la ciudadanía con base a las concepciones organicistas, genealógicas y etnicistas, pero la ciudadanía debe verse como una construcción artificial y cultural que fomenta valores y lazos de pertenencia, a la vez que también respeta la autonomía, y se puede apreciar como un centro donde se reivindican y se conquistan los derechos.

La tercera objeción se refiere a la diferencia entre derechos fundamentales y patrimoniales. Jorí ataca la diferencia entre derechos fundamentales y patrimoniales por efecto de la universalidad. Dice Jorí⁴⁴ que la universalidad puede aplicarse a diversas situaciones y no sólo a los derechos fundamentales. Un grupo puede originar una universalidad como operador lógico pero también un grupo del grupo —siempre y cuando al grupo del grupo se le den las mismas características— originaría la formula universal. A esta observación, nuestro autor apela a que la característica de universalidad es exclusiva y no exhaustiva. Algo así como de ellos pero no sólo de ellos. La universalidad, para pertenecer a los derechos fundamentales, tiene que unirse a los *status* de personas, ciudadanos o capaces de obrar.

En la cuarta objeción, Jorí observa una contrariedad en el término indisponible, pues observa que hay derechos fundamentales disponibles como la vida que lo es a través del suicidio; la integridad personal, a través de actos dañinos como el boxeo; o la salud, a través de la renuncia a obtener tratamientos médicos razonables. El filósofo italiano responde que hay una confusión en el uso del término disponible, pues disponible para él indica que no es posible hacernos ejercer o renunciar a un derecho: “puedo no solicitar la asistencia de un defensor en un proceso penal, pero no puedo obligarme a no solici-

⁴³ Baccelli, Luca, “Derechos sin fundamento”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, nota 40, pp. 206-208.

⁴⁴ Jorí, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, nota 40, pp. 126-128.

tarla, ni menos aun alinear mi derecho a solicitarla".⁴⁵ Además, agrega, hay que distinguir entre la titularidad y el ejercicio. La titularidad nos pertenece aun cuando no actuemos o no-actuemos en el ejercicio. De igual manera, Guastini hace otra observación: según Ferrajoli, la indisponibilidad es una característica definitoria de los derechos fundamentales; no obstante dicha propiedad no aparece en la definición que propone de derechos fundamentales, luego entonces, al no aparecer, no puede ser un elemento definitorio. Nuestro autor responde que la universalidad es el factor que desencadena la indisponibilidad y por ello no observa necesario incluir la indisponibilidad, dentro del concepto de derechos fundamentales.⁴⁶

La quinta objeción versaría sobre su concepto de derecho subjetivo. Guastini ha manifestado la contrariedad en que incurre Ferrajoli. Observa, en un primer momento, que en la definición de derecho subjetivo, Ferrajoli utiliza el concepto de obligación y esto constituye, en la lógica una implicación. Es decir, si en la definición del derecho subjetivo aparece el concepto de obligación, cuando no haya obligación, no puede haber derecho subjetivo.⁴⁷ Por ello, no le convence que el término expectativa venga a sustituir a la obligación que es elemento condicionante de la existencia del derecho subjetivo. Su conclusión es precisa: de aceptar que la obligación está dentro de la definición de derecho subjetivo, sin obligación no puede haber derecho subjetivo. Esto afecta duro en la teoría ferrajoliana, pues uno de los logros del profesor latino consistía en introducir la expectativa (y así evadir el caso de las normas que no están garantizadas) y lograr el reconocimiento de las declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales y los derechos sociales en los ordenamientos internos (es decir, derechos sin obligación normativa pero con valor jurídico). Ferrajoli responde que se trata de dos campos diferentes: el normativo y el fáctico. Con respecto a la construcción normativa es indudable que ante la falta de obligación no se puede hablar de derecho subjetivo, pero que en el terreno fáctico, la ausencia de la obligación delata una laguna que es necesario colmar. Estas afirmaciones ocasionan que un tercero entre en la disputa: Jorí manifiesta que de

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos...*, cit., nota 4, p. 162.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 160 y 161.

