



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas

El Garantismo jurídico

Presentado por:

Enrique Fernández Amelivia

Tutelado por:

Enrique Marcano Buenaga

Valladolid, 19 de Junio de 2021

RESUMEN

En el siguiente trabajo se va a realizar un análisis de las principales ideas del garantismo jurídico. Para ello es necesario ofrecer un completo panorama de las tesis fundamentales defendidas por el neoconstitucionalismo y de sus divergencias con el Garantismo.

En la segunda parte del trabajo se va a profundizar en las diferentes propuestas lanzadas por el Garantismo. Estas se pueden dividir en: la Teoría garantista como Modelo de estado y la Teoría garantista como Teoría General del Derecho. La primera de las teorías promueve la creación de mecanismos de invalidación y de reparación que aseguren la efectividad de los derechos proclamados. La segunda resalta la ilegitimidad interna, desde el punto de vista de la validez de las normas, y la ilegitimidad externa de las instituciones jurídicas positivas.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, Teoría del Derecho, Garantismo, Ferrajoli.

ABSTRACT

In the next paper an analysis of the main ideas of the legal garantism will be made. For that is needed to offer a complete outlook of the fundamental thesis supported by the neoconstitucionalism and its divergences with the garantism.

In the second part of the paper we will deepen in the different proposals offered by the garantism. They can be divided in: the garantist theory as model of state and the garantist theory as general theory of right. The first of them promotes the creation of invalidation and repair mechanisms that assure the proclaimed rights. The second one highlights the intern illegitimacy, from the validity of the norms point of view ,and the external illegitimacy of the positive legal institutions.

Key Words: neoconstitucionalism, legal theory, garantism, Ferrajoli.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO	7
2.1. Filosofía política o doctrina del estado justo	10
2.2. Teoría del derecho	11
2.3. Concepto de derecho	13
2.4. Ciencia jurídica	15
2.5 Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista	16
3. EL GARANTISMO JURÍDICO	18
3.1 Introducción	18
3.1.1 Definición y delimitación	18
3.1.2 Conceptos básicos del garantismo o ubicación del garantismo	22
3.2 El garantismo en dos significados genéricos	23
3.2.1 La teoría garantista como modelo de estado .	23
3.2.1.1 Estado de derecho en el plano interno	25
3.2.1.2 Estado de derecho en el plano internacional	38
3.2.2 La teoría garantista como teoría general del derecho	39
3.2.2.1 Punto de vista interno	41
3.2.2.2 Punto de vista externo	43

4. CONCLUSIONES	46
5. BIBLIOGRAFÍA	48

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo es un esfuerzo por aglutinar todas las reflexiones en torno a los temas que han ocupado las energías de Ferrajoli desde la publicación de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* en 1989. El lector ha de entender que este repaso por la obra del profesor italiano no busca explicar detalladamente su obra, sino hacer una breve recopilación de sus ideas más destacadas.

En el proceso de acercamiento a la obra ferrajoliana se ha optado por llevarlo a cabo a través de sus muchos intérpretes, entre los que se encuentran: Prieto Sanchís, Comanducci, García Figeroa, Ruíz Miguel entre otros. Es preciso mencionar que las ideas aquí redactadas también se alimentan de los debates suscitados a raíz de las obras publicadas por Luigi Ferrajoli.

El trabajo se va a centrar, sobre todo, en la obra magna de Ferrajoli *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pero sin dejar de lado el resto de sus obras. Entre las que merecen una especial mención por su importancia a la hora de elaborar este escrito es *Los fundamentos y de los derechos fundamentales*, *Garantismo: una discusión sobre derechos y democracia* y *Razones jurídicas del pacifismo*.

En primer lugar, se va a realizar un somero resumen de los rasgos característicos del neoconstitucionalismo, ya que se considera que la teoría garantista se puede englobar dentro de esta corriente de pensamiento. También se van a señalar cuales son los rasgos que separan el pensamiento de Ferrajoli de la corriente principal del neoconstitucionalismo, sin entrar en demasía en su explicación, la cual se llevará a cabo en los epígrafes posteriores.

En segundo lugar, se dará paso a la explicación de la teoría garantista estableciendo una diferenciación señalada por el profesor Moreno Cruz, entre la Teoría garantista como Modelo de estado y la Teoría garantista como Teoría general del derecho.

Respecto a la primera de las teorías cabe señalar que, pese a que el Garantismo estuvo centrado inicialmente en un marco nacional, Ferrajoli sostiene que es necesaria una visión internacional de su teoría para preservar los derechos fundamentales ante los grandes cambios producidos por la globalización. En este epígrafe, se va a realizar un análisis detallado de que considera Ferrajoli derechos fundamentales y cuáles son sus principales amenazas.

Respecto a la segunda de las teorías, es necesario resaltar los dos puntos de vista sobre la legitimidad del Estado que señala el profesor florentino. En primer lugar, analiza la legitimidad, desde un punto de vista interno, de las normas vigentes. En segundo lugar, permite la crítica y deslegitimación, desde un punto de vista externo, de las instituciones jurídicas positivas.

2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

El pensamiento de Ferrajoli se puede englobar dentro de la corriente neoconstitucionalista ya que, pese a su negativa a considerarse dentro de esta doctrina, sus ideas comulgan con sus rasgos característicos. Si bien, es verdad que en sus últimas obras parece separarse de esta escuela. Además de Ferrajoli, otros autores cuyas ideas pueden incluirse en esta corriente son Dworkin, McCormick, Raz, Alexy, Nino y Zagrebelsky entre otros.

La Filosofía del derecho ha estado dominada, en los últimos dos siglos, por el debate entre los valedores del iusnaturalismo y los defensores del positivismo causando la división en dos mitades del mundo jurídico. En este debate surge, en los años 90 de la mano de Paolo Comanducci¹, el neoconstitucionalismo como una nueva Filosofía política que abarca múltiples temáticas de reflexión al igual que las anteriores. Hay autores que defienden que esta corriente no es solo una tercera vía, sino que incluso elimina la dialéctica que ha enfrentado a iusnaturalistas y positivistas².

El neoconstitucionalismo es una doctrina que abarca, debido a su imprecisión, una gran variedad de ideas, permitiendo que bajo su bandera se incluyan opiniones muy variadas. Del mismo modo que iusnaturalismo y positivismo está presente también en toda clase de cuestiones tratando de lograr una respuesta en todos los debates jurídicos. Esta corriente tiene su origen en la necesidad de nuevos planteamientos e instrumentos para analizar la nueva realidad jurídica surgida con la promulgación de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Pese a la gran variedad de polémicas que abarca, Prieto Sanchís establece los siguientes puntos comunes³.

El primero de los aspectos es el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución como norma suprema. En la famosa sentencia del Corte

¹ Paolo COMANDUCCI, Marián AHUMADA RUIZ y Daniel GONZÁLEZ LAGIER: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 47.

² Alfonso GARCÍA FIGUEROA: *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 47.

³ Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta. 2003. pp.107 ss.

Suprema estadounidense de *Marbury vs Madison* de 1803 se proclamó la Constitución como norma suprema en EE. UU., pero esta concepción de la Constitución como norma suprema fracasó en Europa.

Esto se debe a que en Europa en vez de acogerse a la interpretación de Locke del contrato social, en el cual los derechos fundamentales están por encima de las instituciones, se acogen a la interpretación roussoniana, donde priman la voluntad general y la omnipotencia de la ley. Esto conllevó que, durante el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, las constituciones no fueran consideradas como norma suprema porque se concebían como un pacto entre el rey y el pueblo sin acoger la idea de soberanía popular.

Esta diferencia entre Estados Unidos y Europa se mantuvo hasta la creación de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en Alemania o Italia, donde se aprecia el rasgo neoconstitucionalista de norma suprema basada en la soberanía popular.

El segundo de los aspectos es la rematerialización constitucional que consiste en “la incorporación al texto no sólo de normas formales, de competencia o procedimiento destinadas a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente”⁴. En este punto Kelsen presenta un modelo totalmente opuesto donde los límites materiales al legislador son muy reducidos.

Con la incorporación de las normas sustantivas a la Constitución se introducen contenidos morales que antes de la creación de las constituciones modernas no se encontraban regulados en ningún texto legal, pero sin embargo los impregnaban. De esta forma se producía la positivización del Derecho natural convirtiéndose en condición necesaria para la validez de las leyes. Gracias a esta materialización, los derechos dejan de flotar por encima del derecho positivo para pasar a formar parte de él. Esta evolución conlleva

⁴ Luis PRIETO SANCHÍS: *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez” (2010), 44, p. 464.

que los conflictos antes relacionados con la justicia del derecho ahora se hayan convertido en problemas de validez, ya que una norma que vulnere los derechos constitucionales no solo es injusta, sino que es inválida.

La incorporación de la Moral al Derecho no es una novedad, ya lo hacen el Código Civil y el Código Penal de todos los países. La diferencia está en que en el moralismo legal se produce una delegación del legislador en el juez, mientras que en el moralismo constitucional no se promueve una delegación al juez, sino que es un límite al legislador que viene impuesto por la Constitución e interpretado por el juez lo cual puede llegar a provocar un cierto grado de activismo judicial.

La gran novedad que supone esta incorporación a las constituciones es que se produce una modificación de los sujetos pasivos de estas normas sustantivas. En el orden jurídico siempre han existido normas que establecían que se puede y que no se puede hacer, pero con esta transformación estas normas también se aplicarán a las normas jurídicas establecidas por los poderes públicos, ya que estas tendrán que ser acordes con los conceptos morales recogidos en la Constitución.

El tercer rasgo característico es la garantía judicial, que no es más que el cumplimiento de la Constitución puede ser exigido ante los jueces. En Europa se ha optado por un sistema de jurisdicción concentrada, abstracta y negativa que conlleva la existencia de un Tribunal Constitucional que declara la invalidez de las leyes contrarias a la Constitución mediante un procedimiento que solo puede ser declarado por determinados sujetos.

