



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Los Derechos Fundamentales en Luigi Ferrajoli

Presentado por:

Víctor González Bíró

Tutelado por:

Enrique Marcano Buenaga

Valladolid, 2 de julio de 2024

RESUMEN

Este trabajo pretende recoger las ideas principales de la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. En las siguientes páginas se analizará su definición formal de derechos fundamentales, las tesis que el autor elabora a raíz de dicha definición y las posturas ético-políticas que defiende, sobre todo en materia de ciudadanía y soberanía estatal. Se analizarán las ideas que pretende refutar, así como las propias que le son discutidas por otros. Incluye el debate suscitado sobre esta cuestión con autores como Michelangelo Bovero, Luca Baccelli, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale o Danilo Zolo.

Palabras clave: Teoría del Derecho, derechos fundamentales, derechos humanos, Ferrajoli.

ABSTRACT

This paper aims to gather the main ideas in Luigi Ferrajoli's theory of fundamental rights. In the following pages, his formal definition of fundamental rights will be analyzed, the theses that the author develops as a result of said definition and the ethical-political positions that he defends, especially in matters of citizenship and state sovereignty. The ideas that he intends to refute will be analyzed, as well as his own that are criticized by others. It includes the debate raised by this issue with authors such as Michelangelo Bovero, Luca Baccelli, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale and Danilo Zolo.

Key words: Jurisprudence, fundamental rights, human rights, Ferrajoli.

A mis padres, por apoyarme siempre.

A Emma, por creer en mí más que nadie.

A mis abuelos, porque sé que les llena de orgullo.

A mis amigos de Derecho, por haber compartido estos años conmigo.

A Constance, por ser siempre mi razón.

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN.....	4
2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN LUIGI FERRAJOLI.....	5
2.1 Una definición formal del concepto de derechos fundamentales según Luigi Ferrajoli.....	5
2.2 El estatus y las distintas clases de derechos fundamentales.....	7
2.3 Cuatro tesis para una teoría de la democracia constitucional.....	10
2.3.1 La distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.....	11
2.3.2 La dimensión sustancial de la democracia.....	15
2.3.3 El problema de la ciudadanía.....	18
2.3.4 La distinción entre derechos fundamentales y garantías.....	21
2.4 Del paleopositivismo al constitucionalismo contemporáneo.....	25
3 UN PRIMER NIVEL DE CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI.....	26
3.1 De la metateoría y los distintos niveles del discurso.....	27
3.2 Críticas a la definición formal de derechos fundamentales.....	27
3.3 Críticas a la tesis sobre los derechos patrimoniales.....	31
3.4 Críticas a la tesis sobre el nexo entre derechos fundamentales y democracia.....	37
3.5 Críticas a la tesis sobre la ciudadanía.....	39
3.6 Críticas a la tesis sobre las garantías de los derechos fundamentales.....	41
4 UN SEGUNDO NIVEL DE CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI: ¿CUÁLES DEBEN SER LOS <i>DDFF</i> ?.....	44
4.1 ¿Qué derechos son fundamentales? Cuatro respuestas.....	44
4.2 Diferencias entre derechos de libertad y derechos de autonomía.....	45
4.3 Ferrajoli entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo.....	46
4.4 Fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales. Tres criterios.....	48
4.4.1 La paz.....	48
4.4.2 La igualdad.....	49
4.4.3 La ley del más débil.....	50
4.5 Cambio de paradigma constitucional y futuro de los <i>DDFF</i>	51
5 CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	59

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es el fruto del análisis detallado de los derechos fundamentales en la teoría de Luigi Ferrajoli. Se trata del estudio de la obra de un autor prolífico, y por tanto de una obra extensa. Sus derechos fundamentales no pueden ser estudiados con independencia del marco general de su *teoría axiomatizada de Derecho* y por ello en las siguientes páginas se leerán numerosas referencias a las nociones de Estado, democracia o soberanía que el autor moldea en textos que, a priori, no tratan directamente los derechos fundamentales. El objetivo central de este trabajo, no obstante, no es el de describir su teoría del garantismo, del garantismo penal o de la democracia en detalle; el foco de atención reside a lo largo de toda su extensión sobre los derechos fundamentales.

La metodología que opto por emplear es la de afrontar crítica y directamente su obra, y usar solo subsidiariamente la interpretación de otros autores. No obstante, este trabajo da cuenta del debate suscitado por sus tesis y recoge las posturas de los autores que le critican, así como las respuestas que a ellas da el propio Ferrajoli. De hecho, la estructura de este trabajo refleja la de *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, obra en que se incluyen sucesivamente: su ensayo *Derechos fundamentales*, los ensayos críticos sobre el mismo, *Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho* como contestación a las críticas del primero, un segundo cuerpo de ensayos críticos sobre este y *Los fundamentos de los derechos fundamentales* como contestación final y texto perfeccionado sobre los derechos fundamentales.

En este trabajo abordaré primero los elementos formales de su definición de derechos fundamentales, así como las tesis que el autor deriva de dicha definición. A continuación me centraré en los elementos controvertidos de su teoría; cómo trata de superar las críticas que se presentan contra sus ideas más singulares. Después trataré el fundamento de los derechos fundamentales, es decir, los criterios que deben vincular su contenido concreto según Ferrajoli. Por último, expondré mis conclusiones sobre la teoría de Luigi Ferrajoli y su valor. El esquema, por tanto, busca contestar primero a: ¿qué son los derechos fundamentales? y sólo a continuación: ¿cuáles son o cuáles deben ser los derechos fundamentales?, distinguiendo con rigor cuáles son las tareas de la Teoría del Derecho y cuáles propias de la Filosofía política.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN FERRAJOLI

2.1 Una definición formal del concepto de derechos fundamentales según Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli propone la siguiente definición de derechos fundamentales: «son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas»¹.

Con el análisis de esta definición, que abre su ensayo *Derechos fundamentales*, y de la explicación con que la acompaña el autor, podemos empezar a entrever las principales características que acotan su pensamiento en esta materia; qué es su teoría de los *derechos fundamentales*², o al menos qué pretende ser. También los escollos que habrá de salvar. La vocación de esta definición es la de ser estrictamente *teórica y formal o estructural*. Esta primera calificación, la de *teórica*, responde al hecho de que en su definición los DDF no están precisados por su pertenencia a un ordenamiento concreto (o a varios, o a todos); en realidad categoriza su definición de *teórica* por oposición a otro término, el de *dogmática*. Una definición *dogmática* sería para él la formulada sobre la base concreta de las normas de un ordenamiento jurídico determinado; mientras que una *teórica* obvia la existencia o la no existencia de un derecho en un ordenamiento concreto. Esta distinción pertenece a su meta-teoría semántica y, si bien el objetivo de estas páginas no es el de abordar de pleno su teoría axiomatizada del derecho, tarea titánica para un trabajo de la extensión de este, que ha de centrarse en la porción de la obra de Ferrajoli que incumbe a los derechos fundamentales, considero relevante ahondar, si bien brevemente, en esta cuestión, pues de ella se obtiene el rasgo fundamental que la Teoría del Derecho posee a ojos del autor.

¹ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2ªed.; trad. Antonio de Cabo y Gerard o Pisarello), Madrid, Trotta, 2005, p. 19.

² En adelante, DDF.

Para delimitar el concepto de Teoría del Derecho, emplea los términos *extensión* e *intensión*. El primero se puede «identificar con los ámbitos de experiencia a los que se puede aplicar la teoría y en referencia a que sus tesis se verifican»; la segunda, con «los contenidos conceptuales expresados o caracterizados en ella»³. En otras palabras, la *extensión* de la teoría abarca el Derecho y particularmente las diversas ramas del Derecho moderno, a saber, el Derecho penal, el Procesal, el Público, Constitucional o Administrativo, mientras que la *intensión* se conforma del contenido informativo concreto⁴, empírico, que se pueda describir desde el discurso de la Dogmática jurídica o la Sociología del derecho. Su teoría se entiende, según este esquema, por estar compuesta de enunciados puramente *teóricos*, que en función de la realidad empírica a la que se apliquen podrán ser interpretados con una u otra *dogmática*. Es por lo anterior por lo que el autor llega a decir de su definición de derechos fundamentales que es *teórica* y no *dogmática*. Lo relativo a este nivel del discurso de Ferrajoli no está, como no lo está casi ningún aspecto de su teoría, exento de críticas y de discrepancias. Destaco las del jurista Tomás Vives Antón, que considera no sostenible la concepción de la *dogmática* de Ferrajoli, en tanto que la retrata como saber empírico que simplemente describe el contenido del Derecho y por tanto queda excluida de todo análisis en su elaboración teórica⁵. Alude a la definición de Viehweg, que entiende los dogmas de forma sistémica y como continente de una teoría material del Derecho. También Robert Alexy, al autodefinir su *teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental* como dogmática⁶ alude, entre otros, a Viehweg, hace referencia a la complejidad inherente y a las diversas dimensiones de la pregunta «¿qué es una teoría dogmática?». Para Ferrajoli, la naturaleza de los derechos fundamentales no reside ni en su contenido positivo, ni en su inclusión en un texto fundamental (constitucional), ni siquiera en su efectiva existencia en un ordenamiento concreto.

Ferrajoli dice además que su definición es *formal* o *estructural* porque define los derechos fundamentales tutelados no por la naturaleza del interés concreto que se busque proteger a través de ellos, sino por su carácter *universal* (en sentido lógico) con respecto a su atribución a los individuos que forman parte de una determinada clase de equivalencia. La

³ Luigi FERRAJOLI: *La semántica della teoria del diritto*, en Uberto SCARPELLI (ed.): *La teoria generale del diritto. Problemi tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Edizioni di Comunità, 1983, p. 82.

⁴ Luigi FERRAJOLI: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, Trotta, 2011, p. 10.

⁵ Tomás VIVES ANTÓN: *Ferrajoli y después. Una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho*, TEORDER (2013), N°13, p. 308.

⁶ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 29.

universalidad de los derechos fundamentales, como se verá más adelante, es un punto controvertido de la teoría de Luigi Ferrajoli. Basándose en el rasgo de la *universalidad* y a pesar de lo formal de su definición, identifica los *DDFF* como la base de la igualdad jurídica, en tanto que la universalidad comporta su carácter inalienable, no negociable e inviolable frente a otros y frente al poder público. Puesto que configura una universalidad relativa, donde la igualdad se da solo entre aquellos que pertenezcan a la clase de sujetos a cuya titularidad se atribuyen derechos, la *extensión*⁷ de las clases de sujetos determina el grado de democracia de un ordenamiento: a menores diferencias de estatus, mayor igualdad.

La naturaleza formal de su definición presenta a su parecer una serie de ventajas: es válida en cualquier *ordenamiento jurídico*, ya sea actual, moderno o pre-moderno, ya democrático o totalitario. Es por ello una definición que pertenece a la Teoría general del Derecho⁸. Además es neutra en lo ideológico y en lo filosófico. Particularmente interesante es que se pronuncie en lo filosófico a este respecto: que una teoría de Derecho ambicione estar por encima de ideologías y pensamientos políticos no es en absoluto insólito, pero en este punto el autor afirma que su teoría es válida con independencia de si el pensamiento jurídico filosófico profesado es positivista o iusnaturalista. Ferrajoli no esconde su vocación de superar la tan perenne dicotomía del pensamiento jurídico⁹.

En cualquier caso, se distingue ostensiblemente el carácter expansivo, perfeccionista, sistemático y estructural que define la teoría jurídica de Ferrajoli, que pretende siempre buscar la forma y descartar el contenido, enunciando fórmulas universales que permitan, a priori, la aplicación de cualquier tipo de derecho positivo¹⁰.

2.2 El estatus y las distintas clases de derechos fundamentales

Como hemos visto, los estatus que esta definición formal recoge corresponden a los parámetros de *personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar*, que para el autor determinan en cualquier *ordenamiento jurídico*, antiguo o moderno e independientemente de su contenido, las

⁷ El rasgo teórico que interesa al autor, frente a la *intención* que es dogmática y se refiere a los intereses concretamente protegidos, pp. 21 y 22.

⁸ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos...* *op. cit.*, p. 21.

⁹ Bien sea dicho que él se ha definido como *iuspositivista crítico*.

¹⁰ Como veremos más adelante, Ferrajoli sí dará criterios para localizar *cuáles son o deben ser* los derechos fundamentales, pero desliga estos criterios de la respuesta a la pregunta *¿qué son los derechos fundamentales?*

clases de sujetos a los que universalmente se atribuyen derechos fundamentales. Para Ferrajoli estos parámetros habrían siempre delimitado, al menos desde tiempos del Derecho romano y al menos en todos los ordenamientos occidentales, la igualdad y por tanto también la desigualdad en Derecho. Efectivamente, las condiciones de estatus referidas, en cuanto atributivas de derechos fundamentales, deben entenderse desde el prisma de la *universalidad restringida* que detalla en su definición, porque han sido históricamente susceptibles de toda clase de restricciones por razón de sexo, clase, raza, religión, educación o nacionalidad.

Para Ferrajoli, no son los criterios de atribución, sino las garantías codificadas y hechas Constitución las que habrían soportado el progreso histórico del Derecho. El proceso histórico de conquista de derechos fundamentales habría consistido en una paulatina ampliación de la extensión de las clases de sujetos con derechos fundamentales, atribuidos universalmente conformadas respecto a los tres parámetros de *personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar*, pero siempre en función de esos tres parámetros. Con la mayor extensión del criterio, es decir, con la mayor extensión del número de sujetos de derechos fundamentales, habría cambiado el significado de estas tres categorías de sujetos, que él define como «tendencialmente universal»¹¹. Así, con el tiempo¹², la personalidad habría sido superada como criterio de desigualdad tras alcanzarse la afirmación de la persona humana¹³. También la *capacidad de obrar* y aquí Ferrajoli debe querer referirse principalmente a ordenamientos occidentales y democráticos del norte global, que ha dejado de excluir a mujeres o a minorías étnicas y religiosas; son capaces todos salvo los menores y los enfermos mentales. La ciudadanía es entonces, en el momento presente, el principal decisor de la desigualdad. Es aquí donde el autor introduce por primera vez una de las más llamativas señas de identidad de su pensamiento: la crítica a la ciudadanía estatalista.

En este punto es pertinente comparar cómo Ferrajoli entiende el concepto de estatus frente a otros teóricos de los derechos fundamentales que le preceden. En concreto pienso en Jellinek, al que Ferrajoli incluye entre los autores confutados en su ensayo *Derechos fundamentales*, y su cuádruple desgranamiento del estatus¹⁴, frente al carácter unitario del estatus de Ferrajoli. En Jellinek, y de la pluma de Alexy, la autobligación del Estado nacida

¹¹ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 24.

¹² Especialmente tras la abolición de la esdavidud en el siglo XIX.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Estatus* pasivo, negativo, positivo y activo.

de los derechos públicos fundamenta que el estatus sea una *relación* del individuo con el Estado¹⁵, que lo califica y que por ello es una *situación* y no un derecho¹⁶.

Para Ferrajoli, como ya hemos visto, el estatus es una condición estrictamente jurídica, en tanto que solo existe estatus si es previsto por una norma, y es esta condición la que lo hace titular, es decir, idóneo titular o potencial titular de los derechos fundamentales. No es fácil dilucidar el sentido pleno de estatus en el trabajo de Jellinek; Alexy, que emplea las cuatro “relaciones de status” en su teoría sobre derechos fundamentales y comparte la tesis de la *situación*, escribe acerca de dos interpretaciones sobre el sentido de estatus *positivo*. Su primera interpretación, que afirma que es la única que responde a las intenciones de Jellinek, es relativamente *teórica* porque entiende que el Estado que somete al individuo al estatus *pasivo* tiene legitimidad o competencia para dictar mandatos y prohibiciones sobre él; el estatus no cambia si cambian los mandatos o prohibiciones concretas, solo cesa cuando ninguna prohibición o mandato afectan al individuo y el Estado no tiene competencia para imponerlos¹⁷. Existen similitudes, por tanto, en cuanto el estatus es independiente del contenido concreto de los derechos, con la definición de Ferrajoli. Sí divergen en cuanto a la desaparición del estatus de un individuo, pues para el italiano desaparece el estatus si este no responde a la *universalidad* de su atribución: si los derechos adscritos son alienables, no pueden ser *universales*. Si el derecho fundamental de libertad por estatus *de persona* es alienable, este no tiene estatus pleno de *persona* y entonces su derecho no es fundamental. Si un mandato o prohibición no afecta al individuo y no puede imponerse, o bien no corresponde a un derecho adscrito por la condición concreta del estatus que ostente el individuo, o bien, diría Ferrajoli, pertenece al ámbito de las *garantías*, que nada informan sobre qué es un derecho fundamental. La segunda interpretación de Alexy es relativa a la *intensión* del concepto, pues asimila el estatus *pasivo* a la totalidad de mandatos y prohibiciones que un Estado impone a un individuo; la modificación de los mandatos o prohibiciones produce la modificación del estatus.

