

LA "ESFERA DE LO INDECIDIBLE" EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LUIGI FERRAJOLI: UN ANÁLISIS CRÍTICO

The "sphere of the undecidable" in Luigi Ferrajoli's constitutionalism: a
critical study

Ana Micaela Alterio*

RESUMEN: El constitucionalismo cuenta con una arquitectura institucional con tres rasgos esenciales: la limitación material del poder normativo del legislador, representada por los derechos fundamentales; la rigidez de la constitución y la justicia constitucional. Este paradigma choca con algunos elementos del modelo democrático que convive con él, principalmente con la participación y regla de la mayoría para la toma de decisiones políticas, generando una tensión. Ferrajoli niega que tal tensión exista bajo un entendimiento de la democracia en sentido "sustancial". Este artículo pretende repasar críticamente uno de los puntos claves de su teoría, específicamente el de la *esfera de lo indecible*.

ABSTRACT: *Constitutionalism has three basic institutional characteristics: substantial limitation set on the power exercisable by the majority, represented by fundamental rights; constitutional rigidity and constitutional justice. This paradigm conflicts with some elements of the democratic model, primarily with public participation and with the majority rule as a mean to take political decisions. Ferrajoli disputes this tension according with his theory of substantial democracy. This article presents a critical evaluation of one of the key points of his theory, specifically the sphere of the undecidable.*

PALABRAS CLAVE: Ferrajoli, (neo)constitucionalismo, democracia sustancial, derechos fundamentales, lo indecible, positivismo/iusnaturalismo.

KEY WORDS: *Ferrajoli, (neo)constitutionalism, substantial democracy, fundamental rights, the sphere of the undecidable, positivism/iusnaturalism.*

Fecha de recepción: 19-07-2010

Fecha de aceptación: 10-1-2011

1. Introducción: el Constitucionalismo de Ferrajoli.

El presente artículo propone repasar los problemas que plantea el concepto de los derechos fundamentales como ámbito de lo indecible para las democracias constitucionales, sobre todo, la tensión que sus alcances generan respecto de la democracia como forma de gobierno y la dificultad consecuente sobre quién ha de tener la última palabra en las cuestiones controvertidas de interpretación constitucional. Para ello, dentro del marco del constitucionalismo, me ocuparé de las definiciones que son parte de la teoría del derecho

* Becaria MAEC-AECI, programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid.

realizada por Luigi Ferrajoli y que él encuadra dentro del positivismo jurídico.

El término "Constitucionalismo" (y neoconstitucionalismo) vehicula, en palabras de Comanducci, dos significados. Por un lado, designa una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción designa, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. En este último sentido, designa un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales¹.

El Constitucionalismo así surge con las constituciones de finales de siglo XVIII², pero es recién tras la segunda guerra mundial que ha ido cambiando sus rasgos característicos, al punto de configurar una nueva teoría que la doctrina coincide en llamar "neoconstitucionalismo(s)"³.

En este orden de ideas, Barberis nos dice que el tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo se produce con el fenómeno de la "constitucionalización del Derecho"⁴ que significa, según la definición de Guastini, un proceso de desarrollo de las instituciones que satisface por lo menos siete condiciones: 1) rigidez de la Constitución; 2) control de constitucionalidad de las leyes; 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) "sobreinterpretación" de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) interpretación conforme de la ley ordinaria; 7) influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas⁵. De allí este autor deriva que lo que caracteriza al

¹ Comanducci, P. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en Ed. M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 75

² *Ibidem*, p. 76

³ Aunque también es cierto que hay quienes consideran que el nacimiento del neoconstitucionalismo tuvo lugar con el ataque que en los años setenta del siglo XX emprendió Ronald Dworkin contra el positivismo jurídico. Ver Dworkin, R. "El modelo de las normas (I)" en *Los derechos en serio*, quinta reimpression, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pp.64 y ss. También: Salazar Ugarte, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fondo de Cultura Económica, México DF, 2006, p. 94

⁴ Expresión por la que entiende Guastini "al proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales". Guastini, R. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Ed. M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49

⁵ *Ibidem*, pp.50- 57

neoconstitucionalismo es que, directamente, hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral⁶, aunque se diferencia del iusnaturalismo tradicional y se acerca al iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales⁷.

Y es que las constituciones, al haber incorporado toda una serie de valores, se convertirían en un objeto completamente diferente del derecho infra-constitucional: la constitución sería un *valor en sí* en tanto positiviza un contenido de justicia. Esto la dotaría de una fuerza invasiva general (conocida también como efecto irradiación⁸) que habría determinado el reenlazamiento del vínculo entre derecho y moral, que estructuralmente se pondría en evidencia con la posición subordinada de la ley en el sistema de fuentes⁹.

Luigi Ferrajoli es uno de los autores que se ha dedicado en forma más profunda al estudio de este fenómeno que, según su particular concepción, implica una refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas, fruto de las duras lecciones impartidas por las tragedias de la primera mitad del siglo pasado¹⁰. Así Ferrajoli señala que esta evolución es producto de una concepción “neo-iuspositivista”¹¹ que implica superar al *Estado legislativo de Derecho (o Estado legal)* que surgió con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica y que se correspondía con lo que llama modelo “paleo-iuspositivista”¹². Con sus palabras, el paradigma de la democracia constitucional significa “la sujeción del derecho al derecho generada por la disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial [...] que

⁶ Según Barberis, el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo está en la idea de que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos. Barberis, M. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Ed. M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p.260

⁷ *Ibidem*, p. 263, 264

⁸ Prieto Sanchís, L. “Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo) constitucionalista para Estado Constitucional”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.341

⁹ Pozzolo, S. “Un constitucionalismo ambiguo”, en Ed. M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 188

¹⁰ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, Ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 304

¹¹ Ferrajoli, L. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Ed. M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p.14

¹² Nótese que las expresiones paleo-iuspositivismo y neo-iuspositivismo son usadas por el autor con el ánimo de diferenciar al iuspositivismo propio del *Estado legal* (pre constitucional), del iuspositivismo característico del *Estado Constitucional* actual, respectivamente.

desvanece la 'presunción de regularidad de los actos realizados por el poder' en los ordenamientos positivos"¹³.

Para el autor italiano "el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del Derecho*, es decir, de sus condiciones de 'existencia', sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de 'validez'"¹⁴. Por eso Ferrajoli no concibe tanto la validez de las normas (infraconstitucionales) como pertenencia formal a un ordenamiento, sino como la conformidad material con la constitución.

Esta es una diferencia radical con lo que ocurría anteriormente en el paradigma "paleopositivista" del Estado liberal, cuando la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho. De ahí que -según nuestro autor- el legislador, o en la mejor de las hipótesis el parlamento, era a su vez concebido como omnipotente, y omnipotente era en consecuencia la política cuyo producto e instrumento era el derecho. El resultado de este modelo era una concepción formal y procedimental de la democracia¹⁵.

Tomando por base esta diferencia, Ferrajoli considera que lo que ha ocurrido es un cambio de paradigma "revolucionario" en tanto afecta, no sólo el papel del derecho y las condiciones de validez de las leyes, sino también el papel de la jurisdicción (afectando la relación juez-ley), el papel de la ciencia jurídica y la naturaleza de la democracia. Así, la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial tanto en las condiciones de validez de las normas, como en la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa¹⁶.

Pero aquí es necesario hacer una salvedad -que ya nos advierten varios pensadores- y es que tras la idea de imperio de la ley se esconden determinadas exigencias morales, vinculadas en última instancia a la idea de autonomía individual, con lo cual detrás de un concepto "formal" de Estado de Derecho, se esconden dimensiones sustanciales. El imperio de la ley, en sus génesis, fue

¹³ Ferrajoli, L. "Derechos Fundamentales", en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 37

¹⁴ Ferrajoli, L. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", ob cit. p. 19

¹⁵ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob cit. pp. 29-31

¹⁶ Ferrajoli, L. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", ob cit. p. 19

concebido como reconocimiento de la soberanía popular y la ley como expresión de ésta. Un concepto fuerte de imperio de la ley está determinado por el origen de la norma (Parlamento democrático) y por sus contenidos (derechos y libertades). Esto tiene que ver con las concepciones *rousseaunianas* en cuanto "una comunidad autogobernada es aquella que puede reconocerse a sí misma reflejada en las normas que la rigen. Dichas normas pasan a ser así expresión y condición del autogobierno compartido"¹⁷.