El problema surge porque pese a que la Jurisdicción constitucional está monopolizada por un órgano, es universalmente aceptado que los jueces ordinarios puedan aplicar la Constitución en los casos en los que la Constitución ofrezca una solución distinta a la de la ley. Esta obra de ingeniería jurídica se construye por los jueces creando un conflicto de derechos constitucionales entre el principio sobre el que se sustenta la ley y otro principio lesionado. Gracias a este conflicto, el juez puede aplicar directamente uno de

los dos principios constitucionales o elaborar una respuesta intermedia entre los dos principios.

El último rasgo propio del neoconstitucionalismo es la rigidez constitucional. En España y en el resto de Europa, tenemos un sistema constitucional muy fuerte basado en una norma que se aplica directamente por los jueces y que es completada con normas materiales cuya reforma requiere mayorías cualificadas.

La rigidez no es una condición suficiente para proclamar la supremacía de la Constitución, ya que “no basta con proclama la intangibilidad del texto (...) si al mismo tiempo no existe por parte de las instituciones una práctica que implique el reconocimiento de esa superioridad jerárquica”⁵, pero sin duda contribuye a su fortalecimiento.

Pese a estos rasgos comunes, el neoconstitucionalismo no tiene una concepción unificada de los problemas jurídicos, sino que son adscritas posiciones muy variadas. De todos modos, sí que es posible identificar cuatro acepciones del neoconstitucionalismo centradas cada una en una polémica diferente.

2.1 FILOSOFÍA POLÍTICA O DOCTRINA DEL ESTADO JUSTO.

El neoconstitucionalismo considera que el modelo óptimo de organización política para una sociedad es una democracia, donde la Constitución establezca una serie de procedimientos para designar a los cargos públicos y una gran variedad de derechos fundamentales. Además, en este modelo ideal, el poder judicial sería el encargado de revisar los elementos formales y sustantivos de las normas jurídicas y pronunciar la nulidad sobre aquellas que atenten contra lo dispuesto en la Constitución. Los jueces podrían incluso suplir al legislador cuando este no haya establecido las garantías necesarias para el cumplimiento de un determinado derecho.

⁵ Luis PRIETO SANCHÍS: *Supremacía, rigidez y garantía de la constitución*, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo ZALDIVAR LELO DE LARREA (coord.): *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a H. Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México D.F., UNAM, 2008, p. 823.

La crítica que se ha hecho a esta visión del neoconstitucionalismo es la limitación del ámbito de actuación de legislador y un fortalecimiento de la posición del juez. Esta crítica se fundamenta en que una Constitución extensa e imprecisa reduce la esfera de libertad del legislador impidiendo que las generaciones futuras puedan regular sobre ciertas materias y amplía las materias en las que el juez puede actuar con discrecionalidad. Este aumento del poder judicial puede causar cierto grado de activismo judicial⁶.

La justificación de esta crítica dependerá de la densidad normativa de las constituciones y el grado de judicialismo que estas alienten. En un caso extremo, con una Constitución extremadamente amplia, se produciría el estrangulamiento de la propia democracia, ya que supondría la limitación extrema del poder político permitiendo que las decisiones recaigan en manos de los jueces.

La crítica a la reducción del ámbito del legislador es resuelta de dos formas distintas dentro del neoconstitucionalismo. Habermas considera que son deseables constituciones más débiles con el objetivo de lograr una democracia más deliberativa⁷. Ferrajoli opta por refutar que una Constitución extensa sea contraria a la democracia. Este último autor defiende que la democracia no es solo la aplicación del principio mayoritario con el que la mitad más uno decide sobre la totalidad, sino que existen los derechos fundamentales que son fragmentos de soberanía popular en manos de todos⁸. Este es el motivo por el que Constitución y democracia no son opuestos, sino complementarios.

La crítica sobre el exceso de discrecionalidad judicial es rebatida por los neoconstitucionalistas defendiendo que el juez, pese a ser más activo, no es libre. El fundamento de esta afirmación es que el juez estaría comprometido con los principios morales recogidos en la Constitución. Esta concepción

⁶ Alfonso GARCÍA FIGUEROA: *op. cit.*, p.51.

⁷ Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, (introducción y trad. de M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998, pp. 184-197.

⁸ Luigi FERRAJOLI: *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia* (trad. Andrea Greppi), Madrid, Trotta, 2006, p.100.

supone que para alcanzar el conocimiento de los principios morales de la democracia hay que creer en ellos.

2.2 TEORÍA DEL DERECHO.

El neoconstitucionalismo también contribuye al debate teórico sobre la naturaleza de las normas y su interpretación, por lo que se podría presentar como alternativa de la teoría positivista del derecho. El debate está en si los conceptos fundamentales acuñados por el positivismo son válidos para explicar la nueva realidad. Estos conceptos, según Prieto Sanchís, pueden ser resumidos en cinco palabras clave: legalismo, coherentismo, reglas, subsunción y discrecionalidad. En este punto las posiciones neoconstitucionalista tampoco son completamente uniformes, pero su Teoría del derecho podría resumirse en las siguientes palabras clave: constitucionalismo, conflictualismo, principios, ponderación y argumentación⁹.

El legalismo positivista es, hoy en día, insostenible ya que la ley ha pasado de ser la Fuente del Derecho suprema a una Fuente de Derecho subordinada a la Constitución. Esto supone una nueva crisis de la ley debido a la existencia de una norma superior. Esto no quiere decir que la ley no siga siendo una Fuente del Derecho, pero un contexto donde la Constitución es la norma suprema y tiene un denso contenido sustantivo la validez de la ley está en contante revisión.

La ley ya viene sufriendo una crisis desde mediados del siglo pasado debido a su falta de abstracción, generalidad, vaguedad..., pero es posible que la crisis provocada por el neoconstitucionalismo contribuya a resolver estos problemas. Esto se debe a que el neoconstitucionalismo exige una “depurada argumentación que imprima racionalidad a la aplicación de las cláusulas sustantivas de la Constitución pero, en la medida en que esa racionalidad se

⁹ Luis PRIETO SANCHÍS: *Neoconstitucionalismos... op, cit.*, p.475.

conciba como una condición de validez y también de aplicabilidad de las leyes, sus requerimientos se extenderán al propio diseño legislativo”¹⁰.

La modificación de la Fuente de Derecho suprema del ordenamiento no es la única consecuencia del abandono del legalismo. Una segunda consecuencia se deriva de la existencia de respuestas para todos los conflictos en la Constitución, el llamado efecto impregnación. Esta invasión de los principios constitucionales de todo el ordenamiento jurídico supone la desaparición entre las materias constitucionales y las materias legales provocando que las normas constitucionales sean aplicadas en cualquier tipo de conflicto.

El positivismo, ante los conflictos, opta por un sistema coherente en el que pese a la existencia de antinomias estas puedan ser resueltas conforme a tres criterios: el criterio cronológico, el criterio jerárquico y el criterio de especialidad. Estos criterios para la mayoría de los neoconstitucionalistas no son aplicables, ya que no existe una jerarquía, ni una cronología, ni especialización interna dentro de la Constitución. Además, los principios y derechos constitucionales están configurados de forma muy poco precisa con el objeto de que se puedan desarrollar diferentes proyectos políticos bajo su paraguas, lo que conlleva frecuentes conflictos entre principios constitucionales.

En definitiva, los criterios tradicionales de resolución de conflictos no son aplicables para resolver antinomias intraconstitucionales. Esto es debido a que las normas del derecho positivista son reglas donde se describe una situación y una consecuencia jurídica concreta, mientras que las normas constitucionales son principios aplicables *prima facie*, es decir, adaptables a un número indefinido de casos, pero sin que se pueda descartar la posibilidad de que sean desplazadas por otras normas más relevantes para ese caso concreto.

El problema que se plantea a continuación es como resolver estos conflictos intraconstitucionales. Esta situación se resuelve mediante la aplicación de la ponderación. La ponderación se suele presentar como opuesta

¹⁰ *Ibid.*, p.478.

a la subsunción positivista, pero no es así. La subsunción consiste en “la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en las mismas a los casos que presenten las propiedades descritas en su condición de aplicación”¹¹, por lo que los principios también permiten la aplicación de esta técnica. Es más, antes de llevar a cabo la ponderación es necesario llevar a cabo un ejercicio de subsunción.

La ponderación tiene que decidir qué principio o derecho constitucional debe prevalecer por lo que tiene una naturaleza valorativa, pero esto no puede llevar a que el juez pueda decidir con discrecionalidad. Por eso, a diferencia del positivismo donde la teoría de la interpretación tiene poca importancia, el neoconstitucionalismo opta por establecer unas reglas de racionalidad que orienten el paso de los principios a las decisiones finales. Esta es la fórmula que utiliza el neoconstitucionalismo para limitar el activismo judicial y otorgar legitimidad a las decisiones judiciales.

2.3. CONCEPTO DE DERECHO.

Para los positivistas el Derecho es un constructo social cuya exigencia no depende de su validez moral, sino de su respaldado por el poder que detenta la fuerza. Por tanto, para los positivistas son normas jurídicas aquellas que han sido adoptadas siguiendo ciertos procedimientos independientemente de su contenido.

Dworkin sostiene que se pueden identificar unos principios del derecho antes de que sean establecidos en el derecho positivo y las decisiones judiciales, por lo que una norma justa pasaría a formar parte del derecho y se eliminarían las normas injustas porque no podrían aplicarse en el razonamiento práctico. Esta visión del Derecho va contra el punto de vista positivista, que defiende que una norma forma parte del ordenamiento en función de su procedimiento y no puede ser eliminada por ser considerada injusta basándose en criterios morales.

¹¹ *Ibíd.*, p.483.

El neoconstitucionalismo abandona la tesis positivista de separación entre Derecho y Moral, ya que las constituciones modernas incluyen conceptos morales en su articulado y, además, esta filosofía del derecho aboga por la utilización de la argumentación jurídica partiendo de valores morales.

“El constitucionalismo ha aproximado el Derecho a la Moral, a través de la incorporación de elementos morales al Derecho (...), y el constructivismo ético ha aproximado la Moral al Derecho, porque la Moral ha dejado de ser un dominio individual y confinado a la conciencia de cada uno, para transformarse en un discurso entre diversos participantes que siguen un procedimiento”¹².