Una vez hecha esta comparación, paso a describir las distintas clases de derechos fundamentales que el autor deduce de los parámetros introducidos al comienzo de este apartado. Emplea la ciudadanía y la capacidad de obrar, ambas diferencias de estatus aún en

¹⁵ Emplea la *personalidad* como ejemplo.

¹⁶ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos...* *op. cit.*, p. 248.

¹⁷ *Ibidem*, p. 249.

mayor o menor medida vigentes, como parámetros, el primero superable y el segundo insuperable¹⁸, sobre los que realizar una división interna de los derechos fundamentales. La primera es la diferencia que establece entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, la segunda, la diferencia entre derechos primarios y derechos secundarios o derechos sustanciales y derechos instrumentales o de autonomía. La primera distinción se da entre aquellos derechos adscritos a todas las personas o solo a los ciudadanos; la segunda entre aquellos derechos adscritos a todas las personas o solo a los capaces de obrar. Al cruzar ambas distinciones, produce cuatro clases de derechos, todos ellos fundamentales, a saber, los derechos humanos, primarios o sustanciales, pertenecientes a todos los seres humanos; los derechos públicos, primarios pero reconocidos solo a los ciudadanos; los derechos civiles, secundarios adscritos a todos los capaces de obrar, y los derechos políticos, secundarios y únicamente adscritos a los ciudadanos capaces de obrar.

2.3 Cuatro tesis para una teoría de la democracia constitucional

Sobre la definición que el autor da de derechos fundamentales en su ensayo *Derechos Fundamentales*, se permite elaborar una propuesta de cuatro tesis «esenciales para una teoría de la democracia constitucional»¹⁹.

La primera de estas cuatro tesis puede sintetizarse de la siguiente forma: la tradición jurídica europea ha confundido el significado de los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales al situarlos bajo la misma calificación de *derechos subjetivos*, pues ambos presentan características estructurales distintas y, en ciertos casos, opuestas.

La segunda afirma que los derechos fundamentales, como intereses y expectativas de todos, son el fundamento de la igualdad jurídica y de la dimensión *sustancial* de la democracia, frente y con anterioridad a la dimensión política o *formal* de la democracia cuyo fundamento son los poderes representativos de la mayoría.

Su tercera tesis declara que gran parte de los derechos fundamentales son de naturaleza supranacional. Aquellos que se corresponden a la ciudadanía son, según su

¹⁸ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 22.

¹⁹ *Ibid.*, p. 25.

definición, solo los pertenecientes a una de las subclases de derechos fundamentales; pueden encontrarse en los ordenamientos jurídicos derechos conferidos con independencia de la ciudadanía y otros, por su naturaleza convencional, que son de naturaleza externa, supraestatal.

La cuarta de las tesis se refiere a la relación entre los derechos fundamentales y sus garantías. A las obligaciones sustanciales de los derechos (de obligación o de no lesión), les llama *garantías primarias*, y a las obligaciones de sanción y reparación de las violaciones de las primeras, *garantías secundarias*. Sobre esta base refuta la tesis de la negación de la existencia de un derecho en ausencia de garantías eficaces, afirmando en cambio que la ausencia de *garantía secundaria* de un derecho supone una laguna a colmar por el ordenamiento²⁰.

Ferrajoli no oculta que con estas cuatro tesis pretende discutir la concepción corriente sobre los derechos fundamentales en la tradición teórica, política y constitucional europea. En concreto, afirma confutar la asimilación que Locke hace de vida, libertad y propiedad como los tres derechos fundamentales que son razón del *contrato social*. Esta concepción tripartita sobre lo más sagrado de los derechos es la fuente de inspiración de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. También discutirá a Karl Friedrich von Gerber y su tesis sobre los «efectos reflejos»²¹ de los derechos públicos. Esta corriente de pensamiento habría inspirado a otros autores propios del Derecho público (como Orlando, Santi Romano, Laband y el ya mencionado Jellinek). Otro de los autores a los que contradice es al británico Thomas Marshall y a su *Ciudadanía y clase social*, donde define tres subclases de derechos fundamentales (civiles, políticos, sociales) todos ellos adscritos al estatus de ciudadano. Por último cuestionará a Kelsen y a su igualación de derechos fundamentales y *garantías*.

2.3.1 La distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales

De la asimilación de los derechos de propiedad a los derechos de libertad, Ferrajoli afirma en primer lugar que contiene un error lógico, el de incluir bajo «derecho de propiedad» al derecho a ser propietario y a los derechos de propiedad sobre cosas concretas, con potentes ramificaciones tanto teóricas como prácticas, y en segundo lugar que existen cuatro diferencias entre ambos grupos. Estas cuatro diferencias son, muy a su estilo, concernientes

²⁰ *Ibidem*, p. 26.

²¹ *Ibidem*, p. 27.

únicamente a la estructura o a la forma de los derechos, sin consideración al contenido concreto de los mismos.

Locke afirmó que «siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones»²², sustanciando así la equiparación de la propiedad con los valores indisponibles del hombre. También en 1789 se redactaba en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* que la propiedad es sagrada e inviolable como lo es la vida o la libertad. Este binomio libertad-propiedad ha impregnado el pensamiento europeo y americano a través de los múltiples autores que han heredado la posición de Locke y del pensamiento ilustrado. Más recientemente, Thomas Marshall es uno de los autores a los que Ferrajoli achaca haberse ceñido a esta concepción de los derechos de propiedad, al incluir la propiedad en su lista de derechos civiles²³. Su error habría sido subsumir «derecho de propiedad» y «derecho a convertirse en propietario» bajo la misma etiqueta. De hecho, Marshall habla de *right to own property* o derecho a poseer, y no como tal de las posesiones concretas a las que Locke y la *Declaración* se referían. En efecto, el propio Marshall, que es sociólogo y no filósofo del derecho, pese a las críticas de Ferrajoli, sí que incluye en su ensayo una referencia a la naturaleza de los derechos de propiedad no como derecho a poseer propiedades (concretas), sino como derecho a adquirir propiedad y proteger dicha propiedad²⁴. Proteger la propiedad es una expresión polisémica que bien puede significar tanto la defensa física (o violenta) de los bienes como su defensa legal. El sentido jurídico de la accionabilidad del derecho de propiedad es el que tiene sentido en este debate. Por tanto, su noción de derecho de propiedad incluye el derecho de hacerse propietario y también las garantías de las obligaciones que se derivan de dicho derecho. Si bien es cierto que el británico aúna los dos tipos de derecho bajo la misma rúbrica y no ahonda en la cuestión -esto puede ser la causa de la crítica de Ferrajoli-, sus afirmaciones sí parecen reflejar que es consciente, quizá solo intuitivamente y no jurídicamente, de la importancia de diferenciar entre el *derecho a poseer* y el *derecho a poseer esto* (o lo otro). Aún es más, ambos autores coinciden en incluir el derecho abstracto a ser propietario en la clase de los derechos civiles²⁵, si bien ambos entienden de manera distinta el concepto de derechos civiles: Ferrajoli según

²² John LOCKE: *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (prólogo y trad. Carlos Mellizo), Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 38.

²³ Thomas MARSHALL: *Citizenship and social class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950, p. 10.

²⁴ *Ibidem*, p. 35.

²⁵ En Ferrajoli, “el derecho a ser propietario (...) reconducible sin más a la clase de los derechos civiles”. *Vid.* Luigi FERRAJOLI: *Fundamentos... op. cit.*, p. 29.

su definición formal, como aquellos derechos secundarios adscritos a los capaces de obrar; Marshall como derechos necesarios para la libertad individual, sin mayor consideración. Ambos listan derechos civiles según su definición: libertad, libertad de expresión, acceso a la justicia, derecho a ser propietario y a concluir contratos válidos, entre otros, para Marshall; potestad negocial, libertad contractual, derecho de accionar en juicio, entre otros, para Ferrajoli.

Sus lenguajes son distintos, acaso por la distinta naturaleza de sus áreas de estudio, y desde luego sus concepciones sobre los derechos distan mucho de ser unívocas, pero en este caso concreto ambos hacen referencia, desde sus distintas órbitas, a lo mismo: los derechos de manifestación de la autonomía privada. El propio Ferrajoli ha apuntado cómo Sociología y Ciencia jurídica son dos áreas de estudio incomunicadas, donde a menudo se forjan los mismos conceptos paralelamente y con sentidos distintos. La sociología de Marshall estaba ignorando el sentido jurídico de términos como «ciudadanía», y así desechando toda aportación de la Ciencia jurídica, lo que en opinión del autor pone en riesgo de crear conceptos filosóficos de la justicia que nada tienen que ver con el derecho vigente²⁶.

En todo caso, para Ferrajoli, Marshall también es culpable de propagar esta confusión teórica que en su estimación está detrás de la apreciación liberal (y la quizá excesiva apreciación neoliberal) de la propiedad como conexas o igual a la libertad, y también del rechazo marxista de la propiedad y, por ende, de la libertad.

Frente a la confusión de los conceptos, Ferrajoli diferencia entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales* del modo siguiente:

En primer lugar, alude a la *universalidad* (en sentido lógico, no sociológico) como característica de los derechos de libertad, el derecho a la vida y los derechos civiles. Como ya se ha señalado en estas páginas, todos los derechos fundamentales son *universales*, y si no lo son, no son fundamentales. Frente a estos, los derechos patrimoniales son derechos *singulares*, pues estos solo pueden pertenecer a un titular, o varios cotitulares²⁷, y necesariamente se definen por exclusión de todos los demás. Por ello que los primeros se reconocen igualmente

²⁶ Luigi FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil* (prólogo por Perfecto Andrés Ibáñez; trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Madrid, Trotta, 1999, pp. 97 y 98.

²⁷ *Ibidem*, p. 30.

a todos sus titulares mientras que los segundos en manera distinta. El derecho a poseer, a convertirse en propietario, pertenece a la primera clase: es *universal* y por tanto es un derecho fundamental, parte de la subclase de los derechos civiles. El derecho a hacerse propietario es uno solo y está reconocido con igualdad a todos los capaces de obrar. Los derechos de propiedad (porque son muchos y no uno, ni siquiera en una misma persona), se reconocen de forma diversa, pues cada cual tiene cosas diversas y en diversa cantidad. Aunque más adelante y en otros sentidos critique las ideas de Kelsen, es de este de quién hereda la idea de la *exclusión* de titulares del derecho de propiedad. Kelsen, que entiende el vínculo concreto de dominio entre el individuo y la cosa como la relación jurídica por antonomasia, dice de la propiedad que también es una relación entre el sujeto propietario y todos los demás, en tanto que el primero tiene la «posibilidad jurídica» de excluir a los demás individuos del disfrute de su cosa²⁸.

En segundo lugar, los derechos fundamentales son indisponibles e inalienables y al contrario los derechos patrimoniales son disponibles y alienables. Dice de los primeros que son invariables; puesto que los derechos fundamentales son unitarios y no cuantitativos²⁹, mientras que los derechos de propiedad son acumulables. Estos últimos pueden ser alienados, modificados, arrendados o extinguidos; los primeros no pueden ser alterados ni vendidos, ni siquiera por su titular. Efectivamente, de esto se puede deducir que un derecho patrimonial concreto no solo puede ser dispuesto a voluntad del titular sino que también es susceptible de ser afectado por el actor estatal, que con base en la ley lo podría expropiar en persecución de intereses públicos. Los derechos fundamentales no pertenecen a la esfera de lo disponible, no pueden ser afectados ni por el Estado, ni por otros, ni por uno mismo. Así, el titular de un derecho real sobre una vivienda puede venderlo, pero no puede vender su derecho a convertirse en propietario.

En tercer lugar, las estructuras de los dos tipos de derechos son distintas. Los derechos fundamentales son todos títulos *ex lege*, recogidos directamente en la ley, mientras que los derechos patrimoniales son títulos negociables que representan actuaciones singulares que los crean, alteran o destruyen. En palabras del autor, los primeros son normas

²⁸ Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934* (presentación por Gregorio Robles; trad. Gregorio Robles y Félix F. Sánchez), Madrid, Trotta, 2011, p. 71.

²⁹ “No cabe llegar a ser jurídicamente más libres”, *Vid.* Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 31.

y los segundos están predisuestos por normas³⁰. Al primer tipo llama *normas téticas*, mientras que al segundo, *normas hipotéticas*. De la distinta naturaleza de estos dos tipos de normas, una dispone situaciones, la otra predispone situaciones y actos, deriva que los derechos patrimoniales consisten en actos de disposición que se manifiestan en su esfera jurídica o la de otros, mientras que los derechos fundamentales son «meros comportamientos», que no producen efectos en la esfera de los demás sujetos. Esto es un tanto discutible, pues los derechos de libertad existen en su teoría con indiferencia de un comportamiento concreto. Los «comportamientos» que se derivan del ejercicio de dichos derechos pueden ser actos que sí afecten a esferas jurídicas, como el ejercicio del acceso a la tutela judicial, como también pueden serlo las *garantías* que protegen dichos derechos. Utilizando el ejemplo del derecho al voto, diré que el que vota ejercita una potestad que se deriva de un derecho fundamental y que el votar es un acto concreto y no un «mero comportamiento». No obstante pretendo decir que el derecho al voto existe en un individuo independientemente de si vota o no vota; ser ciudadano y capaz de obrar no es un comportamiento, sencillamente se es o no se es.

La cuarta diferencia según Ferrajoli tiene que ver con la estructura del Estado constitucional. Los derechos patrimoniales son en este esquema *horizontales*, en cuanto vinculan a los individuos intersubjetivamente y los derechos fundamentales son *verticales*, pues son relaciones publicistas del individuo frente al Estado. A los derechos patrimoniales corresponden prohibiciones de no lesión o de deber en los derechos personales, mientras que a los fundamentales corresponden prohibiciones y obligaciones que ha de desempeñar el Estado, son sus límites y sus condiciones de legitimidad y por tanto aquello que llama *dimensión sustancial de la democracia*.

2.3.2 La dimensión sustancial de la democracia

Luigi Ferrajoli aporta argumentos que apoyan su tesis sobre cómo los derechos fundamentales representan la *sustancia* de la democracia y cómo se distinguen pues de la *forma* de la misma. Puesto que entiende sobre esta cuestión que los *DDFF* son los valores más importantes de un ordenamiento democrático, es aquí donde, junto a la forma de los derechos, (es decir, qué son los derechos) también prologa lo que entenderá que es el contenido de los mismos (cuáles son los derechos o cuáles deben ser).

³⁰ *Ibidem*, p. 33.

El principal teórico al que se opone con su concepción sustancial de los derechos es a Gerber, que entendió los derechos fundamentales como enteramente derivados del Estado y de su poder, como efectos de la acción estatal que al someter y dominar al individuo, decide excluir ciertos valores que no someterá a la coerción de la voluntad de la mayoría³¹. Se trata por tanto no de límites *sustanciales*, supra ordenados a la norma constitucional, como los entiende Ferrajoli, sino como una autolimitación del propio Estado, que en su poder puede respetar ciertos límites individuales pero que, por darse a sí mismo dichos límites, siempre podría decidir transgredirlos si lo entendiera de necesidad o de utilidad. Por tanto, no son para él vínculos reales, sustanciales o constitucionales, de los poderes públicos y de la mayoría.

Para el italiano, la estructura de los derechos fundamentales es también la base de lo que define su contenido, o su finalidad. A su propia definición de derechos fundamentales, que son universales, inalienables, indisponibles, otorgados con igualdad y previstos por ley añade que son habitualmente constitucionales, y esto, como sustrae del mercado o del poder de la mayoría ciertos intereses que son universales, los haría *vitales*, sustanciales, condiciones de la convivencia civil y la causa de la existencia del Estado³². Al «qué son» los derechos humanos contesta con la estructura, al «cuáles son» o «cuáles deben ser» apenas contesta en este punto más que abstractamente.

Y con respecto a su *sustancialidad* dirá que se compone de los derechos fundamentales, que a su vez son en su contenido *de libertad* en caso de prohibiciones al legislador, *sociales* en el caso de los mandatos obligatorios y que por tanto son *sustanciales* en cuanto que se pueden definir por su contenido. Este contenido define para el autor lo que es lícito decidir y lo que no, y por tanto configuran lo que él llama la *esfera de lo indecible*. A su vez, lo *indecible* puede ser lo *no decidible que* (derechos de libertad-prohibiciones) y lo *no decidible que no* (derechos sociales-obligaciones). Lo *decidible* corresponde en su teoría por tanto a lo *sustancial* de una democracia. El juego de la mayoría entonces no es omnipotente³³, y las reglas de la democracia, en lo que se refiere a la expresión de la voluntad de la mayoría no son el sustrato principal sino las normas *formales* que se configuran alrededor de lo *decidible*, es decir, que no están por encima de ellas y están en un modo subordinadas a las mismas. Lo cierto es que

³¹ Carl Friedrich VON GERBER: *Diritto pubblico* (ed. y prólogo por Pier Luigi Luchini), Milano, Giuffrè, 1971, p. 67.