Pero Ferrajoli considera que con el nuevo paradigma el principio de soberanía se ha desvanecido¹⁸ al ser reemplazado por la constitución en tanto norma supraordenada a la legislación ordinaria y por el control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales¹⁹. Consecuentemente "ya no existe la soberanía interna, dado que todos los poderes públicos –incluso el legislativo y con él la llamada soberanía popular– están sujetos a la ley constitucional. Y tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los Estados se han sometido al *pactum subiectionis* representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de las Naciones Unidas y con la prohibición de la guerra y la obligación de respeto de los derechos fundamentales establecidos en ella"²⁰.

Un corolario de esto es tener que buscar también otro fundamento para la legitimidad democrática²¹, que ya no podrá ser la soberanía y con ésta la autonomía. La respuesta de Ferrajoli está en los derechos fundamentales.

2. Los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli.

Ferrajoli concibe tres definiciones de Derechos Fundamentales según el ámbito de estudio en el que nos movamos. Para esta presentación interesa el concepto que elabora en el plano de la teoría

¹⁷ Gargarella, R. *El Derecho a la Protesta: El primer derecho*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 206

¹⁸ En el sentido clásico de *potestas legibus soluta ac superiorem non recognoscens*, ya que, según Ferrajoli, en presencia de constituciones no existen ya sujetos soberanos ni poderes *legibus soluti*.

¹⁹ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob cit.p.29

²⁰ *Ídem*

²¹ Greppi extrae dos consecuencias de la negación del carácter *absoluto* de la soberanía popular que me parecen importantes de mencionar: 1) la tesis de la prioridad axiológica de la democracia sustancial sobre la democracia formal, y 2) la tesis del carácter indefinidamente expansivo de las normas de derechos fundamentales, aquellas que determinan la dimensión sustancial de la democracia. Ver: Greppi, A. "Democracia como valor, como ideal y como método", en Ed. de M. Carbonell y P. Salazar *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005, p. 348

del derecho, aunque haré referencia a aquellos elaborados para los planos de la dogmática jurídica y de la filosofía política de la justicia a modo comparativo. Entonces, para Ferrajoli 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"²².

Como explica el autor, esta es una definición *teórica* y por tanto sólo responde a la pregunta ¿qué es un derecho fundamental? y no a cuáles son en una constitución determinada, de lo que se ocupa la dogmática jurídica²³. A su vez, es una definición *formal o estructural* dado que prescinde de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento, para basarse únicamente en el carácter universal de la imputación²⁴. En consecuencia, tampoco responde a la pregunta de cuáles deberían ser los derechos fundamentales²⁵; lo que se deja librado a la filosofía-política normativa de la justicia²⁶.

Una definición como la propuesta, según el autor, tiene la ventaja de que permite reconocer teóricamente un derecho fundamental en cualquier ordenamiento, incluso aquellos totalitarios o premodernos. Además, "es ideológicamente neutral, desde que es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática"²⁷.

De esta definición, Ferrajoli extrae cuatro tesis²⁸, a su juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional. La

²² Ferrajoli, L. "Derechos Fundamentales", ob. cit. p. 19

²³ Cuya definición nos diría "son derechos fundamentales -en el ordenamiento italiano o alemán- los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán..." Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob. cit. p. 42

²⁴ Ferrajoli entiende "universal" en el sentido lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los derechos fundamentales. Ferrajoli, L. "Derechos Fundamentales", ob. cit. p.20

²⁵ La respuesta que ofrece la filosofía política a cuáles deben ser los derechos garantizados como fundamentales, según Ferrajoli, es de tipo normativa y para poder fundarla racionalmente, es necesario formular criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para identificarlos. Sobre estos criterios volveré más adelante en el trabajo. Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob. cit. p. 43

²⁶ Ferrajoli, L. "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 142

²⁷ Ferrajoli, L. "Derechos Fundamentales", ob. cit., p. 21

²⁸ Ferrajoli aclara que estas cuatro tesis sirven, usando las palabras de Danilo Zolo, para "orientarnos dentro de un determinado campo problemático, para plantear y seleccionar ciertas cuestiones prácticas relevantes, así como para sugerir soluciones

primera tiene que ver con la diferencia de estructura que encuentra entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; la segunda entiende que "los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello, de la [...] dimensión 'sustancial' de la democracia"²⁹. La tercera se refiere a la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales y la cuarta y última tesis tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías³⁰. Por cuestiones de especificidad, sólo me detendré en su segunda tesis.

2.1.- Los derechos fundamentales como dimensión "sustancial" de la democracia.

Como se enunció *ut supra*, la segunda tesis del profesor italiano implica una correlación entre los derechos fundamentales y una dimensión de la democracia a la que Ferrajoli denomina "democracia sustancial". Por "democracia sustancial" entiende al conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia política³¹.

De este modo Ferrajoli distingue dos dimensiones de la democracia: una dimensión formal (que determina el *quién* y el *cómo* de las decisiones), que es condición necesaria y *sine qua non* para la misma y que se funda en la soberanía popular y la regla de la mayoría; pero que por sí sola no alcanza. Para que el término sea predicable, debe indicar también las condiciones suficientes que hacen a la dimensión sustancial (que indican *qué* se puede o no se puede decidir) y en presencia de las cuales se puede calificar a un sistema político como democrático³². Estas condiciones se encuentran expresadas en los derechos fundamentales, pues de la forma de universales de los mismos, deriva para el autor el valor de igualdad y ese valor es a su vez fundamento de la democracia sustancial.

Sigue Ferrajoli: "Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos

dotadas de un suficiente grado de racionalidad instrumental". Ferrajoli, L. "Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho", ob cit, p. 150

²⁹ Ferrajoli, L. "Derechos Fundamentales", ob. cit., p. 25

³⁰ *Ibidem*, p. 26

³¹ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob cit. p. 88

³² *Ibidem*. p. 78

fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*³³ por esa mayoría.

Llegamos de esta forma al concepto clave de la presente exposición: *la esfera de lo indecidible*.

2.2.- La "esfera de lo indecidible".

En palabras de Ferrajoli, la *esfera de lo indecidible* se trata de "el conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías"³⁴. La noción nos refiere tanto a lo que no podría decidirse nunca³⁵, como a lo que no puede dejar de decidirse, también de modo inexorable³⁶.

Así, dentro del ámbito de lo indecidible hallamos dos esferas: "la primera esfera es la de las prohibiciones, esto es, la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad. La segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales"³⁷. El conjunto de estas prohibiciones y obligaciones, abarca la totalidad de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos.

Esta noción de Ferrajoli, como puede apreciarse con lo dicho hasta aquí, va mucho más allá en sus implicancias que las de otros autores, pues designa "no solamente el espacio o el territorio prohibido sino también el espacio y el territorio obligado: no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea lo que debe ser decidido"³⁸. Con esta otra exigencia, Ferrajoli incluye a los derechos sociales como derechos fundamentales y los coloca como obligaciones de hacer que tienen los

³³ Ferrajoli, L. "Derechos Fundamentales", ob cit. p. 36

³⁴ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p.102. Una noción que tiene un parentesco, pero que no es idéntica a la de "coto vedado" de Garzón Valdés (Garzón Valdés, E. "Consenso, racionalidad y legitimidad" en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 469. Del mismo autor, "El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías", en *Isonomía Nº 12*, 2000, pp. 7-34) o a la de lo "no opinable" de Bobbio (Bobbio, N. "La regla de mayoría: límites y aporías", en Ed. de M. Bovero, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 478-479)

³⁵ También indicado por el autor como lo "*no decidible que*", que estaría determinado por el conjunto de los derechos de libertad y autonomía que impiden a cualquier poder, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos. Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob. cit. p. 81

³⁶ O lo "*no decidible que no*" determinado por el conjunto de los derechos sociales que imponen al Estado, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos. *Ídem*

³⁷ *Ibidem*, p.103

³⁸ *Ídem*

Estados y cuyo cumplimiento no puede depender de la voluntad política³⁹. Fuera de lo indecible queda –agrega Ferrajoli– el reino de la política y el mercado, es decir, la *esfera de lo decidible*, de lo discrecional, donde vale la regla de la mayoría aunque rígidamente delimitada por los derechos fundamentales⁴⁰.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse sobre las dificultades que esta definición presenta, ya que no se circunscriben a la teoría del derecho del autor bajo estudio sino que tienen importantes repercusiones para los modelos constitucionales actuales. Plantearé dos problemas que considero centrales: un primer problema relacionado con la definición de democracia sustancial antes enunciado y un segundo vinculado a la posibilidad de una noción teórica de los derechos fundamentales indecibles pero vacíos de contenido.