Pese a que esta opinión está muy generalizada, en el neoconstitucionalismo hay dos visiones contrarias sobre la tesis positivista de separación entre Moral y Derecho. Hay un primer grupo entre los que se encuentra Ferrajoli, que pese a que pueden ser declarados como neoconstitucionalistas consideran necesaria la separación entre Derecho y Moral¹³, mientras que existe un segundo grupo que se separa del positivismo abiertamente en este punto. Esto demuestra una vez más que el neoconstitucionalismo no tiene una visión uniforme, sino que permite opiniones diferentes incluso contrarias.

2.4. CIENCIA JURÍDICA.

Para los neoconstitucionalistas la idea de juez involucrado moralmente es vital, debido a que el Derecho reclama para su aplicación un razonamiento moral que parta de las premisas morales recogidas en los principios constitucionales.

El problema surge cuando algunos neoconstitucionalistas defienden que cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia las normas jurídicas dejan de ser aplicables. Estas opiniones son contradictorias con la idea de que los jueces tengan que hacer suyas las ideas morales del sistema, ya que

¹² Alfonso GARCÍA FIGUEROA: *op.cit.*, p.20.

¹³ Luigi FERRAJOLI: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal (Prólogo de Norberto Bobbio; trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al.; 1ª ed.)* Valladolid, Trotta, 1995, p.215.

parece complicado, si no imposible, que un juez que se identifica moralmente con las normas sea capaz de detectar las injusticias del sistema.

Igual que sucede en otras de las acepciones del neoconstitucionalismo, aquí tampoco hay uniformidad entre sus defensores. Hay quienes consideran que la tesis positivista de separación entre Derecho y Moral no es válida porque entienden la Ciencia del derecho como una actividad valorativa, mientras que otro grupo la consideran correcta al optar por una visión valorativamente neutra de la Ciencia jurídica.

La excepción a esta generalización es Ferrajoli que, pese a defender la separación entre Derecho y Moral, considera que la Ciencia jurídica tiene que ser valorativa¹⁴, ya que en su visión son los intérpretes del derecho los que deben denunciar las antinomias y lagunas.

2.5 EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA.

Como hemos visto hasta ahora dentro del neoconstitucionalismo se aceptan diversas posturas, pero esa diversidad de opiniones puede ser agrupada en: el neoconstitucionalismo principialista o argumentativo y el neoconstitucionalismo garantista o normativo. Según el profesor Moreso, el neoconstitucionalismo principialista tiene las siguientes notas. En primer lugar, hay una conexión necesaria entre Derecho y Moral que presupone la aceptación del objetivismo moral. En segundo lugar, existe una distinción nítida entre principios y reglas que asume que las pautas que reconocen derechos constitucionales adoptan la forma de principios. En tercer lugar, la aceptación de una amplia zona de conflictos en la aplicación de la Constitución que conduce a que la ponderación sustituya a la subsunción¹⁵.

Esta visión es corroborada por el propio Ferrajoli que afirma que el neoconstitucionalismo principialista está caracterizado por “la configuración de

¹⁴ Luis PRIETO SANCHÍS: *Neoconstitucionalismos... op, cit.*, p.499.

¹⁵ José Juan MORESO: *Antígona como 'defeater'*. *Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*, DOXA (2011), 34, p.184.

los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial”¹⁶.

Sin embargo, el constitucionalismo garantista se caracteriza, según Moreso, por los siguientes tres rasgos. En primer lugar, existe una separación conceptual entre Derecho y Moral que comporta el rechazo al objetivismo ético. En segundo lugar, no hay distinción nítida entre principios y reglas, ya que las pautas constitucionales que establecen los derechos fundamentales deben ser interpretadas como reglas. En tercer lugar, no concede que la ponderación tenga un lugar relevante en la aplicación de las normas constitucionales¹⁷.

En este caso, el propio Ferrajoli también opina del mismo modo al señalar que el Garantismo principialista “se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales (...) se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen (...) la sujeción de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al «quién» y al «cómo»), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al «qué» no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión”¹⁸.

¹⁶ Luigi FERRAJOLI: *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, “DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho (2011)”, 34, p.21.

¹⁷ José Juan MORESO: *Antígona... op.cit.*, p.184.

¹⁸ Luigi FERRAJOLI: *Constitucionalismo... op.cit.*, p.21.

3. EL GARANTISMO JURÍDICO.

3.1 INTRODUCCIÓN.

3.1.1 Definición y delimitación.

“Un Derecho garantista establece los instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos, y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas”¹⁹.

El Garantismo, según el propio Ferrajoli, está íntimamente relacionado con el actual Estado constitucional y de derecho, ya que esta doctrina es la encargada de formular las garantías necesarias para que se aseguren, con el mayor grado de efectividad posible, los derechos constitucionales²⁰.

El Estado de Derecho es un concepto amplio que ha tenido múltiples significados a lo largo de la historia, me voy a centrar en dos de ellos. En primer lugar, el Estado de Derecho que solo exige validez formal, es decir, que el poder tiene que ser ejercido de la forma dictada en las leyes. En segundo lugar, Estado de Derecho que exige validez sustancial donde el poder está condicionado en su forma y en su contenido por las leyes.

El Garantismo opta por un Estado de Derecho que exige una validez sustancial, donde las formas del poder están reguladas por leyes generales, abstractas y controladas por un poder judicial independiente donde el contenido del poder es limitado por la Constitución al prohibir lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Gracias a estos dos límites todos los poderes están limitados, no solo en cuanto a las formas, sino también al

¹⁹ Marina GASCÓN ABELLÁN: *La teoría general del garantismo: rasgos generales*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p.21.

²⁰ Luis PRIETO SANCHÍS: *Constitucionalismo y garantismo*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p.41.

contenido de sus acciones, por lo que en caso de violación de estos límites los actos serán invalidados judicialmente²¹.

Esta distinción entre condiciones formales y condiciones sustanciales es fundamental a la hora de calificar al sistema político como Estado democrático y de derecho. Las reglas formales establecen quién y cómo se debe decidir, en función de la respuesta a estas preguntas estaremos ante un Estado democrático, monárquico... El incumplimiento de estas reglas provoca la inexistencia o falta de vigencia de la norma. Las normas sustanciales establecen qué se debe y qué no se debe decidir dando lugar a Estados absolutistas, de derecho... El incumplimiento de estas normas provoca la invalidez de la norma.

Esta limitación sustancial al poder creada por el Estado de Derecho para garantizar los derechos fundamentales lo distingue de los Estados absolutos, sean democráticos o no, ya que, pese a que la democracia sea la forma más perfecta de representación de los ciudadanos, sería un régimen totalitario si el poder del pueblo no estuviera limitado por unas garantías de los derechos sociales. Luigi Ferrajoli define estas garantías como “las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos (...). Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos) que se generan por la violación de los derechos”²².

En esta definición del Estado de derecho en el que las garantías liberales indican sobre todo lo que no se puede decidir y las garantías sociales indican sobre todo lo que no se puede dejar de decidir solo se aplican las reglas de la democracia para los temas restantes. Estas limitaciones permiten a Ferrajoli diferenciar entre tres grupos de asuntos en función del poder de decisión que tienen ciudadanos y políticos sobre ellos:²³

²¹ Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op.cit.*, p.857.

²² Luigi FERRAJOLI: *Garantías*, “Jueces para la democracia. Información y debate” (2000), 38, p.40.

²³ *Ibíd.*, p.43.

- Materia indecidible: “determinada por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden (...) decisiones que puedan lesionarlos”²⁴, es decir, son aquellas materias sobre las que la Constitución ha creado derechos liberales y, por lo tanto, el poder no puede limitar.
- Materia indecidible que no: “determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen (...) decisiones dirigidas a satisfacerlos”²⁵, es decir, son aquellas materias sobre las que la Constitución ha creado un derecho social. La finalidad de estos derechos es servir como principio rector de cómo se tiene que regular una determinada materia para alcanzar un objetivo. En estas materias son posibles diversas vías para alcanzar el mencionado objetivo, por lo que sí que sería posible cierta libertad de decisión por parte del poder.
- En las materias decidibles se recogen los derechos de autonomía política y autonomía privada²⁶. En este grupo se encuentran aquellas materias sobre las que la Constitución da plena libertad tanto a los ciudadanos como al poder estatal para regular con total libertad.

Pese a que las normas de la democracia solo se pueden aplicar en los temas no limitados por las garantías el Estado de derecho no solo no son incompatibles, sino que Estado de derecho permite, según el punto de vista de Ferrajoli, alcanzar una mayor perfección a la democracia. Es cierto que la existencia del Estado de derecho limita el ámbito de la democracia pero estos límites reflejan “la voluntad de la mayoría, los intereses y necesidades de todos”²⁷ ya que “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

²⁴ Luigi FERRAJOLI: *Sobre la definición de democracia. Una decisión con Michelangelo Bovero* (trad. Nicolás Guzmán) “Isonomía” (2003), 19, p. 230.

²⁵ *Ibid.*, p.230.

²⁶ *Ibid.*, pp.230-231.

²⁷ Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op.cit.*, p.864.

las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba”²⁸.

En función de la existencia o no de las garantías sociales y liberales Ferrajoli diferencia entre dos tipos de democracias: la democracia sustancial o Estado de derecho dotado de garantías, más deseable según Ferrajoli, y la democracia formal o estado político representativo basada únicamente en el principio de la mayoría como fuente de legalidad.

En primer lugar, las Constituciones sustantivas o ferrajolianas son aquellas que no solo buscan organizar el poder, sino que establecen una serie de principios y derechos fundamentales, limitando (y en el caso extremo impidiendo por completo) la libertad del legislador, ya que estaría sujeto a las directrices marcadas en la Constitución.

En segundo lugar, las Constituciones formales o kelsenianas son aquellas cuya finalidad es organizar el poder, siendo los órganos estatales quienes deciden sobre el derecho sustantivo sin establecer ningún límite a la capacidad legislativa de los poderes públicos²⁹.