³² Luigi FERRAJOLI, *Fundamentos...* *op. cit.* pp. 35 y 36.

³³ *Ibidem*, p. 36.

Ferrajoli no está interesado en jerarquizarlas, pues no se entiende la democracia política sin ambas: para él las normas *formales* de representación rigen la *vigencia* de la ley y las normas *sustanciales* su *validez*. La razón de ser de la democracia constitucional es entonces la de sujetar el «derecho al derecho»³⁴, a sus dos dimensiones: la vigencia y la validez; la mera legalidad y la estricta legalidad; la forma y la sustancia.

Con esto busca desmentir a Gerber: los derechos fundamentales recogidos en la norma constitucional no son leyes que se da el Estado a sí mismo y en su interés, sino sus límites superiores, a los que está subordinado. Para Ferrajoli, «el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista»³⁵, pues entiende la constitución moderna como pacto social, al modo de Hobbes, como acuerdo que es fruto del consentimiento y voluntad de los contratantes (la dimensión formal-representación), que tiene cláusulas concretas (dimensión sustancial-contenido) y cuya *causa* es tutelar los derechos fundamentales. Para el italiano, transgredir los preceptos que recogen los derechos fundamentales supone la ruptura del pacto y propicia el derecho de resistencia entendido a la manera de Locke y los revolucionarios franceses. Históricamente, del mismo modo que se han expandido las categorías de sujetos a los que son adscritos derechos fundamentales, siempre en función de la ciudadanía, personalidad y capacidad de obrar, se han extendido los derechos concretos que garantiza el Estado desde el origen del pacto hobbesiano: la vida³⁶, al sufragio, la huelga o los derechos sociales. Sobre el concepto histórico de los contenidos de los derechos fundamentales, Ferrajoli acepta la dogmática de Peces-Barba, que diferencia entre los modelos inglés, americano y francés, y los procesos de generalización, internacionalización y especificación. Peces-Barba dice de los derechos fundamentales que son un concepto propio de la modernidad³⁷, lo que Ferrajoli discutiría en el nivel de discurso correspondiente a «¿qué son los DDF?»³⁷, pero que, entendiéndolo como concepto histórico y en todo caso en lo relativo a su dogmática y no a su estructura, ha de aceptar como válido. Para ambos autores la conquista histórica de derechos fundamentales concretos se ha realizado a golpe de ley y de revolución en los últimos tres siglos.

³⁴ *Ibidem*, p. 37.

³⁵ *Ibidem*, p. 38.

³⁶ Lo que Hobbes llama la *seguridad del pueblo*, que de hecho es más amplia que únicamente la tutela de la vida. *Vid.* Thomas HOBBS: *Leviatán* (2º ed., 5º reimp.; trad. Manuel Sánchez Sarto), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005, p. 275.

³⁷ Gregorio PECES-BARBA: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, p. 99.

2.3.3 El problema de la ciudadanía

La siguiente fase de expansión de los derechos fundamentales es la que los lleva del plano constitucional al del Derecho internacional. Del proceso convencional de internacionalización de los derechos, principalmente de mano de la ONU y de las Cartas de derechos humanos, afirma que los derechos creados a la luz este proceso, que son fundamentales, son igualmente vínculos a los que los Estados están subordinados no solo en cuanto que algunos se configuran internamente en las constituciones, sino también externamente, no como derechos de la ciudadanía pero como derechos de la persona.

Ferrajoli vuelve a refutar sobre este punto a Marshall, afirmando que al definir en *Ciudadanía y clase social* derechos de clases manifiestamente heterogéneas según su teoría formal, a saber: derechos civiles, políticos y sociales, todos como derechos de la ciudadanía, ignora esta innovación jurídica que hizo a ciertos derechos límites supraestatales. Lejos de argumentar solo sobre las cartas de derechos internacionales, afirma también que la tesis de Marshall es insostenible tras el mero análisis de las constituciones estatales, que adscriben casi todos sus derechos a las «personas» y no solo a «ciudadanos». Una tesis similar a la de Ferrajoli es la que hace su compatriota Michelangelo Bovero, que busca en el lenguaje y en la Historia la razón de lo que él considera un error conceptual³⁸, de Marshall, primero, y del sociólogo y politólogo Ralf Dahrendorf, segundo, que rescató a finales de los años ochenta la noción del inglés sobre los derechos de ciudadanía. Para Bovero, la teoría contemporánea de la ciudadanía, defendida por la Politología y la Sociología y que vincula los derechos a una pertenencia colectiva concreta, invierte el ideal ilustrado y moderno de que el hombre va antes que el Estado y vuelve a poner al Estado antes que al hombre³⁹. Las reivindicaciones de autores como Dahrendorf sugerirían que solo las pretensiones del ciudadano, que serían en realidad las de los derechos del *hombre*, del hombre que vive en una comunidad estatal, tienen el potencial de ser reconocidas por esa comunidad estatal en la que vive. Esta afirmación, que bien es pragmática porque busca configurar derechos que sean *de facto* reconocibles, tiene una cara opuesta considerablemente negativa, pues excluye la necesidad (o la misma existencia) de derechos del *hombre*, que le correspondan solo por la circunstancia de existir. Dahrendorf llega a afirmar que «los derechos humanos son reales solamente dentro

³⁸ Michelangelo BOVERO: *Ciudadanía y derechos fundamentales*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” (2002), enero-abril, p. 11.

³⁹ *Ibidem*, p. 20.

de los confines de las naciones-estado (...); la ciudadanía y la ley son inseparables, y el único derecho que conocemos es el Derecho nacional⁴⁰». Bajo el prisma de Ferrajoli esto es rotundamente falso por varias razones, pues los derechos humanos, como derechos fundamentales, son un vínculo externo, supra ordenado al poder estatal, la ciudadanía y la ley son separables en cuanto que la ley puede definir el estatus de ciudadano y adscribirle derechos tanto como lo puede hacer con la *persona* o el *capaz de obrar*⁴¹, y en cuanto que las obligaciones que limitan al legislador nacional pueden ser externas, sí existen leyes internacionales. Esta concepción de la ciudadanía como presupuesto de la libertad jurídica está más cerca del antiguo derecho romano que del ideal moderno o el constitucionalismo contemporáneo. En la boca equivocada, esta noción de los derechos fundamentales puede llevara excluir la relevancia de la dignidad humana en la esfera jurídica, y mandar al individuo peligrosamente detrás del Estado y del colectivo al que pertenece.

Ferrajoli culpa de la creciente tendencia a «ciudadanizar» los derechos al fenómeno de las migraciones masivas desde los países pobres a los ricos, que tras haber constitucionalizado sus derechos fundamentales como propios de todas las *personas*, ahora buscarían desviarse hacia el parámetro de la *ciudadanía* para negárselos a los que migran con nada en los bolsillos. Teóricamente, la *universalidad* propia de los DDDFF adscritos a los estatus de *ciudadano* o *persona* es en ambos casos restringida, pero es obvio que no todas las universalidades son igual de universales.

El autor distancia a Marshall de estos procesos de migración, que al momento de escribir su obra no habían alcanzado las cotas críticas del mundo actual, pero por ello afirma que esta noción de derechos es ahora mucho más desafortunada. En un mundo marcado a la par por la globalización y por la desigualdad, entender la ciudadanía como presupuesto de los derechos fundamentales corre el riesgo de crear un concepto regresivo del derecho⁴², que en lugar de buscar agrandar los derechos (en contenido y en extensión formal), busque empequeñecerlos, reduciéndolos a la esfera de los países desarrollados, ricos y occidentales. Es cierto que los derechos, teóricamente de la *persona*, siempre han sido en la práctica solo del *ciudadano*, pero argumenta Ferrajoli que hasta el advenimiento del mundo global e

⁴⁰ Ralf DAHRENDORF: *El conflicto social moderno* (trad. Francisco Ortiz), Madrid, Biblioteca Mondadori, 1990, p. 53, nota 3.

⁴¹ Independientemente de la teoría de Ferrajoli, la ciudadanía es fruto de la ley, pero, a la inversa, no es cierto que las leyes estén conectadas necesariamente a la ciudadanía. Las leyes penales se aplican con independencia de la ciudadanía, como también se aplica el Código Civil.

⁴² Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 42.

interdependiente, esta distinción no había sido relevante. Frente a una problemática actual, que es previsible que vaya a más en el futuro, donde más y más masivas migraciones presionen a los Estados, que en un planeta interdependiente pero desigual impongan barreras a los derechos fundamentales (y por ello a la igualdad), Ferrajoli declara que la solución es la abolición de la ciudadanía.

Esta última es probablemente la idea más incendiaria de cuantas defiende Ferrajoli. Lo cierto es que con esta tesis en concreto rebasa, y por mucho, el marco de lo formal; el rechazo a la ciudadanía, tal y como la defiende Ferrajoli, es una idea propia de la política y no solo de la teoría del derecho. Al fin y al cabo, no habla en términos estrictamente teóricos, a su medida, como deshacerse del parámetro de la ciudadanía como cualidad sobre la que se adscriben derechos fundamentales, sino que defiende directamente desnacionalizar los derechos fundamentales, desestatalizar las nacionalidades⁴³. Sobre la necesidad de tan radical medida refiere que es la forma única de hacer frente con eficacia y previsión a unos procesos que él considera inevitables, primero, desde la filosofía política, que debe construir teóricamente teniendo en cuenta la crisis de la ciudadanía y por ende de la soberanía, y, luego, de la política, que es la encargada de hacer frente a dichos procesos. Sobre los mecanismos actuales que buscan superar las limitaciones en derechos de los Estados, principalmente el derecho de asilo, Ferrajoli dice que están viciados y desactualizados. El derecho de asilo, prefigurado en una época previa a la del constitucionalismo actual en que los derechos reconocidos, más allá de la no lesión de la libertad, solo consistían en derechos políticos, está sustentado en una concepción ciertamente primitiva del liberalismo en cuanto que solo reconoce a refugiados políticos. Para Ferrajoli, esta concepción tan restringida del refugiado no es acorde a la configuración contemporánea de los derechos fundamentales, que se han extendido mucho más allá de los meros derechos políticos. Por ello no ve razón para que la figura del asilo no se extienda también a los refugiados económicos, los que huyen de sus Estados de origen no por haber sido vulnerados sus derechos políticos, sino sus derechos de subsistencia.

Para el autor, esta visión restrictiva del asilo y, acordemente, de la inmigración, es responsabilidad de los Estados occidentales, que al tratar de poner vallas a sus derechos ponen en riesgo el carácter universal que las Naciones Unidas han ambicionado darles, y que

⁴³ *Ibidem*, p. 43.

para él, también tiene un efecto en la democracia y en las identidades individuales, pues usa los derechos fundamentales, y por ello la *sustancia* de la democracia, como herramienta contra el diferente. Y esto porque existe una profunda relación entre la democracia (sustanciada en derechos universales) y la igualdad, que él conecta a la relación que existe entre desigualdad y racismo, no solo en la esfera jurídica estricta sino en la realidad antropológica⁴⁴. Vemos como igual al que goza de iguales derechos a nosotros y, por tanto, como inferior al que no los tiene.

2.3.4 *La distinción entre derechos fundamentales y garantías*

La última de sus tesis se refiere a la relación entre derechos fundamentales y sus garantías. Con ella busca refutar las afirmaciones de Kelsen, que Ferrajoli concretiza en que, incluso dotado de carácter constitucional y configurado con respecto a las garantías formales procedentes, un derecho que no es garantizado, no es un derecho verdadero⁴⁵.

Kelsen, en su postura característicamente civilista, hace hincapié en separar el derecho subjetivo del interés concreto que pretenda proteger, que para él puede o no existir. Así, el legislador presupone que los individuos tienen ciertos intereses pero establece los derechos subjetivos independientemente de que estos se den concretamente en el individuo que cuenta con un derecho subjetivo. Por ello, afirma que el derecho subjetivo no consiste en un interés, sino en la protección jurídica que puede accionar el individuo⁴⁶. Kelsen, además, desecha la separación completa entre la *creación* del derecho y la *aplicación* del mismo, afirmando que tan solo el acto coactivo, al que Ferrajoli llamaría *garantía secundaria*, es un acto de aplicación, mientras que solo la presuposición contenida en la Norma fundamental es un acto puramente normativo; los actos intermedios entre ambos extremos, entre los que se encontrarían los actos tendentes a ejercer y proteger derechos fundamentales, son al tiempo *creación y aplicación* del derecho⁴⁷. Por ello, que el individuo tiene un derecho subjetivo cuando puede iniciar un proceso que pueda imponer una sanción, que para Kelsen es en sí una norma individualizada si impone el castigo penal, pero también una norma especial si, por ejemplo, el fallo condenara civilmente al demandante a pagar al demandado, que habría sido partícipe

⁴⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁶ Hans KELSEN: *Teoría general del derecho y del Estado* (2º ed.; 2º reimp.; trad. Eduardo García Máynez), Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 94.

⁴⁷ Hans KELSEN, *Teoría pura...*, *op. cit.*, p. 96.

en la creación de dicha norma especial. La facultad de intervenir en dicha creación es el derecho subjetivo⁴⁸. Si tal derecho no faculta al individuo para instar a la creación de dicha ley o, lo que es lo mismo, si no puede ser accionado en juicio, este derecho sería, como afirma Danilo Zolo, «un derecho inexistente»⁴⁹. De dicha identificación entre la garantía o la accionabilidad y el derecho subjetivo se deriva que aquellos derechos que carezcan de garantías efectivas, incluso debidamente constitucionalizados, son declaraciones vacías sin trascendencia jurídica. Los derechos sociales, tan presentes en las constituciones democráticas occidentales, no serían verdaderos derechos⁵⁰. Igualmente esta consideración colisiona con la idea de la *internacionalización* de los derechos fundamentales anteriormente defendida por Ferrajoli.

Frente a la tesis de la unión entre derecho y garantía, Ferrajoli defiende la tesis de la separación. La mera voluntad de no rechazar los derechos internacionales y sociales como verdaderos derechos fundamentales parece ser en él suficiente razón para distinguir derechos y garantías, pero aportará más argumentos que él considera principales para defender tal tesis. Dice del derecho positivo que es un sistema *nomodinámico*⁵¹, término heredado de la teoría kelseniana, en que los criterios de identificación de un derecho como existente no residen en la lógica sustancial referente al contenido de las normas, sino en la existencia de la norma positiva que lo prevé y por ello de la acción de producirla. Esto es una reinterpretación de ciertos caracteres de la teoría de Kelsen. Para el vienés, en el sistema *nomodinámico* las normas se encadenan unas con otras no por actos de lógica, sino por actos de voluntad⁵². Para él, derecho subjetivo y derecho objetivo son lo mismo⁵³ igual que equipara Derecho con Estado⁵⁴ y por tanto norma con aplicación. En Ferrajoli, recordamos, es el “*hecho empírico*”⁵⁵ de producir la norma el que determina la existencia de dicha norma y no, como diría Kelsen, la norma superior que la legitima. Así, no deja de existir un derecho subjetivo establecido en una norma aunque no exista la norma que dispone la obligación o prohibición que le corresponde o la sanción en caso de violarlo. Contra la identificación de derecho subjetivo con el deber de otro, que Ferrajoli diría es *garantía primaria*, y de la identificación de derecho y aplicación, *garantía secundaria*, busca argumentos en la realidad objetiva, en el *ser* del derecho.

⁴⁸ Hans Kelsen: *Teoría general...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁴⁹ Danilo ZOLO: *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 33.

⁵⁰ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos...*, *op. cit.*, p. 45.

⁵¹ *Ibidem*, pág. 46.

⁵² Hans Kelsen: *Teoría general...* *op. cit.*, p. 36.

⁵³ *Ibidem*, p. 94.

⁵⁴ Hans Kelsen: *Teoría pura...* *op. cit.*, p. 125.

⁵⁵ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos...* *op. cit.*, p. 46.

Para él, la contradicción de normas es perfectamente posible en un ordenamiento jurídico. Y no porque sea aceptable que exista, sino porque *existe*. Hasta que un Tribunal Constitucional anule una norma que establece un derecho por entrar en colisión con otro, esta existe y es vigente. Igualmente la existencia de lagunas, la ausencia de normas que disponen la obligación o prohibición que le corresponde a un derecho fundamental o la sanción en caso de violarlo, *existe* en un ordenamiento sin que ello signifique la inexistencia de los derechos subjetivos no protegidos. Las lagunas, *primarias* o *secundarias* en correspondiente función de las garantías que no sean previstas, son para el autor un deber del legislador, sobre el cual recae la obligación de rectificarlas. Es suficiente que la no contradicción del derecho positivo y la prohibición de lagunas sean principios normativos, que por tanto afectan a la acción del legislador, a su *deber ser*, pero no directamente a la validez de la sustancia del derecho, que puede ser imperfecto y aun así vigente.