2.2.1.- El Problema de la definición de democracia sustancial.

Como surge de la definición expuesta, la *esfera de lo indecible* coincide con el conjunto de derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sustraídos de la posibilidad de decisión por parte de las mayorías legislativas, conformando así la dimensión sustancial de la democracia.

Esta tesis, que ya había sido formulada por Ferrajoli en la última parte de su obra *Derecho y Razón*, ha suscitado la discrepancia de numerosos autores, entre ellos es claro Greppi cuando afirma que la redefinición de democracia que realiza Ferrajoli “entorpece la idea intuitiva que asociamos al término ‘democracia’, según la cual la democracia es una forma de gobierno en la que el pueblo ha de tener la última palabra”⁴¹.

³⁹ Este punto ha despertado numerosas críticas al autor. Entre ellas, destaco la de Pablo de Lora, quien nos alerta: “Si los derechos sociales han de ser efectivamente garantizados, al menos al modo en que lo son los derechos de libertad, los jueces encargados de controlar la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos deberían poder controlar también el presupuesto del Estado indicando qué cantidad de recursos ha de destinarse para poder dar satisfacción a las distintas prestaciones en las que se traducen los derechos sociales. Ferrajoli ha indicado que para ello deberían establecerse cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, [...] lo que quiere decir [...] cuotas mínimas para cuya reforma se exigirían mayorías súper reforzadas. ¿Podría por esa vía el juez constitucional decidir también la política impositiva? ¿Qué queda entonces del gobierno y del legislador?” De Lora, P. “Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo”, en Ed. de M. Carbonell y P. Salazar, *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005, p. 259

⁴⁰ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob cit. p. 32

⁴¹ Greppi, A. “Democracia como valor, como ideal y como método”, ob cit. p.342

También Bovero realiza un llamado de atención sobre el equívoco que a su criterio se genera al denominar “democracia sustancial” al modelo de Estado de derecho propuesto por Ferrajoli. Así sugiere “mantener una clara distinción incluso léxica entre democracia y Estado de derecho, [puesto que] el contenido –el qué– de las decisiones colectivas no concierne a la democracia, en el único sentido [para él] plausible y no eulógico del término: [...] una decisión no es calificable como democrática a partir de su contenido, sino exclusivamente a partir de su forma”. Y aclara: “esto no equivale a afirmar que una decisión democrática sea también en todo caso legítima y (‘sustancialmente’) válida: no lo es si contradice los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Pero esto significa, en mi léxico, que puede ‘existir’ una decisión democrática ilegítima que no puede ser definida como no-democrática por el hecho de ser (‘sustancialmente’) ilegítima”⁴². Si bien Bovero acepta que ciertos derechos de libertad y sociales deban ser considerados *pre*-condiciones de la democracia, eso no implica para el autor –en una postura que comparto– que sean *incorporados* en una de sus (pretendidas) dimensiones. Según Bovero entonces: “la esfera de lo no decidible, en cuanto *tal*, no es (oportunamente identificable con) una *esfera* de la democracia, sino que queda (ubicada) *fuera* de ella”⁴³.

Pero Ferrajoli contesta a Bovero afirmando: “lo que es cierto, más allá de las diversas opiniones que se puedan tener acerca de cuáles son derechos indispensables al funcionamiento y a la supervivencia de una democracia, es que algún límite de sustancia –al menos la prohibición de suprimir democráticamente el método democrático mismo– es esencial a la democracia. ¿Por qué ignorarlo, entonces, en la definición teórica del correspondiente concepto?”⁴⁴. Claro está que esta última aseveración de Ferrajoli, dista bastante de la que incluye a todos los derechos universales como parte de la definición teórica misma y entra más bien en la discusión sobre las “precondiciones” de la democracia, compartida tanto por sustancialistas como procedimentalistas⁴⁵.

⁴² Bovero, M. “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 236

⁴³ *Ibidem*, p. 241

⁴⁴ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob cit. p. 86

⁴⁵ Sobre la “paradoja de las precondiciones de la democracia” ver: Nino C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp.192,193; también Martí, José Luis, “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino” en M. Alegre, R. Gargarella y C. Rosenkrantz (coordinadores) *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p.307-323

Como señala Pintore: "una cosa son los contenidos, los ámbitos, sobre los que puede versar la decisión democrática y otra, los presupuestos (también éstos de contenido) que hacen de dicho método decisonal un método, justamente por ello, democrático"⁴⁶. En definitiva ¿no está acaso reconociendo Ferrajoli como legítima la posibilidad de discrepancia sobre "cuáles" derechos? Entonces ¿cómo podríamos definir con certeza una democracia cuando no son ciertos sus contenidos, sino aludiendo a la forma de tomar las decisiones? Considero que el plantear estos estándares como parte de la definición misma de democracia y sin matices, nos empuja a tener que reconocer que la mayoría de los sistemas que normalmente calificaríamos de democráticos, no lo son. Llevando el razonamiento al absurdo, el sólo hecho de tener dentro del ordenamiento normas inconstitucionales (para Ferrajoli inválidas) estaría cuestionando – parcialmente- la democracia misma del sistema y entonces: ¿qué nivel de normas inválidas podríamos aceptar como "normal" para seguir calificando a un sistema de democrático y en qué punto deja de serlo? ¿Nos sirve esta definición de democracia para saberlo?

2.2.2.- Los problemas de una noción teórica de los derechos fundamentales *indecidibles* pero vacíos de contenido.

Como vimos, la noción de derechos fundamentales de Ferrajoli sólo se ocupa de lo que estos derechos son en abstracto, pero no de cuáles están realmente consagrados en una constitución determinada o de cuáles deberían estarlo. Lo que significa afirmar que cualquier norma constitucional, más allá de su contenido, siempre que esté proclamada universalmente como derecho subjetivo, será un derecho fundamental y por tanto definirá a la democracia sustancial. Pero ¿en qué sentido los derechos fundamentales expresan la dimensión "sustancial" de la democracia, y por tanto el ámbito de lo indecible? Ferrajoli contesta este interrogante desde el plano de los contenidos de los derechos fundamentales, o sea, desde la naturaleza de las necesidades protegidas por ellos, que es en gran parte consecuente al análisis que precede sobre sus caracteres estructurales.

Así Ferrajoli nos dice que "la forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela como la técnica prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado "fundamental"⁴⁷, reconociendo el carácter convencional/artificial del contenido de los derechos y

⁴⁶ Pintore, A. "Derechos Insaciables en Ferrajoli", L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 248

⁴⁷ Ferrajoli, L. "Derechos Fundamentales", ob cit. p. 35

atribuyéndole el lugar de necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y razón social de ese artificio que es el Estado. Pero es en virtud de esos caracteres que los derechos fundamentales vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado.

Entonces, a la pregunta sobre qué son los derechos fundamentales, en el plano de la forma se puede responder *a priori*, pero en el plano de los contenidos sólo *a posteriori*: cuando se quiere garantizar un interés se lo sustrae tanto al mercado como a las decisiones de la mayoría⁴⁸. Si seguimos el razonamiento y el plano de los contenidos es una cuestión fáctica que dependerá de cada constitución ¿Con qué argumentos dejamos esos contenidos al margen de toda decisión? Como vemos, la definición teórica de derechos fundamentales que en principio prescindía de los contenidos, ahora necesita de éstos, aunque sean “*de hecho*”, para tener sentido y justificar su *indecidibilidad*.