Cabe resaltar que las características de estos dos grupos no se dan de forma estricta en la realidad (aunque exista una tendencia hacia un grupo u otro), matiza Prieto Sanchís³⁰, ya que por muy estrictamente formal que sea una Constitución siempre incorpora preceptos sustantivos, mientras que por muy sustantiva que sea la Constitución, nunca podrá regular tan detalladamente como lo hace el legislador.

Kelsen optó por el modelo formal de Constitución ante el temor de que los jueces ejercieran de legisladores debido a la vaguedad de los principios y derechos constitucionales que permiten diversas interpretaciones. Sin embargo, Ferrajoli considera más deseable el primer modelo ya que en la democracia sustancial “ninguna mayoría puede decidir la supresión de un inocente o la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un

²⁸ *Ibíd.*, p.864.

²⁹ Luis PRIETO SANCHÍS: *Constitucionalismo... op.cit.*, p.42.

³⁰ *Ibíd.*, p.42.

grupo minoritario; y tampoco puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a un ciudadano le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia”³¹. Siguiendo con este razonamiento, Ferrajoli considera que la expansión de la democracia pasa por crear más vínculos a todos los poderes para la tutela de los derechos vitales.

3.1.2 Conceptos básicos del garantismo o ubicación del garantismo.

La teoría iusnaturalista defiende que hay una serie de principios y derechos morales universales, por lo que las normas que no respetaran esos derechos no serían jurídicamente válidas. Esta afirmación supone una conexión necesaria entre Derecho y Moral, ya que una norma que vaya contra los principios marcados por la Moral no sería válida. Hay autores considerados como neoconstitucionalistas que apoyan esta afirmación, sin embargo no todos lo hacen. Los defensores de la existencia de una relación no necesaria entre esos dos conceptos (Derecho y Moral) se dividen en defensores de la teoría del positivismo jurídico excluyente y la teoría del positivismo jurídico incluyente³².

Los defensores de la primera de ellas, entre los que se encuentra Ferrajoli según Moreso, defienden que esa relación es imposible, bien porque no hay un conjunto universal de pautas morales, o bien porque el Derecho es incompatible con la Moral³³. Los autores que apoyan la segunda postura entienden que sí que existe un conjunto de principios morales universales, pero el Derecho no tiene por qué incorporar esos principios.

Dentro de los defensores de la teoría del positivismo jurídico excluyente, entre los que se encuentra Ferrajoli, existen diversas justificaciones de por qué no hay un conjunto privilegiado de pautas morales: el escepticismo moral, relativismo moral y no cognoscitivismo moral³⁴. Los primeros defienden que la relación entre Derecho y Moral es imposible porque no hay una forma confiable

³¹ Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op.cit.*, p.865.

³² José Juan MORESO: *Antígona... op.cit.*, p.187.

³³ *Ibid.*, p.186.

³⁴ *Ibid.*, p.188.

de acceder a estas pautas morales válidas. El segundo grupo de autores sostiene que existen varios conjuntos de pautas morales válidas en función del contexto, no habiendo un criterio para elegir entre esos conjuntos. Por último, los defensores del no cognoscitismo moral sostienen que los juicios morales no son susceptibles de verdad y la falsedad.

Ferrajoli, según Moreso, defiende el relativismo moral, es decir, sostiene que no hay un conjunto único de pautas morales, sino que hay múltiples conjuntos dependiendo del contexto. Debido a esto no puede haber un acceso a dichas pautas y, como consecuencia, los juicios morales serán verdaderos en función del contexto en que se evalúen³⁵.

Por último, hay que definir qué entiende Ferrajoli por liberalismo político y por democracia. En primer lugar, entiende que los seres humanos son autónomos, libres e iguales, por lo que las instituciones políticas tienen como función respetar los derechos que permiten desarrollar la autonomía humana. En segundo lugar, la toma de decisiones públicas debe tener en cuenta la voluntad de todos, teniendo en cuenta que la voluntad de la mayoría tiene un límite en los derechos básicos³⁶.

3.2 EL GARANTISMO EN DOS SIGNIFICADOS GENÉRICOS.

La teoría general del derecho, según Luigi Ferrajoli, tiene tres acepciones: el Estado de derecho, la Teoría del derecho y la Filosofía del derecho^{37,38}.

El modelo garantista como Estado de derecho es un modelo límite, por lo que a la hora de establecer si un sistema es garantista o no lo más correcto es establecer grados de cumplimiento de sus directrices. Un sistema constitucional tendrá un mayor grado de garantismo cuanto más idóneos sean sus mecanismos de invalidación y de reparación que aseguren la efectividad de

³⁵ *Ibid.*, p. 188.

³⁶ *Ibid.*, p. 189.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho... op.cit.*, p.854.

³⁸ José Juan MORESO: *Antígona... op.cit.*, p.184.

los derechos proclamados. Por muy avanzada que sea una Constitución, en los principios y derechos recogidos, no tendrá utilidad si no ha sido dotada de las debidas garantías que controlen y neutralicen el poder y el derecho ilegítimo³⁹.

El modelo garantista como Teoría del derecho “opera como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación interna del derecho, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión crítica hacia las leyes vigentes”⁴⁰. Esta perspectiva, desde un punto de vista interno, trata de evidenciar las antinomias del derecho positivo vigente. Este punto de vista es contrario al positivista donde el jurista tiene la tarea de cubrir las antinomias en vez de denunciarlas. De esta forma el Garantismo estimula el espíritu crítico sobre la validez de las leyes.

El modelo garantista como Filosofía del derecho “impone al Derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”⁴¹. Con esta acepción el Garantismo pretende, desde tiene un punto de vista externo o político diferente, que exista una legitimación del Estado y del Derecho en función del grado de garantía de los valores fundamentales o naturales, ya que ese el fundamento de la creación de las instituciones.

Pese a que Ferrajoli reconoce las acepciones ya definidas del Garantismo (como Modelo de derecho, Teoría jurídica y Filosofía política), según el profesor Moreno, se pueden enunciar dos significados genéricos: uno como Modelo de derecho y otro como propuesta de Teoría general del derecho⁴². El primer supuesto es una alternativa al Estado del derecho, y el segundo es una superación de “los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas”⁴³. Ambos significados se basan en que el poder tiende a acumularse, por lo que hay que garantizar los derechos de los más débiles. En los siguientes apartados vamos a desglosar cada uno de estos significados.

³⁹ Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op.cit.*, p.852.

⁴⁰ *Ibíd.*, p.852.

⁴¹ *Ibíd.*, p.853.

⁴² Rodolfo MORENO CRUZ: *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” (2007), 120, p.827.

⁴³ *Ibíd.*, p.827.

3.2.1 La teoría garantista como modelo de Estado.

Ferrajoli basa su creación de un nuevo modelo de Estado en las críticas hacia el Estado de derecho liberal. Lleva a cabo tres críticas: la inadecuación del Estado a las funciones del Estado del bienestar, crisis de legalidad y crisis del Estado Nación⁴⁴.

En primer lugar, debido a las desigualdades económicas provocadas por el Estado de derecho liberal se creó el Estado del bienestar. Este Estado creó tres crisis: la crisis de la ilegalidad ya que el cumplimiento de las prestaciones sociales no era universal, sino que dependía de la presión de los *lobbies*. La crisis del secreto estatal, ya que estas formas de presión crean poderes ocultos. Y debido a los anteriores, la crisis de la clase gobernante.

En segundo lugar, el Estado garantista invierte los papeles del Derecho y el poder, es decir, el poder ahora es un instrumento del Derecho, ya que está sometido a los preceptos constitucionales no como en el Estado premoderno donde el Derecho era un instrumento en manos del poder. Esta postura rechaza la tesis kelseniana que afirma que la validez es únicamente formal porque se exige que la validez sea formal y sustantiva, es decir, que las leyes sean conformes a los procedimientos constitucionales y a los derechos fundamentales.

En tercer lugar, se está produciendo un traslado de la soberanía del Estado Nación al marco internacional. Esta transferencia genera una crisis ante la falta de un constitucionalismo y de una jerarquía de fuentes internacional.

En este punto tenemos que distinguir entre el Estado de derecho en el plano interno, donde se producen las dos primeras crisis, y el Estado de derecho en el plano internacional, donde se produce la tercera.

3.2.1.1 Estado de derecho en el plano interno.

Este apartado estará centrado en las dos primeras crisis dejando la tercera para la explicación del Estado de derecho en el plano internacional.

⁴⁴ Jorge Ernesto VELARDE SUSSONI: *El derecho como sistema de garantías*, "Jueces para la democracia" (1992), 16-17, p.119.

La duda que se plantea tras la definición de estas dos crisis es qué debe considerarse como derecho fundamental. Según Ferrajoli, inspirado por la idea kantiana de que el ser humano es siempre un fin y nunca un medio, define los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁴⁵. Ferrajoli entiende por derecho subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”⁴⁶.

En la concepción sustantiva de Constitución defendida por Ferrajoli, donde las leyes para ser válidas tienen que serlo formal y sustancialmente, no puede haber conflictos entre leyes y preceptos constitucionales porque eso invalidaría la ley, es decir, las patologías son siempre verticales o nomodinámicas. En las siguientes líneas examinaremos si esta utopía de Ferrajoli se cumple en los Estados de derecho moderno.

Los conflictos entre leyes tienen unas reglas marcadas para resolverse, pero no ocurre lo mismo con los principios constitucionales. Esto no sería un problema si las constituciones fueran meramente formales, ya que no existirían conflictos (en concreto ni en abstracto) entre las normas constitucionales, pero debido a la rematerialización de las constituciones se producen múltiples conflictos en la aplicación de los principios a un caso concreto. Esta falta de reglas se debe, en palabras de Zagrebelsky, a que las leyes son un mandato o un contrato tras el que el legislador tiene una intención, mientras que los principios constitucionales, en su afán de meter bajo sus paraguas diferentes proyectos políticos, no cuentan con una interpretación del constituyente⁴⁷.