Es entonces el principio de legalidad la norma principal de reconocimiento del derecho existente⁵⁶, lo que impone reconocer la existencia de un derecho únicamente por el hecho de haber sido establecido en norma. El principio de legalidad hace reconocibles también las garantías primarias y secundarias en cuanto establecidas normativamente. Ferrajoli lo aplicará a todo tipo de derechos fundamentales, con independencia del origen estatal o internacional de las normas que los produzcan.

La descripción de *lagunas* y *antinomias* como problemas a resolver por el legislador no es baladí fuera de la Teoría del derecho, pues redirige el foco de la responsabilidad en la efectividad del derecho de las normas, despersonalizadas e inertes, hacia los Estados y gobiernos, sujetos representados por individuos con poder tangible. Ciertamente es que la mayor parte de derechos sociales recogidos en las constituciones, así como los derechos humanos nacidos de las cartas internacionales, no cuentan con garantías jurídicas reales en los ordenamientos contemporáneos, pero esto, sobre la base de que estos derechos sí existen, solo es la evidencia más obvia de la inmensa divergencia entre la realidad jurídica y la realidad social o política en que existen. Que las *lagunas a colmar* sean de tal magnitud apremia a los legisladores a tratar de reducirlas con la mayor diligencia posible, no es una imposibilidad fáctica ni un problema inherente al derecho.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 49.

Ferrajoli llega a la conclusión de que los obstáculos a la realización de tan ambiciosos proyectos son de dos tipos: técnicos y políticos. En el caso de los primeros, las posibilidades de realización son perfectamente salvables. Nada impide, técnicamente, que se creen nuevas garantías, primarias y secundarias, sobre los derechos sociales y humanos a la par con las garantías existentes sobre otros DDDF. Por un lado, las constituciones podrían ser modificadas para establecer mínimos al legislador sobre las materias sociales. En el plano del Derecho Internacional, el autor defiende la introducción de textos internacionales, como un código penal internacional con jurisdicción en crímenes de guerra, elaborar mecanismos de control jurisdiccional de las violaciones de derechos humanos de los Estados o la regulación de la intervención humanitaria⁵⁷; Ferrajoli ha abogado, como se tratará más adelante, por la idea de la constitución global.

Las posibilidades políticas de tales medidas son para el autor los mayores escollos en su consecución. Satisfacer todos los derechos fundamentales conlleva acción titánica en términos económicos, contradice el libre mercado, cuestiona el funcionamiento actual de las democracias ricas y su supuesta supremacía. También entra en conflicto con la noción presente de la soberanía nacional y es incompatible con la socialdemocracia, el liberalismo y el neoliberalismo. Ahora bien, todos estos son obstáculos exclusivamente políticos⁵⁸, teóricamente y técnicamente, son realizables. Existe una falacia naturalista en ver en la remota posibilidad política, la imposibilidad fáctica. La afirmación de que reconfigurar el derecho alrededor de la efectividad plena de los derechos fundamentales no es posible porque la política lo impide es lo mismo que decir que no se puede hacer porque nunca se ha hecho, e implícitamente es afirmar que el derecho no *puede ser* así porque no *es* así.

2.4 Del paleopositivismo al constitucionalismo contemporáneo

Para el autor, las cuatro tesis anteriores permiten apreciar un cambio de paradigma⁵⁹ manifestado en el constitucionalismo contemporáneo como evolución de lo que él denomina paleopositivismo. Para él, en el paradigma paleopositivista, la fuente única de legitimidad se encuentra en la producción del derecho, en la potestad legislativa, y por tanto en la decisión

⁵⁷*Ibidem*, p.51.

⁵⁸*Ibidem*, p. 52.

⁵⁹ *Ibidem*, p.52.

política⁶⁰. El derecho es instrumento de la política. Si en el paleopositivismo la política va antes que el derecho, en el constitucionalismo democrático el orden se invierte: es la política el instrumento del derecho, que determina el ámbito de actuación de la política, o la ya referida *esfera de lo decidible*. Históricamente, este cambio de paradigma se localiza al término de la Segunda Guerra Mundial, época de los *poderes de hacer morir*⁶¹, y con la creación de nuevos textos constitucionales en la Europa del eje, con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶².

En su teoría, la metanorma de reconocimiento paleopositivista de las normas es el *principio de (mera) legalidad formal*⁶³, por tanto solo dependiente del acto formal de su producción. En el paradigma constitucional vigente rige el *principio de estricta legalidad* o *legalidad sustancial*, es decir, el sometimiento de las normas también a los vínculos *sustanciales* provistos por las constituciones. Si la *mera legalidad* separó validez y justicia, la *legalidad sustancial* ha separado vigencia y validez⁶⁴. No se trata de reunir Derecho y Moral una vez más, Ferrajoli trabaja decididamente desde el positivismo; sino de *positivizar* doblemente la producción normativa, vinculando su forma y también su contenido.

Puesto que el *ser* y el *deber ser* han quedado disociados, afirma el italiano que también la jurisdicción ha evolucionado, pues ya no consiste en la simple aplicación del derecho sino que también es medio de análisis de este. El paradigma jurídico ha cambiado, también lo ha hecho la acción jurisdiccional, de lo que deriva que la ciencia jurídica debe hacer tanto lo mismo. No se limita ya a la simple descripción de la realidad del derecho, sino también a la crítica. Por tanto la ciencia jurídica tiene objeto y tiene objetivo, el de analizar e interpretar la realidad jurídica para remediar las garantías inefectivas: las *antinomias* y las *lagunas*.

El conocedor atento de la obra ferrajoliana se habrá ya percatado de que estos elementos: la divergencia entre normatividad y realidad, el modelo de *estricta legalidad*, la

⁶⁰ Luigi FERRAJOLI: *Democracia y garantismo* (2º ed.; trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*), Madrid, Trotta, 2010, pp. 305 y 306.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 307 y ss.

⁶² Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos...* *op. cit.*, p. 54.

⁶³ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 53

separación entre *vigencia* y *validez*, la crítica de la norma vigente, separación entre Derecho y Moral son parte del sustrato sobre el que elabora su teoría del *garantismo*⁶⁵.

3 UN PRIMER NIVEL DE CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI

El segundo capítulo de este trabajo está dedicado al estudio de las críticas elaboradas por varios autores de la órbita jurídica italiana sobre las ideas descritas en el capítulo anterior, así como de la respuesta que Luigi Ferrajoli da a dichas críticas, principalmente a través de su ensayo *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*. A ellas añadiré mis propias consideraciones sobre las críticas y las respuestas.

Las críticas elaboradas por los profesores Riccardo Guastini, Ermanno Vitale, Danilo Zolo y Mario Jori se refieren tanto a la definición de derechos fundamentales confeccionada por Ferrajoli como a las tesis que elabora sobre dicha definición. El autor aportará argumentos para continuar sosteniendo cómo su definición es formal y abordará también su porqué, es decir, la utilidad de una teoría formal o estructural de los derechos fundamentales frente a una teoría *dogmática*. También contestará a las dudas suscitadas por la *universalidad* con que reviste a los derechos fundamentales frente a la *singularidad* de los derechos patrimoniales. Tratará además el vínculo entre derechos y democracia, y cómo esta tesis es compatible con la pretendida neutralidad ideológica de su teoría, así como el vínculo entre derechos fundamentales y ciudadanía (o su potencial supresión). Hará asimismo frente a las críticas realizadas sobre su distinción entre derechos y garantías.

La discusión que acepta y plantea el italiano emplea como instrumento lógico principal el de definir los distintos niveles del discurso que existen en sus escritos y en los escritos de los que le critican, ahondando así sobre la cuestión meta-teórica en las ideas de la teoría del derecho.

⁶⁵ Luigi FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (prólogo de Norberto Bobbio; trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*), Madrid, Trotta, 1995, pp. 851 y ss.

3.1 De la metateoría y los distintos niveles del discurso

El florentino dice de las críticas dirigidas a su ensayo *Derechos fundamentales* que abren un debate metateórico que es ineludible abordar previa discusión teórica. Afirma que muchas de las divergencias que se producen en el seno de la Teoría del Derecho se deben a la diversidad de «niveles del discurso» (teórico, sociológico, dogmático y axiológico) empleados por los autores, y que también esta divergencia permea la discusión de sus tesis⁶⁶. La cuestión por resolver, la de la naturaleza de la relación de los conceptos propios de la teoría del derecho y la Dogmática jurídica, así como la relación entre los conceptos de la Filosofía política de la justicia⁶⁷; cómo deben formarse, cuál es su alcance definitorio con respecto al derecho positivo y cuál es su sentido práctico.

La cuestión planteada es por tanto amplia y generalizable a toda la doctrina, pero será a través de los conceptos propios de su teoría de los derechos fundamentales que la abordará. Recíprocamente, usará la discusión meta-teórica como argumento para reforzar sus tesis en materia de derechos fundamentales. La profundización meta-teórica es para él una necesidad, pues concede que en el texto de su anterior ensayo sobre derechos fundamentales, poco se dice sobre el nivel de discurso al que pertenece cada una de sus tesis, así como tampoco se definen muchos de los términos, a menudo oscuros, que son de su elaboración y pertenecen a la órbita general de su teoría pura del derecho. Con estos objetivos arranca la segunda parte de su argumentación sobre los derechos fundamentales.

3.2 Críticas a la definición formal de derechos fundamentales

El primer punto controvertido que Ferrajoli tiene a bien abordar es el de las críticas a su definición formal, o más en concreto, las interpelaciones de Vitale, Jori y Zolo, que cuestionan si es en realidad formal su definición y si acaso una definición formal como la suya es valiosa.

Ermanno Vitale opta por estudiar *Derechos fundamentales* a través de la comparación con el ensayo *De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona*, que le precede en el catálogo

⁶⁶ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 140.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 139.

de Luigi Ferrajoli. Vitale afirma coincidir con el fondo político y filosófico que Ferrajoli manifiesta en ambos ensayos⁶⁸ y bien sea dicho que las ideas prologadas por *De los derechos (...)* y continuadas en *Derechos fundamentales* son similares o al menos armónicas. La crítica subyacente al segundo ensayo es la siguiente: en el primer ensayo, este compromiso político es declarado abiertamente, el contenido político es el foco primario y no lo es el teórico. El segundo ensayo profundiza sobre las mismas ideas pero carece del propósito claro, político del primero. Por elaborar una teoría aparentemente formal sobre los cimientos de un trabajo anterior cuyo propósito es otro, Vitale imputa a Ferrajoli haber elaborado una teoría general *more geometrico demonstrata*⁶⁹ sobre juicios políticos, morales y filosóficos acerca de la realidad de los poderes. ¿Puede acaso ser tal teoría ideológicamente neutra?

Mario Jori aprecia problemas en la relación entre el formalismo de su definición y las nociones de universalidad y disponibilidad⁷⁰. La universalidad formal o lógica, tal como la define Ferrajoli, es un valor neutro. Puesto que es independiente del contenido de los derechos y puede configurarse, como ya se ha tratado, de forma restrictiva al definir el parámetro del estatus de forma limitativa. De hecho, así ha ocurrido y en la opinión de Ferrajoli todavía ocurre con respecto al parámetro de la ciudadanía. Sin embargo Ferrajoli transmite al tiempo la idea de que la universalidad es un valor positivo en tanto que establece la igualdad en derechos de los individuos y esto le lleva a abogar por abolir la ciudadanía.

En el caso de la disposición, esto es, que los derechos fundamentales no pueden ser dispuestos ni siquiera por sus sujetos titulares, se trata de una cualidad que el autor atribuye a la universalidad y que hace imposible la actuación jurídica que modifique una situación basada en la igualdad (porque está basada en la universalidad, que es la base de la igualdad *sustancial*). Es por ello por lo que Jori concluye que también para Ferrajoli la razón de ser de los derechos fundamentales es que existen intereses concretos de importancia tal (intereses vitales) que deben ser protegidos por el ordenamiento a cualquier costa, como lo es para la teoría convencional, o lo que él llama «concepción corriente»⁷¹, de los derechos fundamentales. La contradicción, por supuesto, es que para Ferrajoli los derechos fundamentales pueden ser de contenido enteramente irrelevante.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 64.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 191 a 122.

⁷¹ *Ibidem*, p. 26.

Una definición que es teórica (porque no atiende a los contenidos concretos) pero centrada en la protección de *intereses vitales* es problemática a ojos de Jori, porque suscita necesariamente preguntas como ¿quién decide qué son los intereses vitales? o ¿con respecto a qué se definen los intereses vitales? En clave iusnaturalista, la razón humana; en clave iuspositivista, el ordenamiento. Ambas opciones son problemáticas para Jori, como lo son para Ferrajoli, que pretende elaborar una teoría que se imponga a la dicotomía iusnaturalismo-positivismo. Sin embargo Ferrajoli no habría superado el hecho de que también cree que hay derechos que *deben* ser fundamentales porque corresponden a intereses vitales.

La crítica que postula Danilo Zolo se refiere a si acaso la definición de Ferrajoli es teóricamente útil, en el sentido de si esta es suficiente para deducir las cuatro tesis que trata de deducir. Zolo se inclina por una noción de derechos fundamentales menos ambiciosa en lo teórico y por ello más práctica, basada en los intereses (vitales) concretos protegidos en cada momento histórico y en cada ordenamiento⁷². ¿Ayuda a plantear las cuestiones prácticas y a proponer soluciones racionales?; ¿puede un postulado teórico como el de Ferrajoli ser suficiente para fundar *esencialmente* una teoría normativa que prescindiera de contexto político y moral?⁷³

Ferrajoli empieza su contestación aclarando que la formalidad de su definición significa que no contesta a: ¿cuáles son los derechos fundamentales?, ni tampoco a: ¿cuál deben ser los derechos fundamentales? A la primera pregunta solo puede contestar la Dogmática y a la segunda la Filosofía política⁷⁴. Por tanto que su definición pretende solo concretar su estructura, responder a ¿qué son los derechos fundamentales? Ningún elemento de su definición (*ciudadanía, derecho subjetivo, persona, capacidad de obrar*) dice nada sobre los intereses concretos tutelados o por tutelar. Afirma que el nombre de los conceptos no es relevante puesto que los términos que prefiere emplear Zolo (libertad fundamental en lugar de derechos fundamentales, por ejemplo) también carecen de contenido concreto en una teoría formalizada. Conceptos teóricos como los que escoge cuidadosamente Ferrajoli son *definiciones convencionales*, en contraposición a los propios de la dogmática jurídica, *definiciones lexicográficas* que derivan de los usos del legislador o los propios de la filosofía política⁷⁵.

⁷² Derechos subjetivos de libertad, libertades fundamentales, derechos del hombre.

⁷³ *Ibidem*, pp. 80-81.

⁷⁴ Él las llama «dogmática constitucional» y «filosofía política normativa de la justicia». *Ibidem*, p. 142.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 143.

Las cuestiones planteadas por Zolo y Jori, a juicio de Ferrajoli, pertenecen a niveles del discurso diversos y confusamente distinguidos. Sobre su definición de derechos fundamentales dice que pertenece al plano teórico, pero las tesis que de dicha definición extrae no pertenecen a él. La universalidad es un término estrictamente teórico; que la adscripción de derechos sea tendencialmente universal porque se han extendido *persona*, *ciudadano* y *capaz de obrar* pertenece al plano de la filosofía política *a priori* y a los planos de la historiografía y la dogmática *a posteriori*⁷⁶. Al plano de la Filosofía política pertenecen también los juicios asociados a los derechos fundamentales cuando dice de ellos que son «vitales» o que la ciudadanía es un límite superable. Todas las tesis que expresa, de hecho, pueden ser conectadas a los planos historiográfico, sociológico o dogmático, pero existen en todo caso fuera de su marco teórico.

Que a individuos iguales no siempre se les haya reconocido mismo estatus, valga el ejemplo de la negación de la personalidad en forma de la esclavitud, es explicable históricamente, comprobable dogmáticamente e (in)justificable axiológicamente, pero ninguna de estas consideraciones tiene la mínima relevancia sobre el discurso formal. Igualmente, la personalidad (jurídica) puede atribuirse a entes no humanos o colectivos, pero que la *persona* sea un ser biológicamente humano, un grupo humano o una compañía no cambia que *persona* sea en el campo teórico un estatus subjetivo que puede estar vinculado a titularidades de derechos. Podría decirse de la definición formal que solo sirve para explicar cómo se puede llegar a proteger un interés como derecho fundamental, pero para nada más.