En este punto se produce un salto⁴⁹ donde lo teórico (universal) del derecho fundamental no podría justificar el que sea indecible, sino más bien el específico contenido (las necesidades protegidas por éste) que es anterior a su consagración como derecho fundamental. O sea que la justificación: o viene de los valores, de los fundamentos axiológicos/ filosóficos y entonces el ámbito de lo indecible como consecuencia normativa de la teoría del derecho tendría su justificación – lo que implicaría una elección por un tipo político determinado y que viene a coincidir con el positivado en las democracias constitucionales que sirven de modelo a la teoría⁵⁰; o

⁴⁸ *Ibidem*, p. 36

⁴⁹ Advertido también por Zolo, en referencia al “brusco paso del plano de la lógica formal al de la teoría normativa”. Zolo se pregunta “se puede concebir que una teoría normativa –más aún, si se refiere a la experiencia política- pueda prescindir de la asunción de valores, de opciones morales y de una referencia implícita a los conflictos, intereses y necesidades?” Zolo, D. “Libertad, Propiedad e Igualdad en la Teoría de los ‘Derechos Fundamentales’. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 81. En relación al mismo tema, Bacelli afirma “Resulta evidente que, si no es posible derivar del ser el deber ser, tanto menos pueden deducirse de una definición formal contenidos normativos”. Bacelli, L. “Derechos sin Fundamento”, en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p.200

⁵⁰ Esto es advertido por Vitale al criticar la supuesta neutralidad ideológica de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli, diciendo: “No se trata ya de demostrar cómo una cierta tipología de los derechos y un cierto proyecto de constitución sean las interpretaciones más coherentes –o incluso, la única interpretación posible siempre que se asuma una orientación política de matriz liberal socialista- de los principios que la historia del constitucionalismo moderno ha elaborado, sino más bien de demostrar cómo estos últimos, pese a ser

viene del momento histórico, pero que como es contingente, no podría ser fundamento de los derechos.

Además, según el propio autor "... las tesis sobre los 'contenidos de hecho' que estos derechos tienen en las actuales constituciones, pertenecen a un plano de discurso –el nivel de la dogmática jurídica– distinto del de la teoría del derecho al que pertenece la definición de 'derechos fundamentales'"⁵¹ que estamos considerando. Pero *lo indecible* está en el plano de la teoría, es decir que se derivaría de la definición *a priori* de derechos fundamentales, o dicho de otro modo, de los derechos fundamentales "abstractos", antes de tener contenidos. Por lo que no tendría lógica que algo que se determina *a posteriori* –cuyo estudio no pertenece al plano de la teoría del derecho– como son los contenidos y que varía de acuerdo al ordenamiento, termine siendo la base de lo teorizado independientemente de ello.

Claro que Ferrajoli remarca que los conceptos de la teoría del derecho son construidos por el teórico sobre la base de *definiciones convencionales*, más o menos adecuadas según su alcance empírico y su capacidad explicativa y, sin embargo, independientes⁵². Es que en el plano de los contenidos, la definición formal justificaría que cualquier interés, en tanto sea reconocido universalmente, coincida con un "especial interés" y por ello tenga una tutela especial también. El propio autor nos da un ejemplo: habría un "derecho fundamental a ser saludado" si éste se estableciera como universal, puesto que *a priori* (o en teoría) cumpliría con la "forma" para serlo y por tanto (normativamente debe entrar) entraría en el ámbito de lo indecible. Pero si *a posteriori* advertimos que no coincide con el presupuesto de proteger un especial interés ¿dejaría de poder justificarse su *indecidibilidad*?

A mi criterio la definición formal de derechos fundamentales no sirve sin referencia a los valores o al contenido como algo *a priori*. O sirve para designar a cualquier derecho que ha sido proclamado con carácter universal aunque no coincida (o incluso esté en pugna) con la protección de la vida, la libertad o la subsistencia –como da por sentado Ferrajoli que va a ser– y entonces no se justifica su

históricamente anteriores, no son más que algunas de las proposiciones lógicamente derivables de la *recta ratio* aplicada al derecho. Una vez tomada esta vía, siendo por definición una sola la *recta ratio*, todo el sistema tiende a presentarse como inobjetable". Vitale, E. "¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la Teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli" en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 67-68

⁵¹ Ferrajoli, L. "Los Derechos fundamentales en la Teoría del Derecho", ob cit. p.152

⁵² *Ibidem*, p. 143

sustracción a las decisiones de la mayoría⁵³. Así, esta teoría tiene utilidad sólo desde un punto de vista interno, con pretensiones descriptivas y "críticas" únicamente circunscriptas a tornar coherente el sistema ya establecido, por más antiliberal que sea; pero no permitiría criticar -si existiera el ejemplo- la fundamentalidad del "derecho a ser saludado" o algún otro aún más fútil o incluso nefasto (como podría ser v.g. el derecho de todo hombre a castigar a su esposa), más bien por el contrario, obligaría a normar para darle plena efectividad.

2.3.- *El nexo entre derechos fundamentales y democracia.*

Teniendo en cuenta las críticas apuntadas respecto los dos problemas señalados, Ferrajoli retoma su segunda tesis y aclara que el nexo que establece entre derechos fundamentales y democracia no se funda en la definición teórica de derechos fundamentales, sino mas bien "en el tipo de expectativas que, como la tutela de la vida, la libertad, la autonomía y la supervivencia, han sido [...] sancionadas como derechos fundamentales en los actuales sistemas constitucionales"⁵⁴. Así lo que, por otra parte, tiene "importantes valencias político-ideológicas", no es el análisis conceptual de la forma de los derechos fundamentales, sino la opción a favor de las necesidades e intereses que son, de hecho, tutelados jurídicamente como derechos fundamentales a través de dicha forma⁵⁵.

Parecería que aquí nuestro autor reconoce la crítica formulada precedentemente⁵⁶, pero luego las consecuencias -en tanto "lógicas"- las vuelve a hacer derivar de la teoría y no de la opción política axiológica que se identifica con la de los constitucionalismos y que coincide evidentemente con la suya propia.

A mi criterio, por más que Ferrajoli intenta mantener separados los ámbitos de estudio, se termina confundiendo la teoría -que sería independiente de un ordenamiento jurídico determinado y que

⁵³ Máxime si tenemos en cuenta que el propio Ferrajoli reconoce que: "que se hayan reconocido como fundamentales determinados derechos y no otros [...] es un hecho histórico que refleja una opción ético-política, que puede compartirse *a priori* en el plano de la filosofía política y que puede ser puesta de manifiesto *a posteriori* por los discursos historiográficos y dogmáticos relativos a un ordenamiento, pero que no pertenecen a la teoría del derecho, hasta el punto de que no aparecen en la formalización de ningún postulado o definición teórica, son más bien tesis meta o extra-teóricas de tipo histórico, sociológico o dogmático o, son tesis de tipo político-axiológico referida a la justificación externa de dichas estipulaciones". *Ibidem*, p. 145. En suma: el carácter "vital" de los intereses y necesidades así protegidos es, en el plano teórico, del todo contingente. *Ibidem*, p. 146

⁵⁴ *Ibidem*, p. 167

⁵⁵ *Ibidem*, p. 168

⁵⁶ Aunque a riesgo de violar la *ley de Hume*, es decir, de pasar injustificadamente de una descripción a una prescripción.

respaldaría el que ciertas cuestiones por sus formas tengan que ampararse dentro de lo indecible- con el ordenamiento que positiviza unos valores. De esas opciones positivadas (porque se defiende el valor vida, libertad, etc...) se derivan consecuencias "lógicas" para la teoría (debe quedar al resguardo de futuras opciones distintas bajo la estructura de una constitución rígida con estricto control judicial de constitucionalidad).

Si como dice Ferrajoli "la estipulación y la garantía misma de los derechos fundamentales son condiciones necesarias pero no suficientes de la democracia"⁵⁷ pero tampoco es suficiente la estipulación procedimental de la misma, no podemos dar una definición de democracia teórica o jurídica, sino solamente "filosófico-política", la democracia sustancial no podría ser otra que la que refleja los valores (las necesidades e intereses tutelados y considerados fundamentales) de las democracias constitucionales, es decir, la opción política actual y ninguna otra⁵⁸.

3.- Las premisas metateóricas.