⁴⁷ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 40, pp. 57-59.

aceptar que las garantías están indefinidas, entonces ¿cómo superar el problema de contenido? Esto es, ante la ausencia de un límite en la generalidad y vaguedad que es impuesto por las propias leyes cuando indican la obligación, ¿cómo tomar una decisión para definir los alcances de la norma? Esto plantea el problema de la especificación y de la fundamentación. “Porque si el derecho subjetivo ya no se reduce a la suma de sus garantías existentes en el derecho positivo, entonces resulta indispensable buscar en algún otro lugar los argumentos para precisar su contenido, es decir, las garantías implicadas por su formulación de principio, sin que el argumento caiga en un círculo vicioso”.⁴⁸ Ferrajoli responde inmediatamente con dos afirmaciones: 1) El derecho siempre ha sido indeterminado y 2) No obstante que es indeterminado tiene alcance normativo. Las normas son indeterminadas pero su alcance normativo surge del uso que le dan los juristas, los jueces y los académicos; de esta forma hasta un derecho a la felicidad puede ser determinado.⁴⁹

Finalmente, dentro de la crítica al derecho subjetivo, aparece un reparo en cuanto al término expectativa. Se dice que si la expectativa implica posibilidad y no certeza, entonces la seguridad jurídica queda olvidada. Ante ello, la propuesta de Ferrajoli presenta insuficiencia (lagunas por utilizar su propia expresión) que deben ser colmadas para tener certeza en cuanto a los contenidos legítimos. Bolaños manifiesta que:

En particular, podemos anticipar que si los derechos subjetivos son expectativas, entonces necesitamos de sistemas normativos que protejan en la mayor medida posible todas las expectativas legítimas. Los sistemas deductivos como el de LT optan por sacrificar, en nombre de la seguridad jurídica, unas expectativas sociales a favor de otras.⁵⁰

Ferrajoli responde a esta crítica con el argumento de que han limitado su concepto. Expectativa, dirá, no es sinónimo de pretensión si-

⁴⁸ Jorí, Mario, *op. cit.*, nota 44, p. 112.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos...*, *cit.*, nota 4, p. 182.

⁵⁰ Bolaños, Bernardo, “La estructura de las expectativas jurídicas”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo...*, *cit.*, nota 39, p. 313.

no que, expectativa, es una figura deóntica a la que corresponde una obligación o prohibición correlativos.⁵¹

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El proyecto ferrajoliano es una propuesta ambiciosa. Con tres niveles (filosofía, ciencia y teoría del derecho) abre una puerta a estudios de carácter multifacéticos que puedan —si no abarcar la totalidad— al menos aproximarse a un estudio integral del fenómeno jurídico.

Con Ferrajoli parecen quedar atrás las aspiraciones kelsenianas de una teoría pura del derecho, pero paradójicamente se consolidan con la idea de una teoría axiomatizada del derecho, cuyo pilar —según las palabras del propio Ferrajoli— es su carácter convencional pero sobre todo su rigidez lógica.

En resumen, el fenómeno jurídico, con la propuesta garantista, busca cubrir los diversos flancos que de forma aislada han sido enfocados por los reduccionismos. El modelo garantista, en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder. Esta dimensión se identifica, en Ferrajoli, con el Estado de derecho, y los límites al poder se materializan con los principios de legitimación formal y legitimación sustancial. En su dimensión de teoría del derecho, incide en una nueva concepción de la cientificidad del derecho y promulga un iuspositivismo crítico que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente de los ordenamientos jurídicos. En su dimensión de filosofía política, asume la responsabilidad de la crítica y deslegitimación externa de los ordenamientos jurídicos con base en criterios ético-políticos.

Esta nueva concepción integral de abarcar el fenómeno jurídico abre una puerta metodológica importante para continuar con la intensa y permanente lucha por entender y responder a la pregunta ya clásica de ¿qué es el derecho?

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo...*, cit., nota 4, p. 52.