Luigi Ferrajoli, según Prieto Sanchís, defiende que no existen conflictos entre derechos constitucionales en abstracto, mientras que existe otra corriente de pensamiento que afirma que esos conflictos sí que se producen. Lo que

⁴⁵ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4ªed., ed. Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello; trad. Perfecto Andrés *et al.*), Madrid, Trotta, 2009, p. 19.

⁴⁶ *Ibid.*, p.19.

⁴⁷ Gustavo ZAGREBELSKY: *Historia y constitución* (Prólogo Miguel Carbonell, trad. Miguel Carbonell), Madrid, Trotta, 2005, pp. 25 y ss.

nadie niega es que esos conflictos se produzcan en su aplicación a casos concretos.

Los defensores de las teorías normativas, entre los que se encuentra Ferrajoli, defienden que en abstracto no se producen conflictos entre derechos fundamentales, aunque con matices, pero que sí se dan en situaciones concretas de su aplicación. Para este grupo, estos conflictos en abstracto pueden ser resueltos de forma racional, es decir, que se puede prever *ex ante* qué derecho va a prevalecer en esa situación, por lo que realmente no habría un conflicto. Sin embargo, los defensores de las teorías descriptivas defienden que sí pueden existir conflictos en abstracto entre derechos fundamentales, sin que se pueda prever *ex ante* qué derecho va a prevalecer en un conflicto, aunque los supuestos sean muy limitados.

Hay que distinguir, por tanto, la incompatibilidad en abstracto (en la fase de formulación de los derechos fundamentales sin ir al caso concreto) y la incompatibilidad, en concreto, yendo a su aplicación a un caso.

Para entender la postura de los defensores de la teoría normativa es necesario explicar la jerarquía de derechos llevada a cabo por Ferrajoli. Este autor, sostiene que hay distinguir entre cuatro tipos de derechos: derechos-inmunidad ilimitados, derechos de libertad, derechos sociales y derechos-poder⁴⁸.

En primer lugar, los derechos-inmunidad ilimitados son aquellos en los que “su garantía no interfiere en otros derechos”⁴⁹. En este grupo, se incluirían el derecho a la vida o el derecho a la libertad de conciencia. Según Ferrajoli, estos derechos no pueden colisionar con otros derechos, pero Prieto Sanchís sostiene que no es que no pueda colisionar con otros tipos de derechos, sino que pueden colisionar con derechos del mismo tipo⁵⁰. Por ejemplo, los testigos de Jehová que no permiten las transfusiones de sangre, aunque eso acabe con la vida de su hijo, producirían una colisión entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia. Una posible solución a este conflicto sería crear una

⁴⁸ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op.cit.*, p.353-354.

⁴⁹ *Ibid.*, p.353.

⁵⁰ Luis PRIETO SANCHÍS: *Constitucionalismo...op.cit.*, p.50.

jerarquía dentro de estos derechos, pero esta idea no ha sido planteada por Ferrajoli. También podría darse la situación de que se produjera una colisión entre el mismo derecho de dos personas. Por ejemplo, en casos de legítima defensa puede darse que el derecho a la vida de dos personas sea incompatible.

En segundo lugar, los derechos de libertad “encuentran sus límites impuestos por la convivencia con los derechos de libertad de los demás”⁵¹. En este grupo se incluirían los derechos de libertad de expresión, manifestación o asociación. Según Prieto Sanchís, Ferrajoli sostiene que se puede trazar una línea clara entre el derecho y su límite, pudiendo distinguir las conductas tuteladas por el derecho y las tuteladas por el límite a ese derecho, sin que por lo tanto exista un conflicto. El problema es que esa línea clara no se da en la práctica ya que la Constitución no establece una separación clara entre el derecho y el límite del derecho, y es por eso, por lo que jurisprudencialmente se suele aplicar el juicio de ponderación.

En tercer lugar, los derechos sociales no tienen límites “en los derechos fundamentales de otro tipo, sino solo en los costes de su satisfacción”⁵², es decir, tienen su límite en la recaudación que pueda llevar a cabo el Estado sin eliminar los derechos patrimoniales de los individuos. También podrían producirse colisiones entre los propios derechos sociales, ya que el poder político tiene que decidir a qué derechos sociales les da más importancia otorgando medios materiales para la implementación de uno en detrimento de otro. Este conflicto se puede plantear como un conflicto entre derechos, para que así pudiera existir una tutela judicial que imponga un contenido mínimo del derecho impidiendo que los derechos sociales dependan únicamente de las mayorías políticas del momento.

En cuarto lugar, los derechos poder “son, justamente, los que las leyes, en función de la tutela y de la satisfacción de los demás derechos constitucionales (...), tienen la tarea de someter a límites, vínculos y controles

⁵¹ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op.cit.*, p.353.

⁵² *Ibid.*, p.353.

jurisdiccionales de validez y licitud”⁵³. En este grupo se encuentran los derechos de autonomía privada y pública. Ferrajoli da a entender que los derechos constitucionales no pueden ser sometidos por estos derechos poder, pero en la realidad habría que hacer un juicio de ponderación para establecer hasta qué punto un individuo puede renunciar al ejercicio (nunca a la titularidad) de un derecho constitucional ejerciendo su libertad privada. Por ejemplo, un alcalde no puede decidir cómo visten sus ciudadanos, pero un empresario si puede imponer una determinada vestimenta⁵⁴. Por tanto, los derechos fundamentales son límites a la autonomía privada, pero también es verdad que los derechos fundamentales no son estrictos, sino que permiten cierto grado de decisión por parte de los individuos ya que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas tiene que ser compatible con la autonomía privada.

Esta parece la visión parece más razonable, pero Ferrajoli no lo considera así porque sostiene que los derechos de autonomía están sujetos totalmente a los derechos fundamentales, por lo que no deben ponderarse ni hacerse compatibles con los derechos de libertad⁵⁵, es decir, los derechos de libertad siempre desplazan a los poderes de autonomía privada por lo que no habría conflicto entre ellos ya que podría ser resuelto *ex ante*.

En definitiva, Ferrajoli defiende una fuerte jerarquización de los derechos para así eliminar los conflictos en abstracto, ya que de esta forma se podría conocer *ex ante* qué derecho va a resultar ganador en un conflicto por lo que este no existiría como tal. Además, para el profesor italiano, el poder jurisdiccional es una barrera contra los abusos del poder, pero eso le concede un gran poder. Para limitar ese extraordinario poder de censura que otorga el Garantismo a los jueces, Ferrajoli trata de que su función sea lo más cognoscitivista y menos decisional posible. En otras palabras, el juez garantista

⁵³ *Ibid.*, p.353.

⁵⁴ José Juan MORESO: *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*, DOXA (2008), 31, p. 284.

⁵⁵ José Juan MORESO: *Sobre los conflictos entre derechos*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p.165.

no tiene la posibilidad de ponderar, sino que su tarea es simplemente subsumir limitando así su discrecionalidad⁵⁶.

Hasta ahora nos hemos centrado en los conflictos entre derechos, pero es importante resaltar que los derechos fundamentales también pueden entrar en conflicto con otros bienes constitucionalmente protegidos. Por ejemplo, el derecho a huelga puede ser restringido para el buen funcionamiento de los servicios públicos, estableciendo unos servicios mínimos, pese a que no existe un derecho fundamental de buen funcionamiento de los servicios públicos⁵⁷.

Después de este inciso para explicar la jerarquía ferrajoliana entre derechos fundamentales, retomamos la explicación de las dos teorías fundamentales (descriptiva y normativa) para entender la visión de este autor sobre los conflictos entre derechos.

Para los defensores de las teorías descriptivas hay conflicto en abstracto entre derechos fundamentales cuando se dan dos condiciones. En primer lugar, los supuestos de hecho a los que se aplican estos derechos tienen que ser total o parcialmente coincidentes. En segundo lugar, la primera norma confiere al sujeto una modalidad activa de derecho, mientras que la segunda norma confiere a otros sujetos una modalidad activa incompatible con la primera. Por ejemplo, es incompatible la modalidad activa del derecho de libertad de expresión con la modalidad activa de defensa del derecho al honor, la dignidad y la propia imagen⁵⁸.

Por tanto, las teorías descriptivas aceptan que pese a que defienden que si se pueden dar conflictos en abstracto estos conflictos son muy poco frecuentes debido a que la mayoría de los derechos fundamentales no han sido recogidos en la Constitución estableciendo supuestos de hecho cerrados, sino que sus condiciones de aplicabilidad son indeterminadas lo que hace difícil que se produzca una coincidencia entre dos supuestos de hecho.

⁵⁶ Luis PRIETO SANCHÍS: *Constitucionalismo... op.cit.*, pp.52-53.

⁵⁷ José Juan MORESO: *Sobre los conflictos... op.cit.*, p.166.

⁵⁸ Paolo COMANDUCCI: *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p.110.

Para Ferrajoli, defensor de las teorías normativas, los derechos fundamentales en sentido abstracto pueden entrar en conflicto, pero limita mucho más que los defensores de las teorías descriptivas el alcance de esta posibilidad.

Solo pueden darse conflictos en abstracto entre algunos derechos de libertad. Concretamente en aquellos que encuentran sus límites en los derechos de libertad de los demás. Por ejemplo, derecho a la libertad de expresión y derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Sin embargo, para el resto de los derechos de libertad no hay posibles conflictos, ya que consisten simplemente en una inmunidad (un no hacer). Por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho a la conciencia son compatibles con el resto de los derechos porque para su violación se requiere una conducta activa por parte del infractor que en ningún supuesto será avalada por un derecho fundamental⁵⁹.

Los derechos sociales no tienen conflictos con los derechos de libertad, porque los únicos límites son los de la recaudación fiscal, afirma Ferrajoli⁶⁰. En este punto sus críticos defienden que los derechos sociales podrían estar limitados por los derechos patrimoniales de los individuos⁶¹. Tampoco hay conflictos entre los derechos poder y los derechos de libertad, ni entre los derechos sociales y los derechos de autonomía privada y política, ya que no se pueden considerar conflictos sino sujeción a la ley⁶².