He puesto de manifiesto algunas de las disonancias que encuentro en los postulados de Ferrajoli. Para entender estos problemas resulta necesario ahondar en las premisas metateóricas que sostienen su teoría. En palabras de De Cabo y Pisarello, la teoría del derecho de Ferrajoli difiere de la de otros autores como Kelsen o Bobbio para quienes ésta debía desempeñar un papel fundamentalmente descriptivo⁵⁹, evitando las consideraciones axiológicas. Las prescripciones, desde esta última perspectiva, serían una cuestión valorativa externa al derecho que debe resolverse en sede filosófico-política o moral. Para nuestro autor en cambio, en la medida en que el paradigma constitucional asume una serie de

⁵⁷ Ferrajoli, L. "Los Derechos fundamentales en la Teoría del Derecho", ob cit. p. 168

⁵⁸ Lo cual es finalmente aceptado por Ferrajoli: "es de estas constituciones de las que estamos hablando hoy [...] en el plano de la teoría del derecho, que prescinde totalmente, como he afirmado otras veces, tanto de sus contenidos concretos, que bien podrían ser fútiles o, incluso deplorables, como de su distinto grado de rigidez. Lo que en realidad cuenta en el plano teórico, y justifica la *imagen* del pacto constituyente, no son su contingentes contenidos normativos, sino su paradigma, en virtud del cual a los titulares de los derechos constitucionalmente establecidos, nos guste más o menos, 'se les priva de la disponibilidad de los propios derechos' (no por mis tesis, sino) por la forma de las normas al mismo tiempo rígidas y universales en que éstos son formulados. [...] Las cosas son así, independientemente de nuestras opciones filosóficas o políticas, y la teoría del derecho sólo tiene la tarea de dar cuenta de ello". Ferrajoli, L. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 349-350

⁵⁹ Lo mismo admite el propio Ferrajoli, L. "Principia iuris. Una discusión teórica", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, Marcial Pons, Madrid, 2008, p.400

derechos y principios, de contenidos, en definitiva, que vinculan a los poderes públicos y privados, toda teoría jurídica acabaría por incluir también una política del derecho. Por eso, de acuerdo con los autores citados, la teoría de Ferrajoli "viene animada por una pretensión explicativa y descriptiva, pero también por una dimensión crítica o prescriptiva que atrae al campo del derecho positivo cuestiones que en el paradigma simplemente legalista, pero no constitucional, quedaban relegadas al ámbito externo de lo político"⁶⁰. Sería, en suma, una teoría explicativo-normativa⁶¹.

Y esto es confirmado por el mismo Ferrajoli, para quien la teoría del derecho -a diferencia de la dogmática jurídica que es descriptiva- es normativa en dos sentidos: en el sentido que sus postulados y definiciones son convenciones, estipuladas libremente (si bien en función de su capacidad explicativa y de su alcance empírico con relación a las modernas democracias constitucionales) y en el sentido de que las tesis de la teoría son normativas respecto del derecho positivo en el que se dan -aunque teóricamente no deberían darse- tanto antinomias como lagunas⁶². Aquí para Ferrajoli, la relación entre derecho y lógica impone que a determinadas estructuras se correspondan determinadas consecuencias (la coherencia es un "deber ser" ⁶³) que muchas veces en el plano positivo no se dan y por eso se habla de lagunas o antinomias desde la teoría y de un papel crítico de la ciencia del derecho, cuando denuncia dichas lagunas y antinomias. Entonces corresponde "aceptar que la teoría diverge del derecho y que pueda ser, por tanto, frente a él, no descriptiva sino normativa"⁶⁴.

Aunque en otro sentido de normatividad, para el plano de los fundamentos explica: "Mis tesis sobre la democracia y los derechos fundamentales son tesis de teoría del derecho que, por lo tanto, no dicen ni deben decir nada sobre la 'solución' del problema filosófico [...] Mis tesis se limitan a dar cuenta de un hecho: que los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales, más o menos apremiantes según el grado de rigidez, a la democracia política tal como se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes. Se trata en suma de tesis explicativas, en absoluto normativas"⁶⁵.

⁶⁰ De Cabo, A. y Pisarello, G. "Prólogo: Ferrajoli y el Debate sobre los derechos fundamentales", en Ferrajoli, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 12

⁶¹ *Ibidem*, p. 13

⁶² Ferrajoli, L. "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", ob cit. p. 153

⁶³ *Ibidem*, p. 189

⁶⁴ *Ibidem*, p. 192

⁶⁵ Ferrajoli, L. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", ob cit. p. 342

Por eso Ferrajoli distingue su construcción de la esfera de lo indecible, de las concepciones similares que han elaborado otros autores, puesto que a su parecer él ofrece "una noción jurídica, como categoría de la teoría del derecho" que se encuentra diseñada por las constituciones rígidas y que es un componente estructural de las actuales democracias constitucionales. En resumen: los derechos fundamentales conforman el ámbito de lo indecible y a la vez, la dimensión sustancial de la democracia, y esto deriva de la "forma" interna de los ordenamientos constitucionales actuales y no de posiciones axiológicas⁶⁶. Esta noción, a criterio del propio autor, es superadora en tanto se agregaría a las propias de categorías filosófico- políticas presentes tanto en Garzón Valdés como en Bobbio y que "expresan el principio político, clásicamente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos de libertad"⁶⁷.

En suma, lo que distinguiría a lo indecible *ferrajoliano*, sería que resulta la consecuencia normativa lógica de la inclusión de derechos fundamentales en las constituciones. Esto es plenamente coherente a nivel de un ordenamiento positivo concreto, pues si estamos ante una constitución rígida que establece determinados derechos como inmutables, de ello se sigue que dentro de ese sistema positivo, la legislación ordinaria no pueda decidir sobre ellos. Pero este análisis sería propio de la dogmática jurídica, de donde nos pretende sacar Ferrajoli. Lo que no es tan claro entonces es que se pueda realizar una teoría general del derecho (que tenga por base postulados formales o abstractos) y que, sin justificación axiológica alguna, prescriba el dejar fuera de la decisión política a esos postulados, en tanto y en cuanto sean universalmente proclamados.

Este es el punto clave de la crítica al autor en estudio: no parece necesariamente lógico que la elección política actual de ciertos ordenamientos constitucionales, que Ferrajoli tiene en mente al pensar en los derechos fundamentales como ámbito de lo indecible, sea la única posible, o la única deseable como para abstraerla y plasmarla en una teoría general del derecho con alcances universales. Más aún si indagamos en su posición ética de fondo.

4.- Distintas posiciones, mismas soluciones. El positivismo de Ferrajoli.

Al principio de este artículo vimos que la conexión entre derecho y moral se plantea como nota característica del llamado neoconstitucionalismo. Así, habría dos aspectos de dicha conexión: el

⁶⁶ De Cabo, A. y Pisarello, G. "Prólogo Ferrajoli y el Debate sobre los derechos fundamentales", ob cit, p. 13

⁶⁷ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob cit. p. 102

primero es la pretensión de "justicia"⁶⁸ propuesta en algún ordenamiento que pretende ser jurídico. El segundo es el de la famosa fórmula de Gustav Radbruch, según la cual una ley positiva pierde su validez cuando su enfrentamiento con la justicia alcanza un nivel intolerable⁶⁹.

Al contrario, un positivista como Ferrajoli sostiene la diferenciación tajante entre derecho y moral e indica la *cuestión epistemológica* de fondo de tal separación, que se manifiesta en dos oposiciones diferentes:

La primera oposición es entre cognitivismo y anticognitivismo ético y se refiere a la concepción de la verdad y de la moral. Nuestro autor en estudio explica que toda moral religiosa se propone como "verdad moral". Por el contrario, según la concepción laica y liberal – que sostiene-, *la verdad* se adecua sólo con las *tesis asertivas* que se encuentran en la lógica o en el conocimiento empírico. Mientras que sobre los juicios de valor –éticos o políticos- no es posible afirmar si son verdaderos o falsos; sólo podemos afirmar si son justos o injustos⁷⁰. Esto no significa otra cosa que rechazar la ecuación entre bien y verdad que está, sigue Ferrajoli, en el origen de la intolerancia. En pocas palabras, lo que Ferrajoli rechaza es el cognitivismo ético⁷¹.

La segunda oposición se da entre heteronomía y autonomía de la moral. Sintéticamente, Ferrajoli explica que la ética laica es el reconocimiento del carácter autónomo de la moral, a diferencia de la moral católica o de cualquiera otra fundada sobre una fuente divina, que es heterónoma y pretende, por ser "verdadera", traducirse en

⁶⁸ En este punto la referencia obligada es Alexy, R. "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en R. Vázquez (compilador) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, trad. De P. Larrañaga, Gedisa, Barcelona, 2003, pp.128-132 donde el autor se refiere a la "teoría de la pretensión" según la cual la totalidad del sistema jurídico tiene necesariamente una pretensión de corrección, que se relaciona con el acto de establecer una constitución y en ese caso, se trata de una pretensión de justicia.