Los juicios políticos que Vitale atribuye a Ferrajoli no pertenecen al plano teórico sino al dogmático o al político, y por tanto no son la base de una teoría general del derecho *more geométrico demonstrata*, o un ejercicio de «spinozismo jurídico⁷⁷» que da por asumido qué debe buscar hacer un ordenamiento. La dimensión formal de la definición de Luigi Ferrajoli sencillamente no da respuesta al *deber ser* del derecho. Por tanto tampoco esta definición puede ser fundamento esencial, como lamentaba Zolo, de una teoría de la democracia.

En esta distinción de niveles del discurso, solo la crítica que Ferrajoli hace de Locke es perteneciente al plano de la teoría del derecho, porque el error que le imputa es sobre la estructura de los derechos. La crítica a Marshall pertenece a la dogmática jurídica porque su

⁷⁶ *Ibidem*, p. 145.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 68.

error es el de configurar como derechos de la ciudadanía derechos que son manifiestamente de las personas. La crítica a Gerber es del plano de la filosofía política, porque a este plano pertenece el discurso acerca del valor de la persona en su relación con el Estado⁷⁸.

Contestando a Zolo, Ferrajoli afirma que su definición formal de derechos fundamentales es útil porque permite localizar las diferencias estructurales con respecto a otros derechos y sus vínculos sustanciales. También es útil para analizar el funcionamiento de las garantías y para localizar y proponer la solución de las antinomias y lagunas presentes. Zolo y Vitale le imputan haber sustituido los valores éticos sobre los que se asentaban sus primeros ensayos en materia de DDFD por la pura estructura carente de intereses concretos y así haber entrado en contradicción. Ferrajoli no ve contradicción alguna entre su teoría formal y los juicios de contenido ético-político que se derivan de esta porque estos juicios no se *deducen* de aquella teoría. Pertenecen a niveles discursivos distintos y también deben ajustarse a dichos niveles las críticas que sobre la teoría o los juicios se produzcan. Los enunciados teóricos deben juzgarse teóricamente, los de la filosofía política axiológicamente, los referidos al derecho positivo dogmáticamente y los referidos a la realidad jurídica históricamente o sociológicamente.

3.3 Críticas a la tesis sobre los derechos patrimoniales

Guastini plantea que en la estructura fabricada por Ferrajoli, no existen diferencias entre un derecho conferido a toda una clase de sujetos (ciudadanos, por ejemplo) y aquella que concede un privilegio a un individuo concreto⁷⁹. Por usar un ejemplo análogo al suyo:

$$\forall x (F_x \rightarrow G_x)$$

Siendo F «ciudadano»:

Para todo x, si x es ciudadano, entonces x es titular del derecho G.

Siguiendo este razonamiento, pero atribuyendo a F un valor distinto, «secretario del Departamento de Derecho Penal e Historia y Teoría del Derecho» por ejemplo, se elabora el siguiente silogismo:

⁷⁸ *Ibidem*, p. 150.

⁷⁹ *Ibidem*, p.60.

Para todo x, si x es secretario del Departamento de Derecho Penal e Historia y Teoría del Derecho, entonces x es titular del derecho G.

Un derecho conferido por la fórmula estructural de Ferrajoli puede ser fundamental y solo estar conferido a un único individuo. Además, Guastini se pregunta por qué son los tres parámetros de ciudadanía, personalidad y capacidad de obrar los escogidos por Ferrajoli y no otros. La norma que confiere el voto municipal a todos los residentes habría otorgado un derecho universalmente a una amplia categoría de sujetos, con independencia de los tres presupuestos de estatus y, por tanto, no sería fundamental. Además, la clase de sujetos identificados de por sí debe estar identificada por otra norma (D):

Para todo x, si x es un ciudadano, entonces x es titular del derecho D.

Para Guastini, esta norma D que define jurídicamente al ciudadano podría darse en la forma de un privilegio:

Para todo x, si x es secretario del Departamento de Derecho Penal e Historia y Teoría del Derecho, entonces x es un ciudadano.

Ferrajoli contesta que por supuesto un privilegio puede ser conferido universalmente a un sujeto único. Corrige el silogismo de la siguiente manera:

Para todo x, si x es un ciudadano, entonces x es secretario del Departamento de Derecho Penal e Historia y Teoría del Derecho.

Incluso una norma que consista en una discriminación puede ser igualmente universal, porque es universal un derecho o un estatus si es dispuesto a una categoría indeterminada de sujetos por una norma *tética*⁸⁰. Tales derechos son singulares únicamente mediante la fórmula de pre-disposición por norma, *hipotética*, en relación con sujetos determinados. En este punto es menester expandir brevemente los conceptos de norma *tética* e *hipotética* según la definición de Ferrajoli. La norma *tética* es aquella que da a una determinada clase de sujetos la atribución inmediata de una situación o estatus jurídicos. «Prohibido pisar

⁸⁰ *Ibidem*, p. 155.

el césped» es una norma tética, como lo es también «el asesinato es un delito». Sin que sea necesario ninguno otro acto jurídico, los destinatarios de la norma tética son titulares de la situación que esta recoge. La norma *hipotética* es aquella que prevé un acto como hipótesis y prevé una situación o estatus como el efecto de dicho acto. «Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro» es una norma hipotética. También son hipotéticas las normas procesales, o las civiles que por ejemplo dispongan los distintos efectos de los contratos.

Bajo las rúbricas «universal» y «fundamental», concluye que pueden enunciarse normas que contengan privilegios, y esto apoya su defensa de la existencia de derechos fundamentales en ordenamientos premodernos como el de la Roma antigua, basado casi exclusivamente en normas de derechos universales adscritas a clases privilegiadas. En definitiva, «universal» es un concepto vacío, igual que vacío es «fundamental». Esto es para Ferrajoli su gran cualidad, puesto que hace depender su extensión (y su igualdad) de aquello que se deposite dentro. La ciudadanía, la personalidad y la capacidad de obrar también son conceptos vacíos y por ello han sido el continente de tan amplias restricciones. Pero su valor es el de haber sido siempre el parámetro de tal desigualdad y por tanto, puede ser el de la igualdad también.

Con respecto al derecho al voto municipal referido por Guastini, este no sería para Ferrajoli un derecho concedido con independencia de la ciudadanía, sino por extensión de esta para el caso concreto de la elección democrática. Por supuesto que esto es discutible, pues si el legislador habría en un pasado utilizado la ciudadanía, la personalidad o la capacidad de obrar para expresar su voluntad de excluir, aquí habría decidido incluir empleando los mismos parámetros casi por error, pues su voluntad manifiesta es la de adscribir el derecho de voto en virtud del parámetro de la *residencia*, y solo con un análisis muy artificial de la estructura de dicho derecho podría llegarse a la conclusión de que el legislador amplía el estatus de ciudadano a sujetos que no están reconocidos como tal por ley⁸¹ solo para el supuesto concreto del derecho a voto municipal.

¿Habría redefinido el legislador el estatus de la *ciudadanía* sin quererlo, o de forma implícita? ¿Se trata de una *ciudadanía* distinta a la asociada a los demás derechos

⁸¹ Imposible obviar que el *estatus* debe ser previsto por otra norma jurídica según la definición de Ferrajoli.

fundamentales? Recordemos que es la universalidad de su atribución y no el interés concreto perseguido el que define al derecho fundamental. El derecho al voto municipal está adscrito universalmente a una clase abierta de individuos por razón de residir en un lugar u otro. Que el contenido sea el típico de un derecho que se equipara a la ciudadanía nada cambia en el plano formal. Podría además argumentarse que el derecho al voto adscrito al estatus de *residente* es «renunciable»⁸² de una forma en que no pueden serlo la ciudadanía, la personalidad o la capacidad de obrar porque está vinculado al empadronamiento en el lugar de residencia habitual. No estar empadronado en el municipio de residencia habitual acarrea la inexistencia del derecho. ¿Puede acaso un derecho fundamental ser renunciado de esta forma por su titular? Podría decirse que no es un derecho fundamental sino un derecho basado en una norma *hipotética*, que predispone un derecho derivado (el voto) de los actos de habitar y estar empadronado en un municipio. Por otro lado, el derecho al voto en general también está condicionado a la figuración en el censo electoral. ¿Son acaso titulares del derecho al voto los ciudadanos con capacidad de obrar o los que figuren efectivamente en el censo electoral? Por supuesto parece exagerado decir que la existencia de censo electoral altera la programación teórica del derecho al voto. Ahora bien, si el derecho fundamental al voto existe en los términos de Ferrajoli incluso con la condición censal⁸³, también lo hace el derecho al voto municipal. Entonces el empadronamiento es garantía o medio de prueba y el derecho al voto municipal como tal es universal y *tético*, pero no fundamental porque está adscrito a una categoría distinta, no contemplada por Ferrajoli: la *residencia*. Ferrajoli no responde con éxito a este supuesto principalmente por una razón cognitiva subjetiva: él tampoco quiere aceptar que un derecho de sufragio no sea un derecho fundamental. El derecho al voto municipal parece ser una excepción, si bien intolerable para la teoría formal de Ferrajoli porque evidencia que derechos que serían considerados fundamentales en una teoría dogmática o del interés, pueden no serlo en su teoría formal.

Guastini cuestiona que la indisponibilidad de los derechos esté implicada necesariamente por la universalidad, y critica que Ferrajoli no la introduzca explícitamente en su definición. Mientras que la universalidad se refiere a la titularidad del derecho, la indisponibilidad es un parámetro de su ejercicio. Si se refiere al ejercicio de un derecho

⁸² Este término es mejor que el de «alienable» por la condición estrictamente patrimonial a la que Ferrajoli lo asocia.

⁸³ Habría que entender que el censo no es condición de titularidad del derecho, sino garantía o medio de prueba. Ferrajoli no trata la cuestión empírica de quién es ciudadano o persona.

entonces la indisponibilidad debe ser positivamente establecida por una segunda norma, distinta de la que regula su titularidad⁸⁴.

Ferrajoli primero habrá de definir qué entiende por actos de disposición. Para el florentino, son disponibles los actos jurídicos derivados de un derecho patrimonial. Por tanto todo lo que es disponible ha de ser patrimonial. Si los derechos patrimoniales son singulares y por tanto disponibles, debe deducirse que los derechos fundamentales, que son universales, no son nunca disponibles. De este modo argumenta que no hay necesidad de incluir la disponibilidad en su definición de derechos fundamentales; la indisponibilidad es inherente a los DDFF por necesidad lógica⁸⁵.

Esto responde también a la pregunta lanzada por Mario Jori, que al cuestionar el alcance de la indisponibilidad de los derechos fundamentales en la definición de Luigi Ferrajoli, refería con perplejidad que, si el derecho a la vida es un derecho fundamental (y por ello indisponible), debería estar prohibido el suicidio, o más correctamente que, si con el suicidio se dispone de la vida, no podría ser fundamental el derecho a la vida⁸⁶. El suicidio no es para Ferrajoli un acto de disposición; ni tan siquiera es un acto jurídico, sino más bien el acto de renuncia del ejercicio de un derecho. El acto jurídico de disposición crea efectos en la forma de obligaciones; un derecho fundamental nunca comporta, independientemente de si se ejercita o de cómo se ejercite, obligaciones al titular, sino a los demás.

Podemos emplear una vez más el ejemplo del voto para terminar de aclarar esta cuestión. Un individuo puede decidir no votar pero no puede obligarse legalmente a no votar o a alienar su derecho al voto, igualmente que alguien puede suicidarse pero no crear la autobligación de suicidarse. En cualquier caso la existencia del derecho fundamental permanece inalterada por el ejercicio o vulneración de sí mismo. Resulta chocante recordar como para el autor un derecho fundamental es⁸⁷ un «mero comportamiento»; ¿acaso el derecho a la vida exige más comportamiento que el de vivir? El ejercicio de los derechos sí consiste en comportamientos, y por ello la indisponibilidad no se refiere a este sino a la existencia (titularidad) de un derecho en la esfera de un individuo concreto. El uso del término es desafortunado: las normas téticas no están condicionadas ni a actos ni a

⁸⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 161.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 123.

⁸⁷ Atención: «es», no «consiste en» o «se ejercita por».

«comportamientos» de ningún tipo. La configuración teórica de su definición da a entender que si el derecho es fundamental, es universal para todo individuo dotado de estatus y por tanto solo en tener un estatus, es decir, en «ser», consiste tener derechos fundamentales.

Otro argumento que refiere en este caso Danilo Zolo es el de que los derechos fundamentales no pueden contraponerse a los derechos de propiedad porque su ejercicio produce desigualdades y exclusión⁸⁸, igual que los derechos de propiedad. Aquí Zolo incurre en otra confusión entre los distintos niveles de la definición, pues la contraposición de ambos derechos existe en plano formal, en la estructura de ambos derechos; uno es universal y el otro es singular. Por tanto los derechos de propiedad son desiguales y excluyentes en el plano formal, pero esto no es el caso de los derechos fundamentales. Que el ejercicio de los DDFE pueda provocar desigualdades está fuera del alcance de la definición formal y, lo que es más, ni siquiera es cuestionado por Ferrajoli en su nivel discursivo correspondiente. Para el autor esto es una consecuencia inevitable del ejercicio de los mismos y de la autonomía negocial⁸⁹. No solo los derechos patrimoniales generan desigualdades, del mismo modo que la igualdad (formal) no se da solo en los derechos fundamentales, sino en todas aquellas normas de tipo tético.

Sobre la distinción entre ambos conceptos, en el plano semántico, aclara que únicamente los derechos reales de propiedad concretos son *hipotéticos*. No solo es fundamental el derecho a convertirse en propietario, sino que también lo es el derecho a disponer o a ejercitar dichos derechos. Por riesgo de provocar una incomprensión, ha de matizarse que Ferrajoli está configurando la disposición y el ejercicio (quizá redundantemente) como derechos ajenos, si acaso complementarios, al de convertirse en propietario. Ahora bien, los derechos concretos de propiedad sobre tal o cuál bien son estructuralmente distintos, independientes y, crucialmente, no son ejercicio de los primeros⁹⁰. Bien sea dicho que la existencia de los primeros es presupuesto de los segundos y por supuesto no al contrario: uno puede tener derechos fundamentales del propietario pero no tener ningún derecho de propiedad pero no a la inversa. La diferencia estructural queda clara, pero la aclaración obliga a hacer una pregunta: si los derechos de propiedad no son ejercicios de los derechos fundamentales del propietario ¿en qué consiste el ejercicio de los derechos

⁸⁸ *Ibidem*, p.84.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 163.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 165.

fundamentales del propietario? Para Ferrajoli su ejercicio sí que provoca, al contrario que su estructura, desigualdad inevitable en el tráfico jurídico, pero es difícil imaginar de qué manera se manifiesta este ejercicio desigual más allá de la creación de derechos concretos de propiedad o de crédito que se adquieran por libertad negocial. ¿No sería más satisfactorio entender que los derechos de propiedad, en tanto que presupuestos por derechos fundamentales, son resultado de su ejercicio?

3.4 Críticas a la tesis sobre el nexo entre derechos fundamentales y democracia

La principal crítica recibida a este respecto por Ferrajoli proviene de Danilo Zolo. Este autor cuestiona hasta qué punto Ferrajoli es capaz de «fundar esencialmente» una teoría normativa o de la democracia de los DDFF empleando formulaciones lógicas⁹¹. En otras palabras, se pregunta hasta qué punto Ferrajoli puede sustanciar sus cuatro tesis de los DDFF en una definición estrictamente formal. Para Zolo, la democracia no es un fenómeno «esencial o prevalentemente jurídico⁹²» y debe abordarse también desde otras metodologías, por lo que una definición estrictamente de la estructura de los DDFF no funda ni puede fundar ese nexo *sustancial* del que Ferrajoli escribe. También argumenta contra el contenido, en particular en materia de «derechos sociales», o «servicios sociales», no justiciables en sede judicial y limitados no ya por su amplitud teórica sino por el mercado⁹³.

Como ya ha quedado patente en la sección 3.2 del presente trabajo, Ferrajoli no defiende que sus tesis se funden en su definición formal sino que son compatibles con la misma. Además, coincide con Zolo en que la democracia no pueda ser acotada en su totalidad únicamente desde una posición jurídica; los derechos estipulados positivamente y sus garantías⁹⁴ pueden establecer la dimensión jurídica de la democracia, pero pueden estar plagados de lagunas. No obstante, para él la aproximación jurídica a la democracia debe ser previa a cualquier otra⁹⁵. Esta divergencia es achacada por él a las distintas perspectivas desde las que Zolo y él mismo argumentan; Ferrajoli es positivista en su concepción de los DDFF, Zolo es iusnaturalista.

⁹¹ *Ibidem*, p. 81.

⁹² *Ibidem*, p. 82.

⁹³ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

⁹⁴ Las garantías también toman la forma de normas positivas en una democracia constitucional.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 168.

En cualquier caso, el grueso de los argumentos de Zolo no corresponde a lo que Ferrajoli considera el nivel del discurso propio de su teoría formal. Una vez más, su definición teórica no pretende abordar cuáles son los DDDFF o cómo deben ser satisfechas en la práctica sus respectivas garantías. Si una Constitución recoge el derecho al trabajo⁹⁶, ¿acaso no existe como derecho fundamental porque la economía de mercado impida acabar con el desempleo⁹⁷?