En cuanto a la compatibilidad en concreto ninguna teoría, ni normativa ni descriptiva, niega que puedan darse conflictos entre derechos fundamentales en su aplicación a casos concretos. Por tanto, ambas teorías admiten que se van a producir conflictos entre principios fundamentales en concreto. La diferencia está en que las teorías descriptivas defienden que hay casos en los que la solución a esos conflictos no se puede conocer *ex ante*, sino que se tendrá que llevar a cabo una ponderación para conocer la decisión final, mientras que las teorías normativas defienden que sí se puede prever la

⁵⁹ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op.cit.*, p. 351.

⁶⁰ *Ibid.*, p.354.

⁶¹ Luis PRIETO SANCHÍS: *Constitucionalismo... op.cit.*, p.51.

⁶² Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op.cit.*, p.353.

solución *ex ante*, por lo que no habría un conflicto como tal, salvo en los conflictos entre algunos derechos de libertad. En definitiva, la diferencia entre los defensores de ambas teorías es muy pequeña, ya que en ambos casos admiten la posibilidad de existan conflictos en abstracto, aunque las teorías normativas reconocen menos supuestos.

Una vez examinados cuales son los tipos de derechos y los posibles conflictos entre ellos consideramos necesario un examen más exhaustivo de los derechos sociales, ya que estos contienen la particularidad de que pese a que están reconocidos en las constituciones no siempre son respetados.

Con la creación de las constituciones del siglo XX se deja atrás el Estado liberal, que es un estado limitado solo por normas negativas y surge el Estado social que está limitado por normas negativas y normas positivas, es decir, hasta entonces el Estado solo tenía obligaciones de no hacer en las materias protegidas por los derechos de libertad, pero con el Estado social se crea para el Estado la obligación de hacer para cumplir con los derechos sociales.

Esto provoca un cambio en la legitimación del Estado ya que “mientras el Estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el Estado de derecho social debe también mejorarlas; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder y, hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc”⁶³.

El surgimiento de estos derechos sociales en las constituciones del siglo pasado se debe a la creación del deber moral de hacernos cargo de las

⁶³ Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op.cit.*, p.862.

necesidades de otros. En el primer constitucionalismo, esa moral colectiva no existía, por lo que los derechos sociales no se encontraban en la Constitución, sino que todos los derechos se imponían frente al Estado, es decir, solo había derechos liberales. Fue la aparición de esa moral lo que provocó el surgimiento del Estado social que reconoce en su Constitución los derechos sociales. El surgimiento del Estado social se da por tres motivos⁶⁴.

Primero, el individuo no puede satisfacer por sí solo sus necesidades básicas. Esta incapacidad de insatisfacción se da en tres aspectos: biológicos, económicos y asistenciales. En primer lugar, la incapacidad biológica se debe a que por los avances económicos se han producido un mayor número de situaciones de dependencia, algunas por la avanzada edad de algunos ciudadanos, y otras, porque el número de años de formación requeridos es mayor. En segundo lugar, la incapacidad económica se debe a la migración de personas a las ciudades provocando que se pase de un sistema de autoabastecimiento a uno donde el sujeto es incapaz de producir todo lo que consume. En tercer lugar, la incapacidad asistencial es debida a la reducción del número de miembros por familia, por lo que el cuidado tampoco puede ser provisto por la propia unidad familiar. En este contexto, dependemos mucho más los unos de los otros a la hora de cubrir las necesidades básicas. La única forma de que una gran mayoría de individuos sea capaz de cubrir esas necesidades es mediante un Estado que lo conceda.

Segundo, surgen problemas sociales que no pueden ser resueltos mediante responsabilidad individual sobre todo relacionadas con el desempleo. Para solucionar este primer problema han surgido políticas económicas como prestaciones por desempleo, buscadores de empleo público... En segundo lugar, la difícil situación económica, y en algunos casos de formación, de los inmigrantes ha provocado una diferenciación entre los ciudadanos del país y los ciudadanos extranjeros que buscan entrar en el país⁶⁵. En tercer lugar, con la creación del Estado social todos los riesgos se han sociabilizado por la

⁶⁴ Francisco J. CONTRERAS PELÁEZ: *Defensa del estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p.13.

⁶⁵ Luigi FERRAJOLI: *Razones jurídicas del pacifismo* (editor Gerardo Pisarello, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al.), Madrid, Trotta, 2004, p.177.

aplicación de mecanismos estatales de compensación, como la Seguridad Social, a aquellas personas que sufren dificultades económicas⁶⁶.

Tercero, la Moral exige que el Estado, para que sea considerado legítimo, tiene que garantizar un mínimo bienestar. Estos dos factores (problemas sociales e incapacidad de colmar las necesidades básicas) exigen que el Estado asuma un nuevo papel de promover los derechos de carácter social para mantener su legitimidad frente a los ciudadanos, existiendo no solo derechos frente al poder, sino obligaciones del Estado con sus ciudadanos. Por eso, la legitimidad de los poderes públicos no solo depende de que no entorpezcan los derechos de los ciudadanos, sino que tienen que promoverlos eficazmente, es decir, la caridad pasa de estar en manos privadas, fundamentalmente la Iglesia, a estar en manos estatales al crearse los derechos sociales para proteger a los ciudadanos.

Una vez aclarado por qué son necesarios los derechos sociales Ferrajoli sostiene que el Estado debe diseñar mecanismos para que se garanticen los derechos sociales con el objetivo de alcanzar lo que llama el Constitucionalismo de la igualdad⁶⁷. Para Ferrajoli, el reto consiste en establecer un sistema de garantías eficaz, ya que los derechos sociales se encuentran recogidos en las constituciones, pero no pueden ser reclamados por los ciudadanos. Esta divergencia entre reconocimiento y eficacia es la que utiliza Ferrajoli para establecer una diferenciación entre las garantías primarias o sustanciales y las garantías secundarias o jurisdiccionales⁶⁸.

En primer lugar, las garantías primarias obligan al Estado y a los particulares a respetar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En el caso de los derechos sociales, la garantía primaria es que los derechos sociales estén recogidos en la Constitución como un mandato al Estado.

⁶⁶ Francisco J. CONTRERAS PELÁEZ: *op.cit.*, pp.14 a 18.

⁶⁷ Miguel CARBONELL: *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p.171.

⁶⁸ *Ibid.*, p.183.

En segundo lugar, las garantías secundarias obligan al Estado a actuar para que se cumplan las expectativas generadas por algún derecho en caso de violación. En el caso de los derechos sociales, la garantía secundaria es que si esos derechos fueran violados podrían ser reclamados.

El problema de los derechos sociales es que, pese a que la primera garantía se ha cumplido, ya que están recogidos en la Constitución y en múltiples textos legales, la segunda garantía no ha acompañado, es decir, se cumple el principio de legalidad, pero no el principio de jurisdiccionalidad. “El enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, sin embargo, no se ha visto acompañado por la elaboración de garantías sociales o positivas adecuadas, es decir, por técnicas de defensa y de protección jurisdiccional parangonables a las previstas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad”⁶⁹.

El motivo ha sido que “mientras las garantías liberales requieren del Estado prestaciones negativas consistentes en un no hacer y que, por consiguiente, de por sí no cuestan nada, las garantías sociales exigen al Estado prestaciones positivas y tienen en consecuencia un coste económico, si bien no mayor para la colectividad que el del Estado social burocrático o paternalista”⁷⁰. Además, unos “son situaciones que se pueden llamar activas, en el sentido de que son directamente activables o tutelables mediante el ejercicio pacífico por sus titulares, mientras que las otras son situaciones pasivas, cuya satisfacción requiere una actividad de otros sujetos”⁷¹. Por último, “la violación de las prohibiciones públicas establecidas en garantía de los ‘derechos de’ da lugar a antinomias, es decir, a normas vigentes pero inválidas, la violación de las obligaciones públicas establecidas en garantía de los ‘derechos a’ produce lagunas, es decir, carencia de normas: y si una antinomia puede ser resuelta con la anulación o la reforma de la norma inválida, una

⁶⁹ Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op.cit.* p .863.

⁷⁰ *Ibíd.*, p.863.

⁷¹ *Ibíd.*, p.863.

laguna sólo puede ser colmada con una actividad normativa no siempre fácilmente coercible o subrogable”⁷².

La forma de lograr las garantías secundarias para los derechos sociales que propone Ferrajoli consiste en abrir vías jurisdiccionales a través de las que se puedan denunciar las violaciones de derechos sociales y delimitar el núcleo inalienable de los derechos sociales ante los que el legislador no pueda regular^{73, 74}. El objetivo es que con la suma de los núcleos intangibles de estos derechos se garantice un mínimo vital indispensable para todos los ciudadanos.

Una de las ideas que propone Ferrajoli para lograr una mayor garantía de los derechos sociales es la implantación de la renta básica, que consiste en otorgar una asignación económica a todas las personas de un Estado sin condiciones. La renta básica, para que pueda ser considerada un derecho fundamental, debe tener ese carácter universal independientemente de tu renta o posición social. Normalmente los programas asistenciales de los gobiernos exigen una serie de requisitos por lo que no estaríamos ante un derecho fundamental, además en ningún caso, se podría reclamar en vía judicial, sino que dependen de la voluntad del gobierno de turno.

“El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción *ex lege*, 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”⁷⁵.

Ferrajoli defiende este derecho social frente a otros porque tendría una reducida burocracia, ya que al concederse a toda la población no requiere de la misma burocracia que aquellas subvenciones que exigen del cumplimiento de ciertos requisitos que tienen que ser comprobados por la Administración. Además, sostiene que pese a ser muy costosa al evitar la carga económica de

⁷² *Ibid.*, p. 864.

⁷³ Miguel CARBONELL: *op.cit.*, p.184.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 189.

⁷⁵ Luigi FERRAJOLI: *Pasado y futuro del estado de derecho*, “RIFP” (2001), 17, p.38.

corruptelas y burocracias, que si tienen el resto de las ayudas, se reduciría el costo en relación con el resto siendo, por lo tanto, mucho más eficaz.