⁶⁹ Radbruch, G. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, trad. De M. I. Azareto de Vázquez, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-38. Con sus palabras "... donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica. Pues no se puede definir el derecho, aun el derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia".

⁷⁰ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 137 y 138

⁷¹ En este punto el autor cita la tesis de Böckenförde, E. W. *Diritto e Secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa Unita*, ed de G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2007, según la cual el Estado liberal no es capaz de garantizar sus propios presupuestos y fundamentos, y agrega: su laicidad está asegurada por el hecho de que no sólo no puede, sino que no debe garantizar sus propios fundamentos ético-políticos, so pena de negarse a sí mismo. *Ídem*

normas de derecho⁷². Esto último, para el autor italiano, es incompatible con un ordenamiento liberal, ya que busca una fundamentación sustancialista para la validez de las normas y no una fundamentación moderna basada en la forma legal, positiva, convencional de su producción. Si la ética no tiene verdad y se funda en la autonomía individual, el derecho, en cuanto sistema de normas válidas para todos, debe secularizarse como una convención capaz de ofrecer garantías para todos los valores morales que cualquiera profese⁷³. De esta forma Ferrajoli dice rechazar tanto la fundamentación moralista del derecho que se expresaría en la pretensión iusnaturalista de la imposición jurídica de una moral determinada, como la fundamentación objetiva de la moral expresada en un sistema de normas objetivas y heterónomas, ya sea que se identifique con el derecho natural o, como en las ideologías ético-legalistas, con el derecho positivo⁷⁴. Si nos quedáramos sólo con estas palabras del autor, estaríamos de acuerdo en que se aparta de las formulaciones neoconstitucionalistas más divulgadas⁷⁵. Pero este desarrollo concluye en exactamente lo contrario, generando, a mi modo de ver, una contradicción. Probablemente aquí esté la clave de otras discordancias.

Ferrajoli por un lado se autoproclama -como acabamos de ver- un anticognitivistista en el plano meta-ético. Pero por el otro, condiciona la validez de las normas a requisitos sustanciales, que no son susceptibles de ninguna modificación, que son "indecidibles" a futuro, tornándolos objetivos. Este carácter vinculante del ámbito de lo indecible de las constituciones -si bien "jurídicamente" vinculante- como concepto de teoría general del derecho universalizable y normativo, deja el plano estrictamente positivo para amarrarse a unos determinados valores no cuestionables. En suma: me resulta llamativo cómo, partiendo de una posición positivista y en lo ético anticognitivistista, puede llegar a los mismos resultados que aquellos ubicados en posiciones cognitivististas-iusnaturalistas.

Pero Ferrajoli pretende evitar esta crítica alegando que su teoría no es valorativa, sino que está en el plano de las convenciones (empíricas) y por lo tanto es verdadera y cognoscible a nivel jurídico. Además sostiene que hay una inconsistencia de la alternativa entre "iuspositivismo" y "iusnaturalismo"⁷⁶, diciendo: "...La fundación

⁷² *Ibidem*, p. 139

⁷³ *Ibidem*, p. 140

⁷⁴ *Ídem*

⁷⁵ Así lo cree Prieto Sanchís, L. "Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo) constitucionalista para Estado Constitucional", ob cit. pp. 325-354

⁷⁶ Cuando analiza la relación entre génesis o fundamentos históricos y fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales, explicando que: "la coincidencia entre los dos tipos de fundamentos es del todo contingente en el plano lógico y teórico, y

histórica y positiva de los derechos fundamentales está informada por principios de justicia que bien podrían llamarse 'iusnaturalistas' o simplemente ético-políticos, y éstos, una vez constitucionalizados, imponen la coherencia y la censura de la eventual incoherencia del derecho positivo respecto a ellos. [...] La teoría es rígidamente iuspositivista: el constitucionalismo teorizado por ella como *deber ser positivo del derecho positivo* no es, un paradigma intermedio entre iusnaturalismo e iuspositivismo, sino un desarrollo y un perfeccionamiento del positivismo jurídico"⁷⁷.

Por eso Ferrajoli desde la teoría destaca el valor de las constituciones actuales como metas a seguir (programas para el futuro⁷⁸), resaltando al constitucionalismo como *embrional* y en tanto normativo, como ideal regulador. "El modelo normativo del constitucionalismo democrático [dice] equivale ciertamente a una 'postura moral' [...] a un programa político"⁷⁹. De ahí se ve habilitado para criticar la realidad en la que esas constituciones están inmersas (y de las que son reflejo), tildándolas de incoherentes por no responder a lo que la constitución prescribe. ¿No será que el autor pone demasiadas expectativas en la teoría del derecho, olvidando (lo que le reconoce a la historia) que es en el campo político axiológico donde se disputan las cuestiones de justicia?

A su criterio no. Por un lado porque "la teoría se limita a diseñar un modelo normativo que [...] está de todos modos destinado, aún con todas las técnicas garantistas, a una inevitable escisión de la realidad"⁸⁰. Por otro lado, porque el paradigma constitucional desplazaría a la política a un espacio privilegiado "fuera del derecho, colocándolo en las luchas y en las dinámicas sociales y culturales. Pero ello no quita para que el derecho sea, según el modelo iuspositivista del cual el constitucionalismo es sólo un perfeccionamiento, derecho 'puesto', es decir, producto de la política y de las luchas sociales mediadas y representadas por ella"⁸¹. [...] Y es un producto contingente, que puede retroceder pero también

sería una falacia naturalista afirmarla como necesaria. (Aunque) no es de ningún modo contingente ni casual en el plano político". Ferrajoli, L. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", ob cit. p. 321-322

⁷⁷ Ferrajoli, L. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", ob cit. p. 323

⁷⁸ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob cit. p. 35

⁷⁹ Ferrajoli, L. "Principia iuris. Una discusión teórica", ob cit. p. 416

⁸⁰ *Ibidem*, p. 421

⁸¹ Afirmaciones como esta, según Pintore, harían parecer en un primer momento que Ferrajoli comparte el "divisionismo ético", que sostiene la idea de que los derechos son un producto de las normas; lo que equivale, según la autora, a reconducir a los derechos (y, en general, a los valores) al campo de la elección humana, a recordarnos que derechos y valores sólo "existen" si nosotros los ponemos como tales, y no porque existan previamente en lo más recóndito de la naturaleza o de la razón. Pintore, A. "Derechos Insaciables", ob cit. p. 252

progresar [...] en virtud justamente, del papel de la política y, antes aun, de la lucha por el derecho –hecho y por hacer- que, a su vez, es siempre una lucha social y cultural. En este sentido, puede hablarse, incluso en sede de teoría del derecho, de una primacía del punto de vista externo. En un Estado constitucional de derecho, en suma, la relación entre política y derecho es de recíproca dependencia”⁸².

Surgen aquí más preguntas para el autor, de nuevo en relación con la rigidez constitucional y con la esfera de lo indecible descritas hasta ahora: ¿cómo se podrían expresar políticamente quienes “desde fuera” critican el derecho positivo y luchan por cambiarlo, si no pueden institucionalizar sus reclamos mediante la democracia (“sustancial”), puesto que ésta no es permeable a la política en el ámbito constitucional, que debe ser inmutable? Es decir: el concepto de democracia sustancial, expulsa fuera de ella las manifestaciones políticas que puedan entrar en contradicción con los derechos positivados como fundamentales. Por otro lado, ¿quién y cuándo se define esa esfera de lo indecible y según qué perspectiva el derecho progresa o retrocede?

Ferrajoli lo que hace es trasladar estas inquietudes automáticamente a otro plano del discurso, es decir, hacia el fundamento de los derechos fundamentales. Este punto había sido uno de los que le suscitó mayores reclamos al autor y que, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* finalmente contesta, aclarando que lo hace desde lo axiológico y no desde la teoría.

5.- Los fundamentos de los derechos fundamentales.