Como ya se trató en el apartado 3.2, Vitale critica que Ferrajoli dé a la política la facultad del *cómo hacer* pero no del *qué hacer*, relegando a la participación democrática a consistir en una actividad exclusivamente «ejecutiva»⁹⁸. Para Ferrajoli, que las acciones de la política tengan el vínculo y límite de la Constitución no quiere decir que la política democrática no tenga espacio de decisión. Al contrario, el nexo entre derecho y política, si bien restringe internamente, también amplía desde el punto de vista externo del Derecho: la política está colocada centralmente en el plano de las dinámicas sociales y culturales⁹⁹. Ferrajoli también ha asociado la *nomodinámica* del Derecho a la labor del poder político. Dentro de la amplia esfera de lo decidible, tiene la «obra de construcción de la democracia constitucional¹⁰⁰» Para Ferrajoli, la política no solo tiene espacio suficiente dentro de la esfera de lo decidible, sino que además es protagonista desde el punto de vista externo del Derecho, en ningún caso a través de decisiones procedentes de la teoría, sino mediante acciones coherentes y no contradictorias con los límites legales. Para Ferrajoli, su enfoque positivista no ignora la relevancia de la decisión política porque recalca el aspecto artificial del Derecho, es decir, como instrumento en manos del legislador que lo moldea¹⁰¹.

Ya conocemos el vínculo entre democracia constitucional y validez y vigencia en la teoría de Ferrajoli. Así, la democracia va más allá de la toma de decisiones de forma mayoritaria y requiere además de una dimensión *sustancial*. Ferrajoli ve dos aporías en la noción estrictamente formal de la democracia¹⁰². La primera porque no se corresponde con

⁹⁶ Este es el ejemplo dado por Zolo. Vid. Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 95.

⁹⁷ Recuérdese la falacia referida en la p. 24 del presente trabajo.

⁹⁸ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 64.

⁹⁹ *Ibidem*, p.171.

¹⁰⁰ Luigi FERRAJOLI: *Principia iuris. Una discusión teórica*. “DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho” (2008), 31, p. 423.

¹⁰¹ Luigi FERRAJOLI, José Juan MORESO, Manuel ATIENZA: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (2^o ed., a cargo de Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 173.

¹⁰² Luigi FERRAJOLI: *Sobre la definición de democracia. Una decisión con Michelangelo Bovero* (trad. Nicolás Guzmán), “Isonomía” (2003), 19, pp. 228 y 229.

la realidad de las democracias contemporáneas, donde existen límites reales a la acción decisoria del pueblo. La segunda porque sin suficientes garantías no puede asegurarse la existencia de la democracia. Es una cuestión tratada mil y una veces en la Filosofía política: la democracia puede destruirse a través de métodos democráticos. Pero además no hay verdadera democracia, jurídicamente hablando, antes de existir la norma que la dispone, que a su vez no puede estar sujeta *a priori* a ningún control de *vigencia* o de *validez*. En el paradigma de la democracia constitucional definido por Ferrajoli la *vigencia* se asocia a las normas formales mientras que la *validez* lo hace a las normas sustanciales. También entre ellas puede haber conflicto pues las normas supraordenadas que definen los límites superiores del ordenamiento son normas plenas¹⁰³, ¿están acaso sujetas a la vigencia, que solo puede ser otorgada por la voluntad democrática de la mayoría?

3.5 Críticas a la tesis sobre la ciudadanía

Igualmente, el vínculo entre los derechos fundamentales y la ciudadanía, y más concretamente la potencial abolición de la ciudadanía, es motivo de crítica por varios de los autores ya referidos. En concreto Zolo ve en tal tesis una contradicción con la «entera categoría¹⁰⁴» ferrajoliana de los DDDFF en tanto que fundamento de la igualdad jurídica. La respuesta de Ferrajoli es ya en este punto previsible: la igualdad jurídica contenida en la teoría es formal y no material, se refiere a la cuantificación y no a la extensión. Advierte una vez más que Zolo ha incurrido en un error entre los conceptos teóricos y dogmáticos.

Mario Jori critica la tesis de la ciudadanía desde otra perspectiva distinta. La tesis de Ferrajoli es, en ausencia de un Estado único global, políticamente irrealizable porque conlleva un ejercicio de «altruismo heroico» por parte de los ciudadanos de los países ricos, que estarían en iguales condiciones que los migrantes pobres, que decidirían instalarse en el país que más y mejores derechos sociales garantizara. Esta afirmación puede discutirse desde varios puntos de vista y con varios argumentos. Empezaré con los de Ferrajoli; los propios se situarán al final del presente trabajo, en el apartado de las conclusiones.

¹⁰³ Recuérdese su tesis sobre la naturaleza de los derechos internacionales.

¹⁰⁴ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos...* *op. cit.*, p. 84.

Para Ferrajoli no es cuestión heroica aquello que es de justicia. «Tomar los derechos en serio¹⁰⁵», en concreto los derechos proclamados por carta internacional¹⁰⁶, conlleva tomar, desde la política, decisiones tendientes a remediar el hambre y la pobreza extrema¹⁰⁷, pues son los principales escollos de los derechos básicos de subsistencia, más aun considerando que las condiciones que propician tal miseria se derivan del sistema capitalista que beneficia a los países más ricos a costa de los pobres y que generan fenómenos humanos inevitables si sus causas no son abordadas a tiempo¹⁰⁸.

Desde luego la controvertida posición de Ferrajoli en materia de ciudadanía pone en tela de juicio las nociones corrientes de la soberanía nacional. Danilo Zolo asevera que Ferrajoli considera «equivocada y conservadora la perspectiva de que los Estados desempeñan funciones útiles e importantes en presencia del proceso de globalización¹⁰⁹», lo que el segundo niega. Para el florentino, las funciones, muy necesarias, de los Estados están ya de facto sujetas al Derecho Internacional y por tanto no puede decirse que exista en la soberanía estatal un poder supremo. Por supuesto que, históricamente, el orden internacional creado tras la Segunda Guerra Mundial es el designio de las grandes potencias buscando su propio interés e imponiendo su soberanía sin establecer verdaderas garantías a los derechos expresados en la Carta, pero esto es independiente del hecho jurídico de que las normas ahí contenidas proscriben la guerra y establecen una serie de derechos de tipo supraestatal¹¹⁰.

Los seres humanos son titulares de estos derechos dentro o fuera de los confines de un Estado concreto. Contemplar las cartas de derechos fundamentales internacionales como fuentes vacías de derecho, como meros principios inspiradores o incluso como vagas declaraciones de intención carentes de vínculos reales para con los Estados que los proclaman legitima el orden (que no es jurídico, sino político) existente y desacredita la necesidad de ampliar la cobertura de los derechos. En el otro extremo, reconocer que existe una divergencia entre el orden real de los poderes y el sistema jurídico convierte al estudio

¹⁰⁵ Es una fórmula a menudo empleada por Ferrajoli en referencia a Ronald Dworkin y al título de su ensayo y obra del mismo nombre. *Vid.* Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio* (2º ed., trad. Marta Guastavino), Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 276.

¹⁰⁶ En el caso concreto no son solo los contenidos en la Declaración Universal, sino también aquellos derechos fundamentales de subsistencia como los pertenecientes al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁰⁷ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos...* *op. cit.*, p. 176.

¹⁰⁸ La principal preocupación de Ferrajoli es, como ya se ha comentado, la migración masiva.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 98.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 178.

del derecho en no simple descripción analítica de la realidad, sino en instrumento de crítica de la misma. En otras palabras: la ciencia jurídica es el parámetro de crítica de lo que ocurre y la proyección de lo que debería o no ocurrir¹¹¹.

3.6 Críticas a la tesis sobre las garantías de los derechos fundamentales

El valor teórico de las críticas referidas a este apartado del trabajo de Ferrajoli es a su entender importante, en tanto que sus respuestas abordan cuestiones propias no sólo de la teoría sino de la metateoría. Dice de la relación que establece entre derechos subjetivos y garantías primarias que no es de carácter óntico sino deóntico, que trata el deber ser del derecho y no el ser y que por tanto está contenido en un enunciado normativo y no descriptivo¹¹².

Mario Jori pone de manifiesto una crítica ya adelantada en el primer capítulo del trabajo presente: la tesis de Ferrajoli no es un cambio de paradigma transformador de la teoría kelseniana, sino una crítica interna o un perfeccionamiento de esta¹¹³. Ferrajoli concuerda con tal aserción, pero la condiciona doblemente:

En primer lugar, recuerda que en ningún momento ha hablado de cambio de paradigma de la teoría del derecho, sino de cambio de paradigma del Derecho. Una vez más alude a la divergencia de niveles del discurso, pues la evolución observada es la del iuspositivismo, la del constitucionalismo rígido, la del sometimiento de las leyes a condiciones de validez no únicamente formales sino también sustanciales y no la evolución de la teoría como tal. No obstante, sí concede que dicha evolución dota a la teoría de una dimensión normativa y no únicamente descriptiva.

En segundo lugar, afirma que el perfeccionamiento de su teoría es un «perfeccionamiento kelseniano», en el sentido de que sus críticas no son externas, sino internas a la teoría de Kelsen. De sus tesis se desprende, afirma Ferrajoli, que el derecho positivo es nomodinámico y que las normas se *producen* y no se *deducen*¹¹⁴. De esto, el florentino

¹¹¹ *Ibidem*, p. 178.

¹¹² *Ibidem*, p. 180.

¹¹³ *Ibidem*, p. 106.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 181.

infiere que los derechos fundamentales existen aunque no lo hagan sus correspondientes obligaciones o prohibiciones, produciéndose así lagunas en las primeras o antinomias en las segundas.

Sobre la cuestión del nexo entre derechos fundamentales y garantías, Riccardo Guastini aduce una objeción puramente teórica. Elabora su argumento de la forma siguiente: en la definición de Ferrajoli, un derecho subjetivo es una expectativa a la que corresponde una obligación, bien sea una obligación positiva correspondiente a una expectativa positiva o una obligación negativa correspondiente a una expectativa negativa. Esta obligación es lo que denomina «garantía primaria». Ferrajoli, no obstante, no explica en qué medida «corresponde» a todo derecho subjetivo una obligación. Para Guastini la respuesta es lingüística; solo puede existir correspondencia entre ambos conceptos si el enunciado que atribuye un derecho subjetivo puede ser traducido con idéntico significado en otro que imponga una obligación. Ferrajoli incurre en una contradicción porque establece en primer lugar que: la obligación está implicada lógicamente a un derecho subjetivo y por tanto, sin obligación no hay derecho; y en segundo lugar que: la obligación correspondiente a un derecho subjetivo puede no existir si no se da una norma positiva que la establezca, sin perjuicio de la existencia del derecho subjetivo al que se corresponde¹¹⁵.

Ferrajoli entiende que la relación unívoca derecho-obligación es apropiada al hablar de derechos relativos de tipo patrimonial, particularmente porque es el lenguaje propio del derecho contractual. Por emplear el ejemplo de Guastini: «Ticio tiene un derecho frente a Cayo» implica que «Cayo tiene una obligación frente a Ticio»¹¹⁶. Para Ferrajoli, ni siquiera hay que hablar de implicación en este caso porque la obligación de Cayo y el derecho de Ticio se producen simultáneamente como efectos del negocio jurídico realizado por los titulares.

También para derechos *erga omnes*, a menudo consistentes no en una obligación sino en una prohibición rige el argumento de Guastini: «Ticio tiene un derecho frente a todos» y «Todos tienen una prohibición respecto a Ticio»¹¹⁷. No obstante, la correlación entre obligaciones y derechos no es tan obvia para el caso de derechos fundamentales relativos como son los derechos sociales porque sencillamente enuncian que: Ticio (todos) tiene(n)

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 57.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 184 y 185.

un derecho. Nada se dice sobre quién es Cayo. Es por esto por lo que Ferrajoli entiende necesario que exista una norma que, complementando al derecho fundamental, identifique a Cayo, es decir, cree la «garantía primaria». Una vez más vuelve a ser cuestión de voluntad el resultado teórico, pues o bien la ausencia de estas normas comporta la inexistencia del derecho y la definición de Ferrajoli es fútil, o bien el derecho existe únicamente como resultado de la norma que lo produce y por tanto la norma ausente es una laguna por colmar.

Sobre las antinomias, Ferrajoli argumenta que por la equivalencia entre conceptos lógicos (prohibido-no permitido; permitido-no prohibido, etc.) puede darse que un mismo ordenamiento permita y no permita (prohíba) el mismo comportamiento. Bien, pensemos en la norma constitucional que establece el derecho de libertad de expresión y la norma penal que prohíbe un discurso ofensivo. Es innegable que existe una contradicción entre «Todos tienen derecho a decir lo que quieran» y «Está prohibido decir *x*»¹¹⁸. ¿Acaso debe decirse que no existe el derecho fundamental de libertad de expresión? Precisamente en la delgada línea que distingue ambas normas contradictorias se centra el trabajo de los operadores jurisdiccionales y constitucionales; las antinomias son realidades jurídicas que la Teoría del Derecho debe aceptar.

La existencia de lagunas y antinomias en el sistema constitucional rígido vigente hace replantear la relación entre Lógica y Derecho. La objeción de Ferrajoli a las ideas, fundamentalmente de Kelsen, pero indirectamente de todos aquellos que las adoptan, incluidos los autores tratados en estas páginas, no es contra la concepción «refleja» de la implicación entre derechos y obligaciones, sino contra la configuración de tal vínculo como descriptivo antes que normativo¹¹⁹. Que el derecho sea coherente y pleno, es decir que no contenga antinomias y lagunas, no son condiciones naturales o empíricas de su existencia, sino requisitos teóricos normativos. No pertenecen al «ser» del derecho, sino a su «deber ser». Su tesis última a este respecto es que el constitucionalismo contemporáneo o rígido, evolución del paradigma paleopositivista, da un papel necesariamente normativo y no solo descriptivo a la Teoría del Derecho sobre su objeto, donde las aporías de un ordenamiento no pueden ser superadas por la aplicación sistémica de criterios de prevalencia y especialidad, sino donde la interpretación debe buscar resolver las antinomias y lagunas mediante anulación y producción de nuevas normas respectivamente, como imposiciones normativas

¹¹⁸ Supongamos el ejemplo de la calumnia; *x*=decir falsamente de otro que ha cometido un delito.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 187.

que se proyectan del propósito de la ciencia jurídica¹²⁰. Esta idea se puede relacionar con la de un «estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional¹²¹» que va más allá de la simple oposición teórica.

4 UN SEGUNDO NIVEL DE CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI: ¿CUÁLES DEBEN SER LOS *DDFF*?

El último capítulo de este trabajo está destinado a recoger parte del debate entre los autores¹²² que critican las ideas expresadas por Ferrajoli y contenidas en el capítulo anterior y el propio Ferrajoli, así como varias otras cuestiones que considero de relevancia en el último nivel de perfeccionamiento de su teoría de los derechos fundamentales y en cuanto a su relación con el resto de la teoría jurídica ferrajoliana. A través del ensayo *Los fundamentos de los derechos fundamentales*¹²³, Ferrajoli da su respuesta a la pregunta: ¿cuáles deben ser los *DDFF*? y da fundamento a su tesis sobre el futuro de los derechos fundamentales y el Estado de derecho.

4.1 ¿Qué derechos son fundamentales? Cuatro respuestas

Siguiendo el hilo argumentativo dispuesto con anterioridad, Ferrajoli vuelve a subrayar la existencia de distintos tipos de discurso, que al ser a menudo confundidos por los autores provocan divergencias e incomprensiones en el lenguaje de la ciencia jurídica. Es por ello por lo que primero plantea la pregunta «qué derechos son fundamentales», a la que da dos respuestas, una en clave iuspositivista y otra en clave iusnaturalista o axiológica. Del primer modo, son derechos fundamentales los existentes en un ordenamiento jurídico concreto, por ejemplo los propios de la Constitución Española¹²⁴; del segundo, aquellos que aseguren la dignidad de la persona, la igualdad, la paz u otros valores éticos y políticos que se consideren superiores¹²⁵. Por supuesto, estas dos respuestas no son las propias de la Teoría del Derecho, porque responden en realidad a las preguntas de «cuáles son» y «cuáles deben ser» los derechos fundamentales, pero no a la pregunta inicialmente planteada; sólo el

¹²⁰ *Ibidem*, p. 196.

¹²¹ Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (5ª ed., trad. Manuel Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 2008, p. 586.

¹²² Luca Bacelli, Michelangelo Bovero, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Massini-Correas.

¹²³ *Ibidem*, pp. 287 y ss.