El problema de la implantación de esta medida, sostienen sus detractores, es que ocasionaría un gran aumento del gasto público por no hablar del efecto inflación, ya que no se darían subvenciones solo a una parte de la población necesitada de la colaboración del resto para cubrir sus necesidades básicas, sino a la totalidad de la población. Esta subida del gasto público llevaría aparejada un aumento de los impuestos que, sin duda, provocarían una reducción de la economía productiva del país, es decir, un empobrecimiento generalizado.

Si esto no fuera suficiente la implantación de esta renta básica estaría desincentivando el empleo, ya que una parte de los ciudadanos no estarían dispuestos a trabajar porque la cuantía recibida en forma de salario y la recibida por la renta básica universal sería similar. Esta equiparación entre lo recibido por parte del Estado y por las rentas del trabajo provocaría una reducción de los incentivos para ser productivos para la sociedad, lo que volvería a redundar en un empobrecimiento social.

Además, esta actitud generaría un círculo vicioso ya que debido a que esta parte de la población no trabaja no se le pueden cobrar impuestos sobre su producción, por lo que para mantener esa renta básica sería necesario subir los impuestos al resto de ciudadanos. Esta necesaria subida de la recaudación estatal provoca que un mayor número de ciudadanos pierda los incentivos para trabajar, debido a que el aumento de los impuestos que reduce sus salarios netos y no son capaces de producir suficiente cantidad de bienes o servicios para que el salario recibido les compense ese esfuerzo realizado. En definitiva, esta subida de impuestos supone que la equiparación entre lo ingresado por rentas del trabajo y por renta básica se produciría en un mayor porcentaje de la población, por lo que más ciudadanos se verían tentados a unirse a la parte improductiva de la sociedad.

3.2.1.2 Estado de derecho en el plano internacional.

Este apartado se centra en la tercera de las crisis del Estado liberal, la crisis del Estado nacional, donde Ferrajoli trata las consecuencias de la globalización, ya que según el autor italiano: “el destino de cualquier país (...) depende cada vez menos de las decisiones internas adoptadas por sus gobernantes (...) y cada vez más de las decisiones adoptadas por poderes de carácter supra o extraestatal”⁷⁶.

El profesor florentino es muy consciente de los peligros a los que se enfrentan los derechos fundamentales en el marco internacional, y por ello, no propone un gobierno mundial sino una democracia internacional “basada en el carácter democrático-representativo de los órganos supraestatales y, sobre todo, en su función de garantía de la paz y de los derechos fundamentales”⁷⁷.

Su propuesta de democracia internacional se tiene que enfrentar a una democracia anclada en la figura del Estado y a la superioridad de la política sobre el Derecho. En cuanto al primer problema, argumenta que no tiene por qué haber una relación entre el Estado y la democracia o el Derecho, prueba de ello, es la existencia de la Unión Europea que es una democracia creadora de derecho siendo la unión de múltiples Estados. Sobre el segundo, el Garantismo inicialmente se centró en el Estado Nación considerando que la política es un instrumento en manos del derecho, pero es un sistema aplicable a cualquier tipo de ordenamiento.

Ferrajoli defiende que para lograr una democracia internacional son necesarios los siguientes tres elementos: un órgano legítimo que organice a las naciones, la promoción de la paz y una jurisdicción penal internacional. En primer lugar, para el jurista italiano, la ONU es un buen inicio como órgano legítimo, pero destaca la falta de medios para hacer efectivas sus declaraciones sobre derechos fundamentales y la falta de democracia en su interior, por eso señala como necesarias “la eliminación del Consejo de Seguridad o al menos de la figura de los miembros permanentes con derecho

⁷⁶ Luigi Ferrajoli: *Razones... op.cit.*, p.72.

⁷⁷ *Ibíd.* p. 81.

de veto reservada a las grandes potencias, el reforzamiento de los poderes de la Asamblea General y (...) una mayor implicación de las organizaciones gubernamentales⁷⁸. En segundo lugar, para Ferrajoli, el mayor peligro contra los derechos fundamentales es la guerra, por lo que considera que cualquier tipo de guerra es ilegal⁷⁹. Para este autor, hay una estrecha relación entre la paz y el aseguramiento de los derechos fundamentales. En tercer lugar, considera capital el establecimiento de una corte internacional de carácter obligatorio que tenga competencia en los conflictos entre países, y entre ciudadanos y países⁸⁰.

Ferrajoli expresa así su “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 se puede 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”⁸¹.

3.2.2 La Teoría garantista como Teoría general del derecho.

La Teoría General del Derecho, según el profesor Moreno Cruz, está integrada por tres áreas: la Teoría del Derecho, la Ciencia jurídica y la Filosofía política. Estas tres áreas se diferencian en el método y objeto perseguido.

La Teoría garantista del derecho produce, según el profesor Moreno Cruz, los siguientes cambios desarrollados más ampliamente en los siguientes apartados: la teoría jurídica se vuelve valorativa, el juez adquiere la facultad de aplicar la ley o no, y el jurista adquiere la capacidad de dictaminar sobre la validez o no de las normas. Sin embargo, estos cambios solos están referidos a la ilegitimidad del poder desde el punto de vista interno dejando de lado la

⁷⁸ *Ibíd.* p.88.

⁷⁹ *Ibíd.* p.39.

⁸⁰ *Ibíd.* p.120.

⁸¹ Rodolfo MORENO CRUZ: *op.cit.*, p.841.

ilegitimidad estatal desde el punto de vista externo. Es por esto por lo que dentro de la distinción establecida por Moreno Cruz, entre Modelo de derecho y Teoría garantista del derecho, en esta última optamos por la clasificación basada en ilegitimidad del Estado de Luigi Ferrajoli.

Resulta claro que cuanto más se expanden las garantías y los derechos, ya sean tanto deberes de hacer como deberes de no hacer por parte del Estado, aumenta la divergencia entre el deber ser y el ser del derecho. De ahí que el Estado sea ilegítimo ya que incluso en los ordenamientos más perfectos existen derechos que no resultan realizados o garantizados en su totalidad. Esta ilegitimidad solo surge en el Estado de derecho ya que en los Estados absolutos no existen deberes por parte del poder. En el Estado de derecho liberal esta ilegitimidad se produce debido a las antinomias (violaciones por comisión) que provocan divergencia entre el derecho que es y el que debe ser. Además, en el Estado de derecho social surgen las lagunas (violaciones por omisión) ante la falta de regulación para hacer aplicables los derechos sociales. Ante esta falta de legitimidad los Estados tienen dos opciones. Una solución regresiva que pasa por reducir el número de derechos o su alcance para minorar las obligaciones del poder y reducir así la divergencia entre derecho que debe ser y derecho que es. Una solución progresiva que consiste en tratar de detectar las incoherencias del ordenamiento y realizar una interpretación extensiva y vinculante para que el poder cumpla con sus deberes⁸².

Esta ilegitimidad irreductible del Estado tiene dos facetas. En la primera “designa una teoría jurídica que permite la crítica y la deslegitimación interna de las normas vigentes inválidas, en la segunda designa una doctrina filosófico-política que permite la crítica y la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas, conforme a la rígida separación entre Derecho y Moral, o entre validez y justicia, o entre punto de vista jurídico o interno y punto de vista ético-político o externo al ordenamiento”⁸³.

⁸² Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op.cit.* p.867.

⁸³ *Ibíd.*, p.880.

3.2.2.1 Punto de vista interno.

En el Estado premoderno no existía un derecho legislativo, sino que era un derecho jurisprudencial o doctrinal donde existía derecho estatutario, pero no organizado en un sistema unitario. No es hasta la creación del Estado moderno donde se puede diferenciar las normas del derecho positivo de la Ciencia del derecho porque hasta entonces el derecho estaba formado por las opiniones de los juristas. En este derecho premoderno la legitimación dependía del grado de cumplimiento del derecho natural lo que provocaba que no hubiera separación entre Derecho y Moral.

La innovación del derecho moderno no es de contenido sino de legitimación, ya que pasa de depender del derecho natural a ser legítimo porque surge del poder, lo que conlleva por un lado la separación entre Derecho y Moral y por otro la separación entre Derecho y Ciencia Jurídica. Debido a estos cambios se crea el principio de legalidad con dos sentidos. Como fuente formal de vigencia de las normas ya que si las normas no cumplen determinados requisitos formales no se consideran vigentes. Como fuente sustancial de validez ya que si las normas son contrarias a los derechos fundamentales no se consideran válidas. Esta positivación de las normas mediante el principio de legalidad permite separar las normas de los juristas y que estas sean objeto de su interpretación⁸⁴.

Esta diferenciación entre vigencia y validez supone que el Garantismo admita que existe un derecho vigente pero inválido porque se produzca una antinomia con el contenido de una norma superior pese a cumplir los requisitos de forma. Además, existe un derecho válido pero no vigente, porque pese a cumplir con los requisitos de contenido no cumple con los requisitos de forma. Este planteamiento, que podemos llamar según Ferrajoli positivismo crítico, pone en cuestión dos dogmas del positivismo: “la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el derecho positivo vigente”⁸⁵.

⁸⁴ *Ibíd.*, p.870.

⁸⁵ *Ibíd.*, p.872.

El primer dogma “consiste en la afirmación de la existencia para el juez de una obligación jurídica de aplicar las leyes vigentes”⁸⁶. Para el Garantismo, apoyado en el positivismo crítico, los jueces no deben aplicar una ley si tras hacer un juicio de invalidez no la consideran válida por ir contra la Constitución. Las leyes constan de una presunción de validez por razones de certeza y funcionalidad, pero esta presunción es relativa ya que puede ser superada por una valoración crítica de un juez. No es relevante que la ley no haya sido nunca sospechosa de invalidez o que no haya sido declarada inválida en otros juicios de validez, ya que “la validez no se da nunca por descontada de una vez por todas”⁸⁷.