Como el título de su libro expresa, la respuesta de Ferrajoli al fundamento de los derechos no es única, sino que está compuesta de cuatro criterios axiológicos⁸³. Estos criterios, nos dice el autor, sirven para determinar las opciones ético-políticas a favor de los valores de la persona –vida, dignidad, libertad, supervivencia- que son establecidos positivamente como fundamentales bajo la forma de

⁸² Ferrajoli, L. “Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho”, ob cit. p. 171

⁸³ En realidad, estos cuatro criterios expresados en *Fundamentos de los derechos fundamentales*, en sus trabajos posteriores pasan a ser tres, descartando el segundo (relativo a la democracia). Ver *Democracia y Garantismo*, cit. p. 43. Esto resulta lógico después de conocer el desarrollo que aquí se expondrá y más aún, luego de las críticas recibidas. De todos modos, a la par que quita este fundamento, agrega, como parte de la relación entre derechos fundamentales y la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, como derecho complejo de “autonomía”, cuya explicación, a mi criterio, dista bastante de ser satisfactoria. Ver *idem* pp. 44 y ss.

expectativas universales; y son todos sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático⁸⁴.

El primero de estos criterios es el nexo entre derechos fundamentales e *igualdad*; el segundo (en conexión con el primero) es el nexo entre derechos fundamentales y *democracia*; como tercer criterio formula el nexo entre derechos fundamentales y *paz* y como cuarto y último señala el papel de los derechos fundamentales como *ley del más débil*⁸⁵. A partir de éstos podríamos responder a la pregunta ¿qué derechos *deben ser* (o es justo o está justificado que sean) tutelados como fundamentales?

Pero más que continuar con el desarrollo de los fundamentos, me parece indispensable precisar cuál es la relación entre la definición teórica y formal de “derechos fundamentales” que estuvimos estudiando y estas tesis axiológicas y sustanciales que Ferrajoli plantea según los criterios propuestos.

Ferrajoli explica (contestando a Vitale) que el nexo consiste en una relación de *racionalidad instrumental* que liga medios y fines, o sea, en la adecuación, relativamente verificable en el plano empírico, de una determinada conducta, técnica o artificio institucional respecto a los objetivos prefijados⁸⁶. Con esto, a lo que se refiere Ferrajoli es a que la forma universal de los derechos fundamentales, identificada por su definición teórica, no es sino “el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se refiere, para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados sino postulados⁸⁷, que su concreta estipulación positiva persigue”. Se trataría, por tanto, de la forma lógica que deben adoptar las expectativas expresadas por tales derechos *si queremos* que, cualquiera que sea su contenido, queden tuteladas y satisfechas⁸⁸. Estos fines son en Ferrajoli, justamente, aquellos a los que se refieren los cuatro criterios expresados: la *igualdad*, la *democracia*, la *paz* y la *tutela del más débil*. Pero aclara: “estos fines son, sin embargo, ajenos a la definición teórica de ‘derechos

⁸⁴ Ferrajoli, L. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob cit. p. 315. Vemos en este párrafo la solución de continuidad que el autor da entre: valores éticos políticos, positivación en las constituciones, la teoría del derecho y la teoría de la democracia constitucional, aunque el recorrido parece establecerse en sentido inverso.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 315-316

⁸⁶ *Ibidem*, p 323

⁸⁷ En este punto sigue a Bobbio cuando afirma: “Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican; se asumen: aquello que es último, propiamente porque es último, no tiene ningún fundamento” Bobbio N. “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, trad. De R. De Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p.56

⁸⁸ Ferrajoli, L. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob cit. p. 317

fundamentales', que se limita a señalar, en la forma universal asignada a los derechos que se quiere tutelar como fundamentales, el medio para alcanzarlos"⁸⁹.

Resulta llamativo, volviendo sobre lo señalado en los acápites anteriores, que dejando a las definiciones teóricas sin arraigo sustantivo o teleológico, luego pueda derivar una definición teórica de democracia "sustancial". No porque no entienda que lo "sustantivo" de su democracia en realidad remite a un concepto teórico como es el de derechos fundamentales por él elaborado, sino porque ese concepto en el que se ancla, sin que tenga a la vez dónde justificarse, hace caer el sentido de la diferenciación teórica entre democracia formal y sustancial. Si se supone que el concepto de democracia sustancial pretende salvar a la misma de los avatares de las mayorías, dejando excluidos ciertos contenidos, esto es por una cuestión teleológica de fondo que remite a la justificación de los derechos fundamentales, a ese nexo instrumental y no puede sostenerse en la teoría pura, como él mismo reconoce, sino desde un postulado de filosofía política⁹⁰.

Por otro lado esa justificación que no se da, lo que tiene detrás es la creencia de que esos fines están más y mejor cuidados mediante una constitución rígida inmodificable que aplican (e interpretan) los jueces, que por los propios titulares de los derechos de que se trata. A este respecto Bayón manifiesta que tras la "configuración estructural [según la cual] los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Garzón ha llamado 'el coto vedado', [...] hay por supuesto una genuina tesis moral sustantiva"⁹¹. Lo que critica Bayón no es esa tesis sino "el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del coto vedado y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política (que

⁸⁹Y sigue: "Por lo demás, en el plano teórico, también de la constitución sólo cabe una definición formal y estructural, que no nos dice nada sobre sus contenidos, limitándose únicamente a identificar su grado jerárquico superior al de cualquier otra norma; mientras que una definición sustancial, [...] sólo es posible en el plano teórico como definición contrafáctica que establezca, por ejemplo, que las constituciones, *si son democráticas*, contienen entre sus normas derechos fundamentales y separación de poderes. Que es lo que caracteriza, precisamente – en el plano histórico-jurídico y en el ético-político-, a las constituciones de las democracias actuales". *Ibidem*, pp. 318-321

⁹⁰ Cabe a Ferrajoli la crítica que Barberis hace a la tendencia del neoconstitucionalismo en general, al señalar que "se mueve en un plano prescriptivo o normativo: o sea, no habla tanto de la democracia como es, o como podría ser, cuanto de cómo quiere que sea" Y concluye: en este enfoque prescriptivo o normativo, normativo significa, en última instancia, moral. Barberis, M. "Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral", *ob cit*, p. 269

⁹¹ Bayón, J. C. "Derechos, Democracia y Constitución", en Ed. M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 212

supone primacía de la constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad)".

Bayón continúa advirtiendo que suele darse por supuesta una conexión sólida entre el ideal del coto vedado y el diseño institucional resultante, "hasta el punto de presuponer que la impugnación de ese diseño sólo podría ser debida al rechazo previo de la tesis de los derechos como ideal moral sustantivo"⁹². Esta crítica cabe perfectamente al autor italiano y coincide con la que en general se realiza a todos los autores que se enmarcan dentro del llamado neoconstitucionalismo.

Lo que quiero denunciar con las contradicciones que hallo en Ferrajoli, es la desconexión que se produce entre los fundamentos de los derechos y la teoría de los derechos, en cuanto esta última prescinde absolutamente de ellos y por consiguiente, también falta conexión entre la teoría y la estructura institucional que el autor deriva de ella como lógica, neutral y universal y que a mi criterio, agudiza la tensión que se da entre constitucionalismo y democracia.

6.- La propuesta institucional: más problemas.

Como hemos estado viendo, el constitucionalismo contemporáneo enfrenta una tensión en su interior debido a su doble compromiso: por un lado con la idea de derechos, que se expresa con la adopción de un catálogo de derechos incondicionales e inviolables dentro de constituciones rígidas; y por el otro, con la idea de democracia como ideal de sociedad autogobernada.

Con el fin de resolver esta tensión y de acuerdo a la posición que se adopte en cuanto a la legitimidad de los sistemas democráticos, serán las diferentes propuestas institucionales que se propongan. La que nos ofrece Ferrajoli, al igual que las de autores como Garzón Valdés o Dworkin⁹³, son calificadas por la doctrina como parte del Modelo "Elitista" o como pertenecientes al "Constitucionalismo Fuerte"⁹⁴. Lo común a estas posturas es que identifican a las decisiones mayoritarias como potencialmente peligrosas y dan al derecho el lugar de la "corrección", ubicándolo como instancia externa a la política, que evita los excesos de

⁹² *Ibidem*, p. 213

⁹³ Ver Dworkin, R. *La democracia posible*, Paidós, Barcelona, 2008; del mismo autor: "La lectura moral y la premisa mayoritaria", en H. Hongju Koh y R. Slye (compiladores) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

⁹⁴ Salazar Ugarte, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. ob cit. pp. 91 y ss y 216

mayorías coyunturales. Este modelo prioriza las decisiones pasadas sobre las presentes y da al Poder Judicial el papel de garante de la estabilidad de los derechos positivados en la constitución, quien además tendrá la última palabra institucional sobre la corrección de las decisiones mayoritarias.