¹²⁴ Nótese que tan siquiera esta respuesta descriptiva está falta de polémica.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 289.

acercamiento teórico y formal puede contestarla. Por tanto, cómo ya se ha adelantado anteriormente en este texto, sólo «qué son» los derechos fundamentales pertenece al discurso teórico; «cuáles deben ser» pertenece al discurso de la Filosofía política y «cuáles son» al de la ciencia jurídica positiva o dogmática.

Existe, no obstante, una cuarta pregunta, que en realidad encierra al menos otras tres¹²⁶, a la que deben contestar la Sociología del Derecho y la Historiografía jurídica: ¿cómo existen los Derechos Fundamentales? Es decir, cómo han llegado a existir los derechos fundamentales, a través de qué medios o métodos, cuan eficazmente son garantizados, etc. Todo esto con el sentido de afirmar que, aun cuando expresa su pensamiento sobre cómo las revoluciones o el acuerdo internacional han creado derechos fundamentales, sobre cómo se garantizan efectivamente o no se garantizan en un ordenamiento concreto y sobre qué medidas deben tomarse para ampliar su garantía en un futuro, nada de esto es como tal parte del discurso teórico, sino que «encaja» en él. Por emplear una analogía poco sofisticada: su definición formal es una estantería en la que deposita los libros que son sus ideas éticas y políticas.

4.2 Diferencias entre derechos de libertad y derechos de autonomía

Además de la ya referida confusión entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, Ferrajoli aprecia una segunda confusión, que por no resuelta está en el origen de muchos equívocos teóricos en materia de derechos fundamentales. Se trata de la confusión existente entre derechos de libertad y derechos-poderes de autonomía. Para el autor, este es un equívoco que, debido al ambiguo uso de la palabra «propiedad», también es parcialmente y con anterioridad, responsable de la confusión entre los derechos fundamentales y patrimoniales¹²⁷. Ambas categorías, derechos de libertad y de autonomía, corresponden a los derechos fundamentales, pero reflejan una distinción importante entre derechos de tipo primario o secundario. Para el autor, esta distinción teórica habría sido opacada por aquella entre *libertad positiva y negativa*, desarrollada en la ciencia jurídica moderna por Norberto Bobbio e Isaiah Berlin, como aquellos espacios, respectivamente, en que un hombre puede actuar sin ser impedido y en que puede utilizar aquellas facultades a las que

¹²⁶ Al plantearse esto, Ferrajoli pretende adicionalmente contestar al menos a por qué, a cómo y a cuánto se protegen.

¹²⁷ Luigi FERRAJOLI: *Democracia...* op. cit., p. 295.

las leyes le autorizan¹²⁸. Para el autor, esta definición no da cuenta de la radical diferencia que existe entre *libertad* y *autonomía*, que considera es más relevante para el estudio del Derecho.

El elemento que a ojos de Ferrajoli diferencia estos dos tipos de derechos radica en su estructura. Mientras que los derechos de libertad son negativos, es decir, sustraídos a la autonomía privada y política en cuanto que adscritos universalmente; los derechos de autonomía son libertades positivas, consistentes en actos potestativos de autodeterminación¹²⁹. Ambos derechos son independientes y pueden existir el uno sin necesidad del otro; para Ferrajoli, caracterizan los diferentes parámetros de «liberalismo» y «democracia» respectivamente. Puede darse un ordenamiento que garantice un espacio amplio de libertades, pero que no sea democrático, y, viceversa, un sistema donde existan escasas limitaciones a la autonomía privada o política (democrática) puede ser iliberal.

Debe destacarse que si los derechos de autonomía son *derechos-poderes*, han estar sujetos, dentro del Estado de derecho que inadmite cualquier poder absoluto, a la ley¹³⁰. Por tanto, los derechos que materializan la democracia en un ordenamiento están limitados a los vínculos de la ley, entre los que se encuentran derechos fundamentales como los de libertad y de esto se deriva que entre los derechos de libertad y los derechos de autonomía no puede existir conflicto o incompatibilidad porque no existen en un mismo nivel; los segundos están sujetos a los primeros y no a la inversa.

4.3 Ferrajoli entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo

No es un secreto que Ferrajoli pretende elaborar una teoría de los derechos fundamentales que supere el marco discursivo propio de la polémica iusnaturalista-iuspositivista. Al contrario, ya se señaló al comienzo de este trabajo que el italiano pretende explícitamente elaborar una definición formal que además de ideológicamente neutra, sea válida independientemente de la identificación filosófica con una u otra corriente. Si bien ampliamente considerado un positivista, de sus escritos se desprende una clara voluntad de teorizar libre de ataduras, a menudo asociando la divergencia o aparente contradicción de sus ideas a la multiplicidad de niveles del discurso empleados por él y por tanto rechazando que

¹²⁸ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, pp. 302 y ss.

¹²⁹ Luigi FERRAJOLI: *Democracia... op. cit.*, p. 296.

¹³⁰ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos... op. cit.*, p. 308.

la adhesión al positivismo le impida, por ejemplo, buscar un fundamento normativo a su teoría. Precisamente distinguir qué partes de su teoría son *descriptivas* y qué partes son *normativas* es a menudo el origen de las disputas que mantiene con los autores que oponen críticas a sus ideas. Si para muchos de sus detractores mantener simultáneamente tesis de ambas naturalezas es contradictorio, no lo es para Ferrajoli, que implícitamente niega que una idea *normativa* haya de ser iusnaturalista y una idea *descriptiva* haya de ser iuspositivista¹³¹.

Su concepción del constitucionalismo *fuerte*, donde el contenido de las normas está sujeto a vínculos estrictos de validez se elabora desde un positivismo rígido, manifestado desde su primera definición de los DDF, pero a la vez Ferrajoli ha sostenido continuamente que cualquier contenido puede ser derecho fundamental. Primero sostiene su decisión de inclinarse por un «no cognitivismo ético¹³²», pero su teoría de los DDF está plagada de juicios ético-políticos y, como veremos en el siguiente epígrafe, termina por aportar una serie de valores que él considera su fundamento. Por esta razón será criticado por Massini-Correas, quien ve en sus argumentos «extensos y alambicados» un intento por explicar objetivamente valores éticos que considera inicialmente axiológicamente relativistas¹³³.

Por ser excesivamente positivista es criticado por Anna Pintore que, al describir la estricta división entre Derecho y Moral expuesta por Ferrajoli, compara el iuspositivismo con una «tenaza» que cuando los derechos fundamentales han sido extraídos de su proceso histórico y filosófico de formación, extraídos en definitiva de elementos objetivos, y sujetos solo al poder, a un derecho que es *auctoritas* y no *veritas*, pueden verse «tritutados» por la arbitrariedad de quien da derechos y por tanto puede quitarlos¹³⁴.

Paradójicamente, otros detractores suyos ven en su teoría un gran sesgo iusnaturalista en conflicto con su pretendido iuspositivismo¹³⁵, como Ermanno Vitale, que entiende de este

¹³¹ Esto recuerda a la polémica entre Nino y Dworkin: “el concepto de Derecho de los iusnaturalistas es una noción *normativa*, el que los positivistas proponen es un concepto *descriptivo*”. Vid. Genaro CARRIÓ: *Una reciente propuesta de conciliación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico*, en Uberto SCARPELLI (ed.): *La teoría generale del diritto. Problemi tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Edizioni di Comunità, 1983, p. 363.

¹³² Carlos MASSINI-CORREAS: *El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli*, “Persona y derecho” (2009), 61, 244.

¹³³ *Ibidem*, p. 245.

¹³⁴ Luigi FERRAJOLI: *Los fundamentos...* *op. cit.*, p. 244.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 274.

modo el afán de Ferrajoli por subrayar las lagunas deónticas del Derecho y elaborar una teoría dirigida al perfeccionamiento y no solo a la descripción. Para Ferrajoli, esta divergencia entre la interpretación de unos y otros refuerza su tesis de la «inconsistencia de la alternativa¹³⁶» entre ambas opciones porque para él, en tanto que funcionan dentro de niveles discursivos distintos, son compatibles.

Una crítica que sí comparten Vitale y Pastore, así como Bovero, es la de achacar a Ferrajoli que, aun cuando recoge referencias a la génesis real, política e histórica de los DDF, su vocación formal rechace incluir el contenido concreto, innovador de los mismos¹³⁷. No hace falta recordar que para Ferrajoli nada tiene que ver el nivel teórico de los DDF con su nivel axiológico, histórico, dogmático o sociológico. En cualquier caso, Ferrajoli parece compartir que una definición formal, si bien útil en su nivel propio, deja huérfana a una teoría de los DDF que pretende ser general cuando no se hace referencia ninguna a los contenidos concretos, axiológicos, de los mismos. Es por tanto que Ferrajoli elabora tres criterios que finalmente responden a la pregunta: ¿cuáles deben ser los derechos fundamentales?

4.4 Fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales. Tres criterios

Al tratar esta cuestión inicialmente en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, incluye cuatro criterios: paz, igualdad, tutela del más débil y democracia, si bien en sucesivas publicaciones abandona este último, afianzando los tres primeros como los fundamentos axiológicos de los DDF.

4.4.1 La paz

Inspirado por Hobbes y Locke¹³⁸, Ferrajoli afirma que la garantía de todos los derechos asegura la paz interna en los Estados, pues la vulneración reiterada y sistemática de estos justifica el derecho de resistencia¹³⁹. Por ello que exista un nexo evidente entre paz y DDF: cuanto más efectivas las garantías de los derechos, más sólida es la paz social.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 322.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 217.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 356.

¹³⁹ Luigi FERRAJOLI: *Democracia... op. cit.*, p. 44.

También en el plano internacional existe ese vínculo, que Ferrajoli aprecia en el preámbulo de la *Declaración universal* de 1948, que establece la garantía de los derechos humanos como el fundamento de la paz. Este fundamento está negado por la barrera de la ciudadanía, que como ya se ha tratado es una de las máximas preocupaciones del autor.

Existe otro aspecto entre la paz y los DDDFF que corresponde al derecho de autodeterminación de los pueblos. Internamente, este derecho es inequívocamente el de la soberanía popular, que se da a sí misma leyes y democracia. Externamente, Ferrajoli argumenta que no se trata de un derecho fundamental a convertirse en Estado. Su razón es teórica: la autodeterminación externa entendida como creación de un Estado es necesariamente no universal¹⁴⁰. La respuesta para él está no en la *independencia* sino en la *autonomía*, lo que le lleva a apoyar en el máximo grado posible el modelo federalista. Su argumento es convincente: si se disolvieran los vínculos fundamentales de la ciudadanía y también lo hicieran los Estados, constituyéndose un sistema mundial federalista desaparecerían las razones que motivan la existencia de conflictos étnicos.

4.4.2 La igualdad

El vínculo entre DDDFF e igualdad se refiere doblemente a la tutela de las diferencias individuales y a la reducción de diferencias materiales¹⁴¹. Para Ferrajoli, la garantía de la igualdad en derechos es el presupuesto de un sistema en que la igualdad real, auto-percibida entre los individuos, sea una realidad. Critica precisamente la postura contraria, de quien defiende que Constituciones de tipo internacional son proyectos imposibles porque no existen vínculos de pertenencia anteriores a la creación de dichos documentos. Por un lado argumenta que esto no se corresponde con la realidad de muchos Estados modernos de derecho que en su fundación, y quizá tampoco en la actualidad, hayan tenido verdaderos vínculos de pertenencia colectiva suficientes como para superar las divisiones de clase que dan razón más satisfactoria a la existencia de estos Estados. Aún es más, Ferrajoli considera que si la igualdad es un fin axiológico suficiente, tanto más necesarias son las Constituciones igualitarias en lo jurídico cuanto mayor sean las diferencias sociales, culturales o étnicas. Esto sin perjuicio de la obviedad de señalar que quizá ninguna evidencia sea necesaria para recordar a los individuos sus vínculos de pertenencia al género humano.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 49.

4.4.3 La ley del más débil

El último criterio axiológico que recoge el autor es el que identifica a los DDDFF como «leyes del más débil». Toda conquista de derechos fundamentales se ha llevado a cabo a través del conflicto, de luchas y revoluciones cuyo objetivo fue el de deshacer el *statu quo* concreto que al momento de tal conflicto había de contener una opresión tal, una injusticia o una discriminación de tal magnitud sobre los menos poderosos que se hiciese inaceptable y exigiese la reacción frente al poder. El último avance, el de la configuración de los derechos humanos al término de la Segunda Guerra Mundial ha sido igualmente la reacción ante una violación de la persona que tan obviamente desvelada por la guerra se hizo intolerable¹⁴².

Para el florentino tal argumento axiológico es necesario como contrapeso a las falacias de lo que él llama relativismo cultural. Así, en el plano meta-teórico, la falacia implícita en sostener que el paradigma de los derechos humanos, marcadamente occidentalista, choca con el respeto a la cultura de otros pueblos es la de sostener que la diversidad y pluralidad de culturas es una tesis ética sobre su mismo valor. También consiste en igualar el relativismo cultural a la moral de estas culturas, y por tanto este razonamiento puede derivar en la justificación o el respeto de «culturas criminales»¹⁴³. También existe una falacia en el argumento de que los derechos fundamentales universales necesariamente requieren la aceptación de una doctrina moral propia de la cultura del lugar del que provienen. Esto es falso porque de base defiende que existe una moral unívoca en aquellas culturas de las que provienen. Las conquistas liberales, recuérdese, no se han llevado a cabo por la vía de la aceptación unánime o tácita, sino conflictiva. Supone además que el fundamento de dichos derechos está en la adhesión moral a unos principios concretos, lo cual es una contradicción del sentido del Estado de derecho moderno, o más concretamente, en que una mayoría se adhiera a unos principios concretos, lo cual también es una total contradicción del esquema constitucional en que existen los DDDFF de Ferrajoli.

La defensa del más débil se asienta sobre la idea que hay ciertas prácticas que ninguna tolerancia de las culturas ajenas puede aceptar. La igualdad real es la igualdad jurídica del individuo, que en su «derecho a la diferencia» es valorado por todo aquello que le hace

¹⁴² *Ibidem*, p. 52.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 53.

distinto, no a pesar de ello. Para Ferrajoli, la condición de universalidad de los derechos fundamentales es la única garantía real de igualdad de respeto a todas las culturas¹⁴⁴.

4.5 Cambio de paradigma constitucional y futuro de los DDF

En el pensamiento de Ferrajoli el término «constitucionalismo» es empleado con varios significados simultáneos, dependiendo por supuesto del nivel del discurso en que se encuentre la tesis concreta que lo recoge. Similarmente a cómo Prieto Sanchís lo divide en cuatro acepciones¹⁴⁵, en Ferrajoli el concepto de constitucionalismo es a la vez descriptivo en cuanto que el sistema de Estado vigente principalmente en las democracias occidentales, es también la teoría del Derecho encargada de describir dicho modelo y también es una filosofía política concreta, con juicios y valores éticos que contienen fines, y que dan una dimensión normativa al concepto.

En la concepción ferrajoliana del constitucionalismo se da clara importancia al elemento limitador que tiene el Derecho frente al poder¹⁴⁶. Puesto que el poder corrompe, incluso si en manos del pueblo, la soberanía no puede ser, dentro de los confines de un sistema democrático constitucional, *potestas legibus soluta*¹⁴⁷. Cualquier tipo de absolutismo, por tanto, es inaceptable en el paradigma del constitucionalismo contemporáneo. Esto le lleva a afirmar que el paradigma constitucional contemporáneo está en crisis, como ya lo estuvo el paradigma paleopositivista que antecedió al actual sistema. Efectivamente, a su parecer esta crisis se da por el alejamiento, tanto teórico como práctico, de la sujeción del poder democrático a la ley y en la tendencia de los poderes políticos y económicos a concentrarse de forma absoluta¹⁴⁸. También está en crisis la norma de reconocimiento del Derecho, es decir, el principio de legalidad, debido a una desorbitada inflación legislativa y a la difusión de la línea divisoria entre legislación y administración¹⁴⁹. También puede cuestionar el papel de la Constitución como garante, pieza central del constitucionalismo contemporáneo, porque en la realidad la Constitución no puede controlar toda la producción legislativa

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁴⁵ Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 101 y ss.

¹⁴⁶ «El Derecho diseñado a partir de la constitución democrática es siempre contra el poder» *Vid.* Luigi FERRAJOLI: *Principia iuris. Una discusión...* *op. cit.*, p. 423.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 424.

¹⁴⁸ Luigi FERRAJOLI: *Democracia...* *op. cit.*, p. 310.

¹⁴⁹ Luigi FERRAJOLI: *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Miguel CARBONELL (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 20.

porque esta existe también fuera de los confines de los Estados¹⁵⁰. El mejor ejemplo de esto es el papel de la Unión Europea en la legislación de los países que la componen. Las innovaciones que propone Ferrajoli se derivan de aquellos principios nacidos del paradigma internacional de las Naciones Unidas, pues normativamente recoge la supremacía individual. Es por tanto la incongruencia entre los preceptos normativos internacionales vigentes y la configuración presente de la ciudadanía y la soberanía¹⁵¹, así como la total falta de garantías sobre su cumplimiento lo que fundamenta la necesidad de un nuevo paradigma *posconstitucional*.