El segundo dogma es el “carácter no valorativo de la Ciencia Jurídica y que las leyes no pueden criticarse desde dentro”⁸⁸. En los Estados absolutos la validez y la vigencia son juicios de hecho ya que las únicas normas se refieren a quien es el soberano y como se crean las normas; resolviendo los juicios de validez en función de si están presentes los requisitos formales que determinan la vigencia. Sin embargo, en el Estado de Derecho las constituciones no solo establecen condiciones formales sino también establecen derechos inviolables. En estos Estados los juicios de validez, llevados a cabo por la Ciencia Jurídica, tienen que ser valorativos ya que los parámetros de validez incluidos en la Constitución consisten en valores como la igualdad, libertad, dignidad⁸⁹...

Estos dos dogmas no tendrían que ser eliminados si no existieran vicios en el sistema jurídico. En efecto, los vicios en forma de antinomias (violaciones de acción) permanecen mientras no se anulen por los jueces normas indebidamente vigentes por inválidas al ir contra el contenido de normas superiores. Los vicios en forma de lagunas (violaciones de omisión) permanecen hasta que no se emita una norma indebidamente no vigente ya que al ser válida debería haber sido vigente para cumplir con el deber estatal. Estos dos vicios provocan que los jueces tengan que hacer juicios valorativos sobre la validez de las leyes y que, por lo tanto, no siempre apliquen las leyes

⁸⁶ *Ibíd.*, p.872.

⁸⁷ *Ibíd.*, p.873.

⁸⁸ *Ibíd.*, p.873.

⁸⁹ *Ibíd.*, p.875.

vigentes viéndose obligados a eliminar los dos dogmas marcados por el positivismo.

Una vez explicada la visión de Ferrajoli es pertinente dar voz a alguno de sus críticos. En primer lugar, Ruiz Miguel defiende que los juicios de validez y de vigencia son totalmente indistinguibles porque en ninguno de los dos casos es un juicio de hecho (recordemos que Ferrajoli defiende que los juicios de vigencia son juicios de hecho), sino que en ambos casos hay un juicio de valor ya que las normas formales también pueden contener elementos indeterminados que requieran valoración⁹⁰.

En segundo lugar, Ferrajoli afirma que la validez nunca puede darse por descontada y que por lo tanto se pueden llevar a cabo múltiples juicios de validez. En este punto, parece que la realidad también va contra Ferrajoli, ya que en los sistemas basados en el valor del precedente, como el norteamericano, un tribunal inferior no tiene prácticamente opciones de plantear la revisión de una norma cuando el tribunal superior se ha pronunciado. Además, en los sistemas europeos, como el español, existen normas que obligan a interpretar y aplicar las normas legales según la interpretación realizada por los órganos constitucionales⁹¹. También es conveniente resaltar la gran asimetría entre una norma vigente que puede ser sometida a un juicio de validez en múltiples ocasiones, y una norma invalidada que no puede ser vuelta a poner en vigor.

3.2.2.2 Punto de vista externo.

En función de su forma de legitimación se pueden dividir los estados en: autopoieticos y en heteropoieticos. Son autopoieticos los Estados que se legitiman por seguir entidades metafísicas como Dios, la naturaleza... como ocurría en el Estado premoderno. De esta forma el Estado es un fin en sí mismo ya que encarna los valores para cuya conservación ha de

⁹⁰ Alfonso RUIZ MIGUEL: *Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p.216.

⁹¹ *Ibid.*, p.219.

instrumentalizarse el derecho. Estos rasgos suponen que no exista un punto de vista externo desde el que pueda atacarse la legitimidad del Estado, ya que el punto de vista del individuo carece de relevancia causando la falta de límites del poder estatal.

En los Estados heteropoiéticos el poder no es un fin en sí mismo, sino que es un medio que está legitimado si garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero que deja de estarlo si no los garantiza o si los viola. En este caso la legitimación no proviene de seguir entidades metafísicas sino de cumplir con los deseos sociales. Los ciudadanos, en este tipo de Estado, sí tendrían un punto de vista externo desde que atacar la legitimidad del poder en función del grado de cumplimiento de su tarea⁹².

“El garantismo consiste esencialmente en esta fundamentación héteropoiética del derecho, separado de la Moral. Precisamente, 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 del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del Estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales. Ambos elementos son exactamente lo contrario de aquellos con los que se puede caracterizar a las ideologías auto-poiéticas y sus vocaciones totalitarias. El presupuesto de todo totalitarismo, en efecto, es siempre una visión finalista y optimista del poder como bueno o, en todo caso, dotado de valor ético gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee”⁹³. Sin embargo, el Garantismo tiene una visión pesimista del Estado por lo que establece límites y controles a su poder.

En definitiva, el Estado de derecho moderno es un ordenamiento justificado en fines externos declarados en las constituciones. Estos fines fundamentales no se ven satisfechos por la divergencia entre validez y vigencia, y por las lagunas a la hora de establecer garantías para algunos

⁹² Luigi FERRAJOLI: *Derecho... op. cit.*, p.881.

⁹³ *Ibid.*, p.884.

derechos. Es por esto por lo que existe una irreductible ilegitimidad del poder en el Estado de derecho.

En el punto anterior se explicó la ilegitimidad del poder judicial debido al poder discrecional de disposición. Lo mismo ocurre en el Estado de derecho con los otros dos poderes ya que su legitimidad depende de satisfacer y expresar las voluntades e intereses de los ciudadanos. Como aquella ilegitimidad esta también depende de la divergencia entre el deber ser y el ser del Derecho.

4. CONCLUSIONES.

Ferrajoli concibe de Estado de derecho en sentido fuerte, ya que considera que los poderes públicos y privados tienen un origen y una forma marcados por la ley, pero además están sujetos a la ley no sólo en lo relativo a la forma de ejercer ese poder, sino en el contenido de su actuación. El profesor italiano entiende la democracia como democracia sustancial, ya que los poderes están sometidos por la ley, no solo en su forma de ejercicio, sino también en el contenido. Estos son los motivos que explican que la democracia constitucional y el Estado de derecho son elementos simbióticos.

La creación de la Teoría del garantismo surge debido a la transformación del Derecho contemporáneo, pero este avance hacia esta concepción de la democracia no está garantizado, sino que se puede producir una involución hacia un modelo pasado por eso es necesaria una constante revisión del modelo para tratar de reducir al mínimo la ilegitimidad natural del poder. Para finalizar me gustaría destacar las crisis que debe afrontar este modelo.

En primer lugar, nos encontramos con una crisis de legalidad provocada por una dejadez a la hora de regular de forma ordenada y precisa de un poder legislativo que crea leyes cargadas de buenas intenciones, pero que debido a su falta de corrección técnica terminan siendo, nada más, que un brindis al sol. Esta falta de perfección en las leyes abre la puerta a un peligroso incremento discrecionalidad judicial.

En segundo lugar, existe una nueva relación de fuerzas a nivel global que afecta a la posición garantista de la Constitución, y es que tanto los procesos de integración supranacional como la globalización económica han provocado un desplazamiento de las fuentes de producción del derecho restando importancia al proceso de elección democrática a nivel nacional.

Ante estas amenazas se debe aprovechar el papel crítico de la Ciencia jurídica y los beneficios de la integración supranacional creándose un constitucionalismo sin soberanía ni Estado, ya que “una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. (...) El fundamento de su legitimidad (...) no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor

mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales (...), como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados por mayorías contingentes”⁹⁴.

⁹⁴ Luigi FERRAJOLI: *Pasado y futuro del estado de derecho*, en Miguel CARBONELL (ed.): “Neoconstitucionalismo(s)”, Madrid, Trotta, 2003, p. 22.

5. BIBLIOGRAFÍA.

CARBONELL, Miguel: *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 171-203.

COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA RUIZ, Marián y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

COMANDUCCI, Paolo: *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 105-117.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J.: *Defensa del estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

Luigi FERRAJOLI: *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, "DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho (2011)", 34, pp. 15-53.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Prólogo Norberto Bobbio, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al.), Madrid, Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi: *Garantías*, "Jueces para la democracia. Información y debate" (2000), 38, pp.39-46.

FERRAJOLI, Luigi: *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia* (trad. Andrea Greppi), Madrid, Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4ªed., ed. Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello; trad. Perfecto Andrés et al.), Madrid, Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi: *Pasado y futuro del estado de derecho*, "RIFP" (2001), 17, pp. 31-46.

Luigi FERRAJOLI: *Pasado y futuro del estado de derecho*, en Miguel CARBONELL (ed.): “Neoconstitucionalismo(s)”, Madrid, Trotta, 2003, pp.13-30.

FERRAJOLI, Luigi: *Razones jurídicas del pacifismo* (ed. Gerardo Pisarello, trad. Perfecto Andrés Ibañez et al.), Madrid, Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi: *Sobre la definición de democracia. Una decisión con Michelangelo Bovero* (trad. Nicolás Guzmán) “Isonomía” (2003), 19, pp.31-45.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *La teoría general del garantismo: rasgos generales*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 21-36.

HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, (Introducción y trad. de M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998.

MORENO CRUZ, Rodolfo: *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” (2007), 120, pp. 826-852.

MORESO, José Juan: *Antígona como ‘defeater’*. *Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*, “DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho” (2011), 34, pp.184-199.

MORESO, José Juan: *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*, “DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho” (2008), 31, pp. 280-287.

MORESO, José Juan: *Sobre los conflictos entre derechos*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 159-170.

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Constitucionalismo y garantismo*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 41-57.

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, "Anales de la Cátedra Francisco Suárez" (2010), 44, pp. 461-506.

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Supremacía, rigidez y garantía de la constitución*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.): *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a H. Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México D.F., UNAM, 2008, pp. 805-824.

RUIZ MIGUEL, Alfonso: *Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista*, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (ed.): *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 211-228.

VELARDE SUSSONI, Jorge Ernesto: *El derecho como sistema de garantías*, "Jueces para la democracia" (1992), 16-17, pp. 119-130.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *Historia y constitución (Prólogo Miguel Carbonell, trad. Miguel Carbonell)*, Madrid, Trotta, 2005.