Este argumento, al menos aparentemente empírico, es el último elemento necesario para defender la necesidad de un constitucionalismo mundial, pues Ferrajoli lo entiende como un paso necesario e inevitable ante la crisis del modelo actual, en la práctica ya en vías de ser superado. Se trata al fin y al cabo del paso lógico a dar tras defender la superación de la ciudadanía en cuanto parámetro de adscripción de derechos. Cabe destacar que para el autor el modelo futuro de constitucionalismo democrático internacional no debe tomar la forma de un macro-Estado único, reproducción del modelo de Estado-nación vigente pero a mayor escala¹⁵². Este proyecto, además de políticamente poco viable, es también poco recomendable en la teoría, pues el Estado Mundial debe adjudicar a sus instituciones de gobierno, encargadas de *lo decidible* funciones tan amplias que no pueden ser desempeñadas eficazmente por un único órgano concentrado, por inmenso que este sea, esto sin plantear todavía el aspecto o el sentido de un sistema electoral mundial. El constitucionalismo mundial, por tanto, debe centrarse en las instituciones de garantía, las encargadas de tutelar *lo no decidible*, por un lado velando por las garantías primarias, como la tan en crisis prohibición de la guerra, y por otro por garantías secundarias, cuya perfección más obvia podría ser la de atribuir jurisdicción real a la Corte Penal Internacional. En este modelo constitucional global, los DDDFF deben estar adscritos con exclusión total de la ciudadanía.

Para el florentino, la construcción de un modelo global de derechos fundamentales es el principal desafío de la crisis contemporánea del Estado de Derecho y del Derecho Internacional. Este desafío no pasa por la destrucción de los Estados nacionales en beneficio

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵¹ Se trata en fin de «antinomias y lagunas entre los principios normativos de paz y su inobservancia debida a la soberanía resistente y entre la universalidad y la naturaleza exduyente de la ciudadanía», *Vid.* Luigi FERRAJOLI: *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*, “Isonomía” (1998), 9, p. 178.

¹⁵² Luigi FERRAJOLI: *Democracia...* *op. cit.*, p. 319.

de un Leviatán masivo sino por la perfección de las instituciones ya existentes en concordancia con los principios y objetivos recogidos en los documentos que disponen dichas instituciones. Es, además, la única alternativa racional al predominio de la ley del más fuerte.

CONCLUSIONES

Los DDFD en la teoría de Luigi Ferrajoli han de ser entendidos como un elemento no independiente sino consonante, integrado en el grueso de su *teoria assiomaticizzata del diritto*. Esto quiere decir que comparte la metodología, los objetivos y la razón de ser de una obra de inmensa ambición que pretende formular una teoría completamente formalizada del Derecho. Su formulación primaria, puramente teórica, de los derechos fundamentales es ya bastante controvertida si se compara con la «concepción corriente» elaborada sobre estos en la Teoría del Derecho del último siglo y, sin embargo, Ferrajoli no se limita a describir el ámbito teórico de la disciplina jurídica, al contrario, propone ambiciosas ideas con aguda vocación política. Así se refleja en el prefacio de su colosal *Principia Iuris*, donde anticipa que junto a su labor metateórica y teórica, su teoría tiene aspiraciones políticas¹⁵³ que se concretan fundamentalmente en el constitucionalismo mundial por el que aboga.

Conocida la importancia que la correcta identificación del nivel discursivo propio de cada idea tiene para el autor, debe ser dicho que el campo puramente formal de su teoría y el campo de las propuestas de tipo político, han de ser apreciados con independencia. Y esto aunque ni él mismo pueda separarlos completamente. En la analogía que ya se empleó en páginas anteriores, su definición formal de los DDFD es una estantería en cuyas baldas deposita ideas ético-políticas; si bien en cierto modo instrumentalizan su definición formal, sus tesis no están fundadas en el sustento formal sobre el que se colocan. Esto es el origen de muchas de las críticas originales de su teoría: su definición formal de DDFD no fundamenta las tesis que Ferrajoli extrae de ella y por tanto no es útil. A esta crítica responde con cierto éxito: sus tesis no pretenden fundarse en su definición formal y una definición formal es en sí misma útil para la lógica teórica. Ahora bien, si esto es cierto, ¿cuál es el fundamento de sus tesis?

¹⁵³ Luigi FERRAJOLI: *Principia iuris. Teoría... op. cit.*, pref., p. XI.

Su teoría es ambiciosa y formalmente robusta, pero no resuelve con completo éxito todas las dudas que suscita. En concreto, no supera el hecho de que él también comparte que los derechos fundamentales, aun descritos de manera teórica, deben corresponder a unos intereses concretos superiores y, por tanto, no puede tolerar que ciertos derechos de importancia crucial deban ser considerados fundamentales en su definición formal. En general, no obstante, su teoría es lo bastante sólida como para hacer frente a sus detractores y supone un esfuerzo realmente ponderable de superación de la dicotomía positivista-naturalista. En el aspecto material, lo que corresponde a sus tesis de carácter ético-político, acierta al señalar que las objeciones frente a la internacionalización plena de los derechos fundamentales incurren a menudo en falacias naturalistas porque sostener que tales medidas son difíciles o irrealizables políticamente no refuta que sean posibles teóricamente y tampoco que éticamente sean el paso correcto. Además, su propuesta no es de un idealismo exagerado y es al contrario realista, defendida con la gravedad de quien cree inevitables los peligros que acechan al modelo contemporáneo e ingenua la postura de los que creen que no se darán. Tampoco defiende la creación del macro-Estado global único, draconiano, inefectivo, lejano y lento, sino que dirige su constitucionalismo internacional hacia el perfeccionamiento de las garantías de derechos que ya existen, sobre los huesos preexistentes del sistema de las Naciones Unidas.

El problema del fundamento, no obstante, permanece. Al fin y al cabo el Derecho y los derechos necesitan razones de ser¹⁵⁴ y Ferrajoli mantiene el foco principal de su teoría axiomatizada en su propósito formal. Creo poder decir que la razón, existente de forma implícita en la teoría de Ferrajoli, que da fundamento a sus tesis está en una idea primigenia del pensamiento liberal e ilustrado: que todos los hombres nacen iguales y libres. Este precepto tan elemental, propio de Locke o de la Declaración de 1789 aplicado al mundo jurídico-político actual conlleva defender que el valor y la libertad del hombre son anteriores a cualquier tipo de pertenencia identitaria colectiva y que el fin de la política debe ser el de proteger estos intereses; o, descrito con brillantez por Norberto Bobbio: «el individuo (...) tiene valor por sí mismo, y después viene el Estado, (...) que el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado»¹⁵⁵. Por tanto sobre el «deber ser» de los DDDF, tiene una vocación teórico-política que es la de volver a poner al individuo en primer plano.

¹⁵⁴ Carlos MASSINI-CORREAS: *El fundamento de los derechos...* op. cit., p. 236.

¹⁵⁵ Michelangelo BOVERO: *Ciudadanía...* op. cit., p. 19.

Trataré a continuación de hallar un argumento de tipo filosófico externo a la propia teoría de los DDF de Ferrajoli, para apoyar sus tesis sobre el internacionalismo de los derechos y más concretamente, de la necesidad de deshacerse de la ciudadanía como parámetro de adscripción de los derechos fundamentales. Este argumento se basará en la idea de la «posición original» de Rawls¹⁵⁶.

La abolición de la ciudadanía es en Ferrajoli una respuesta principalmente a las migraciones masivas, que él considera la mayor amenaza de la democracia, pero quizá esta preocupación tan intensa debiera ampliarse a otros problemas que son incluso más absolutamente globales. Algunos ya se anticipan entre las páginas de Ferrajoli, a saber la desigualdad o la guerra. No obstante, el que considero mayor en escala es el del cambio climático. Si la ciencia jurídica tiene algo que aportar a este problema máximo del futuro de la Humanidad lo hará a través de los derechos de la persona. La tutela de los derechos de subsistencia de aquellos más afectados por el cambio climático tiene una problemática especialmente difícil porque no solo evidencia la enorme desigualdad entre los que más favorecen el cambio climático y los que más lo padecen, sino que también hace considerar la dimensión temporal de los derechos fundamentales¹⁵⁷: ¿pueden ser vulnerados ahora los derechos fundamentales de los que no han nacido todavía pero que tendrán indudablemente que hacer frente en un futuro a los desastres climáticos provocados por las generaciones anteriores? Está relacionada con una pregunta central acerca del rol de la Constitución en un modelo democrático ¿pueden las generaciones pasadas y presentes imponer sus decisiones sobre las futuras¹⁵⁸? También para el aspecto de la dispersión territorial de «los más débiles», como diría Ferrajoli, el Derecho concebido como instrumento no estatal cuyo fin último es el individuo lleva a la conclusión de que ningún argumento en pos de la comodidad de «los que tienen», o de «los que viven ahora», o de «los que viven en el lugar correcto» es suficiente para truncar el deber, en primer lugar moral, de compartir con justicia si el sacrificio necesario es no equivalente al daño del problema solucionable¹⁵⁹.

¹⁵⁶ John RAWLS: *Teoría de la justicia* (2º ed., 6º reimpr., trad. María Dolores González), Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 119.

¹⁵⁷ Para una lectura extensa sobre la multiplicidad de dimensiones del problema ético del cambio climático, *vid.* Stephen GARDINER: *A perfect moral storm. The ethical tragedy of climate change*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

¹⁵⁸ Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional... op. cit.*, p. 140.

¹⁵⁹ El deber incontrovertible de ayuda tiene, en mi opinión, cabida en la ciencia jurídica como parámetro de la justicia, *Vid.* Peter SINGER: *Famine, Affluence, and Morality*, "Philosophy and Public Affairs", Vol. 1, 3, pp. 231.

Bien, si el objetivo de los derechos fundamentales es el de servir primero al individuo, puede hallarse una razón de ser del constitucionalismo internacional en la construcción de la «posición original». Para Rawls, los que concurren en posición original no son los individuos concretos, sino los pueblos, las culturas humanas o los Estados con sus formas de gobierno. Efectivamente, para el americano, debe considerarse cada pueblo con respeto imparcial a su concepción propia de la sociedad justa. Él mismo admite que en realidad no hay una razón evidente para elegir a los pueblos y no a los individuos para que desempeñen la elección en posición original, y argumenta que la existencia tangible de pueblos organizados por gobiernos es razón suficiente para emplearlos en su hipótesis, pues los principios del *derecho de gentes* han sido y deben ser siempre aceptables para la opinión pública¹⁶⁰. Recuérdese el planteamiento del criterio de la «ley del más débil»: Rawls incurre en las falacias del relativismo cultural que Ferrajoli pretende refutar con los fundamentos materiales de los DDFE.

Ferrajoli ha defendido la existencia del pueblo soberano en cuanto «suma de las personas que lo componen»¹⁶¹, y es esta noción la que considero más idónea en una teoría del Derecho que tenga por fundamento devolver al individuo su posición preeminente. En la posición original rawlsiana de los pueblos, mediando el velo de la ignorancia, estos rechazarían, igual que Ferrajoli, el gobierno mundial y se decantarían por la asociación cooperativa entre pueblos democráticos¹⁶², todos ellos en similares posiciones de igualdad. Es presumible que en este supuesto, puesto que los decisores son de hecho los representantes de la voluntad de un pueblo, es decir, sus representantes políticos, ponderen los intereses de los individuos concretos a los que representan con los intereses generales, políticos, del Estado. Así, un grupo de gobiernos en posición original también atenderá a razones de productividad, riqueza pública y poder exterior e interior, por tanto reservándose la cualidad de atribuir derechos fundamentales a sus ciudadanos. Si por el contrario son los individuos, es decir, la totalidad del colectivo humano en tanto que humanos y no miembros de un grupo colectivo cultural o nacional, los que reunidos en posición original y mediando el velo de la ignorancia, tuvieran que decidir los principios de la sociedad mundial, se decantarían también por un modelo de gobierno asociativo, quizá en la forma del federalismo que Ferrajoli propone, y no por un gobierno global, pero decidirían rechazar la ciudadanía como parámetro de adscripción de derechos. Si todos los individuos tuvieran que decidir cómo van

¹⁶⁰ John RAWLS: *El derecho de gentes*. "Isegoría" (1997), 16, p.11.

¹⁶¹ Luigi FERRAJOLI: *Principia iuris. Una discusión...* *op. cit.*, p. 424.

¹⁶² John RAWLS: *El derecho de gentes*. "Isegoría" (1997), 16, p.14.

a ser recogidos sus DDDFF, pero no tuviesen control sobre el lugar en que van a nacer o la ciudadanía que van a recibir, elegirían que dicha cualidad fuese irrelevante y por tanto que todos los DDDFF fuesen adscritos por igual a todas las personas únicamente por razón de personalidad. Un paso más allá: si los individuos en posición original no solo no pudiesen decidir dónde nacen, sino que tampoco pudiesen decidir cuándo nacen, ¿redefinirían el alcance de los DDDFF o las garantías correspondientes para hacerlos superar la dispersión temporal de sus aforos?, ¿quizá decidiesen tomar más en serio los derechos y garantías referidos a la subsistencia amenazada por el cambio climático?

Es por razones como estas que la teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli tiene valor. Basada como está en presupuestos formales, abre la puerta a la posibilidad de nuevas configuraciones de DDDFF como el instrumento principal de oposición a las tendencias amenazantes del hoy y del mañana. Su teoría refleja que el Derecho puede evolucionar y adaptarse a nuevas concepciones de la ciudadanía, de la soberanía o del Estado y retener aún un sólido peso teórico y que en el centro de esta evolución deben encontrarse los derechos fundamentales de la persona.

BIBLIOGRAFÍA:

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BOVERO, Michelangelo: *Ciudadanía y derechos fundamentales*, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” (2002), enero-abril, pp. 9-25.

CARRIÓ, Genaro: *Una reciente propuesta de conciliación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico*, en Uberto SCARPELLI (ed.): *La teoría generale del diritto. Problemi tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 361-385.

DAHRENDORF, Ralf: *El conflicto social moderno* (trad. Francisco Ortiz), Madrid, Biblioteca Mondadori, 1990.

DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (2º ed., trad. Marta Guastavino), Barcelona, Editorial Ariel, 1989.

FERRAJOLI, Luigi: *Democracia y garantismo* (2º ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al.), Madrid, Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Prólogo Perfecto Andrés Ibáñez, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Madrid, Trotta, 1999.

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

FERRAJOLI, Luigi: *La semántica della teoria del diritto*, en Uberto SCARPELLI (ed.): *La teoría generale del diritto. Problemi tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milán, Edizioni di Comunità, 1983.

FERRAJOLI, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2º ed.; trad. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Madrid, Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi: *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global, “Isonomía”* (1998), 9, pp. 173-184.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (2º ed., a cargo de Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

FERRAJOLI, Luigi: *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en CARBONELL, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Una discusión teórica*. “DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho” (2008), 31, pp. 393-434.

FERRAJOLI, Luigi: *Sobre la definición de democracia. Una decisión con Michelangelo Bovero* (trad. Nicolás Guzmán), “Isonomía” (2003), 19, pp. 227-240.

GARDINER, Stephen: *A perfect moral storm. The ethical tragedy of climate change*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (5º ed., trad. Manuel Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 2008.

HOBBS, Thomas: *Leviatán* (2º ed., 5º reimpr., trad. Manuel Sánchez Sarto), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2005.

KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado* (2º ed., 2º reimpr., trad. Eduardo García Máynez), Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica. Primera edición de 1934* (Presentación por Gregorio Robles, trad. Gregorio Robles y Félix F. Sánchez), Madrid, Trotta, 2011.

LOCKE, John: *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Prólogo y trad. Carlos Mellizo), Madrid, Alianza Editorial, 1990.

MARSHALL, Thomas: *Citizenship and social class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

MASSINI-CORREAS, Carlos: *El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli*, “Persona y derecho” (2009), 61, 227-247.

SINGER, Peter: *Famine, Affluence, and Morality*, “Philosophy and Public Affairs” (1972), Vol. 1, 3, pp. 229-243.

PECES-BARBA, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.

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

RAWLS, John: *El derecho de gentes*. “Isegoría” (1997), 16, pp.5-36.

RAWLS, John: *Teoría de la justicia* (2° ed., 6° reimpr., trad. María Dolores González), Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás: *Ferrajoli y después. Una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho*, TEORDER (2013), 13, pp. 281-327.

VON GERBER, Carl Friedrich: *Diritto pubblico* (ed. y prólogo por Pier Luigi Lucchini), Milano, Giuffrè, 1971.

ZOLO, Danilo: *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994.