Las propuestas alternativas a las mencionadas, van desde el calificado “Constitucionalismo Débil” (o modelo Deliberativo⁹⁵) hasta el llamado “Populismo”⁹⁶. En este segundo grupo, se encuentran las tesis que consideran que el principal problema de la democracia está en la toma de decisiones. Así, establecen como procedimiento para arribar a las mismas -por parte de la mayoría- la argumentación libre e igualitaria y que involucre a todas las partes en la decisión, para que de ese modo prevalezca la fuerza del mejor argumento. El derecho en este modelo, es percibido como la instancia que traduce las decisiones mayoritarias, por lo que es dinámico y cambiante y el rol del poder judicial será el de aplicar las decisiones del legislador, sin mayor margen de interpretación.

No hace al objeto de este artículo detenerme en las diferentes propuestas institucionales posibles, sino destacar algunos problemas que tiene el primer modelo señalado, en cuanto lo son también para la teoría de Ferrajoli:

6.1.- La petrificación de la constitución.

Una primera cuestión es hacer notar que concepciones como la del *ámbito de lo indecible* congelan un estado de cosas, conservador del *status quo*, desconociendo tanto la dimensión política como el carácter ideológico del derecho y relegando la crítica o disidencia a una posición marginal, calificándola de irracional (o ilógica) y dejando como única alternativa la violencia contra el sistema. Bien hacen en advertir algunos autores que el quitar los temas pilares de la sociedad, de la deliberación democrática, deja sin válvulas de escape eventuales futuros conflictos⁹⁷. Si bien Ferrajoli

⁹⁵ Aquí encontramos autores como Habermas J. *Facticidad y validez*, Quinta edición, Trotta; Madrid, 2008, o Nino, C. S. *La constitución de la democracia deliberativa*, ob.cit; ver también Elster, J. (compilador) *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.

⁹⁶ Con exponentes como Waldron, J. “Deliberación, desacuerdo y votación”, en H. Hongju Koh y R. Slye (compiladores) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004; del mismo autor *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005; Gargarella, R. “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer” (Extraído el 1 de diciembre de 2008 de www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/garagarel.pdf) Para estas clasificaciones, es muy claro Linares, S. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons, Madrid, 2008, p.30 y ss.

⁹⁷ Ansuátegui Roig, J. “Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia” en *Diritti, Procedure, Virtù, a cura di M. La Torre e A. Scerbo*, Giappidelli, Torino, 2005, p.32

reconoce que la política no se agota en la esfera de *lo decidible*, sino que incluye el punto de vista externo, es decir, las luchas, reivindicaciones, revueltas civiles y proyectos reformadores que provienen de fuerzas políticas y sociales; como advertimos antes, las reconoce en tanto desarrollo del propio paradigma constitucional⁹⁸.

Es ilustrativo en este sentido lo expresado por Bobbio en relación al fundamento de los derechos humanos –de modo analógico– “conviene recordar que históricamente la ilusión del fundamento absoluto de algunos derechos establecidos ha sido un obstáculo para la introducción de nuevos derechos, en todo o en parte incompatibles con aquéllos. Piénsese en las pegadas puestas al progreso de la legislación social por la teoría iusnaturalista del fundamento absoluto de la propiedad [...]. El fundamento absoluto no es solamente una ilusión, alguna vez es también un pretexto para defender posiciones conservadoras”⁹⁹. En este sentido, también Gargarella observa, en su crítica a la constitucionalización rígida de derechos: “...si, tal como se ha comprobado en la mayor parte de las Constituciones modernas, se parte de (injustificadas) situaciones de profunda desigualdad económica y se inserta una cláusula constitucional de garantía de la propiedad, entonces la declaración de derechos incrementa (en lugar de disminuir) la probabilidad de que se tomen decisiones injustas, opresivas en relación con las minorías (o, directamente, opresivas en relación con las mayorías), e irracionales (en cualquier sentido del término)”¹⁰⁰. Esto se quiso destacar cuando se criticó la formulación teórica de los derechos fundamentales, sin contenido, pero indecibles. Pues, si bien comparto con Ferrajoli la preocupación por los derechos de los/as más débiles, considero que la teoría que está postulando puede llegar a producir incluso los resultados contrarios (como por ejemplo si consideráramos inmodificable el ejemplo del “derecho de todo hombre a castigar a su esposa”).

6.2.- El valor de la autonomía.

Otra pregunta que podemos formular para la discusión con Ferrajoli es: ¿qué valor o importancia tiene para este autor, la autonomía de la persona? Si prestamos atención, las críticas que en general se han ido realizando a su *esfera de lo indecidible*, tienden a apoyarse en un concepto de democracia que tiene como fundamento último la autonomía del individuo y a los derechos como

⁹⁸ Ferrajoli, L. “Principia iuris. Una discusión teórica”, ob. cit. p. 423

⁹⁹ Bobbio, N. *El tiempo de los derechos*, ob. cit. p. 60. Si bien se refiere al fundamento de los derechos humanos, con mayor razón entiendo, no se puede hablar de “concreciones positivas” absolutas de los mismos.

¹⁰⁰ Gargarella, R. “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, en *Doxa. Discusiones. Publicaciones periódicas*. N° 1, 2000, p. 58

fundamentales en tanto propician o garantizan la misma. Pero en Ferrajoli este postulado no es tan claro.

Para nuestro autor “existe una confusión frecuente entre *derechos de libertad y derechos de autonomía*, ambos fundamentales, aunque unos primarios y otros secundarios según el carácter de simples inmunidades frente a interferencias de los primeros y (además) de ‘poderes’ de los segundos”¹⁰¹. Así, los derechos de *autonomía*, en tanto que consisten en *potestades agendi* -esto es, en la potestad de autodeterminarse mediante actos jurídicos potestativos cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas-, están destinados a entrar en conflicto en caso de no ser jurídicamente limitados y disciplinados. Por ello en el Estado de derecho que no admite poderes *legibus soluti*, se encuentran sujetos a la ley¹⁰². Esta distinción para Ferrajoli es esencial puesto que las dos clases de derechos caracterizan, respectivamente, al liberalismo y la democracia, siendo los derechos de libertad, la base de la *igualdad jurídica*¹⁰³.

Ahora bien, al no ser la autonomía un valor primario, pero no renunciarse a la democracia como sustento del resto del sistema jurídico, se vuelve necesario buscar otro cimiento para la misma: como vimos *ut supra* Ferrajoli ancla la idea de democracia a la de igualdad y con ella a la idea de derechos fundamentales. Comparto con uno de sus críticos el que: “Sin embargo, se trata de un anclaje poco sólido: [...] Ferrajoli se refiere de modo explícito, a la igualdad ‘en derechos fundamentales’; pero la igualdad que pertenece a la democracia [...] como su connotación identificadora no es la igualdad en los derechos fundamentales *de todo tipo*, sino la igualdad en los derechos *específicamente políticos*”¹⁰⁴.

En el mismo sentido Pintore declara que la teoría de Ferrajoli conduce “al sacrificio de la democracia entendida como método de elección y decisión política de individuos iguales en autonomía moral y, por ello, iguales en su capacidad de ser titulares de derechos. Conduce, en definitiva, a segar el vínculo entre los derechos y sus propios titulares. Y conduce, en último lugar, a una (implícita)

¹⁰¹ Ferrajoli L. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob cit, p. 302

¹⁰² *Ibidem*, pp.307-308

¹⁰³ *Ibidem*, p. 311. En este punto se unen las consideraciones plasmadas en la teoría del derecho con el plano axiológico, volviéndose el argumento—a mi criterio-circular: en teoría el carácter universal de los derechos fundamentales (de todos ellos), que hace a su forma, es la base de la igualdad. A su vez la igualdad es uno de los criterios que fundamenta esos derechos. Es decir, porque nos interesa la igualdad, tenemos derechos fundamentales universales, y los derechos fundamentales, en tanto universales, son base de la igualdad.

¹⁰⁴ Bovero, M. “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, ob cit. p. 239

solución del problema de la autoridad en clave de un activismo judicial potencialmente ilimitado”¹⁰⁵. Y continúa: “Existe una cierta disonancia pragmática entre esta perentoria exaltación de los derechos y su exclusión de la esfera de la autonomía moral y, por tanto, política de sus titulares. *Después de todo, creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no a la inversa*”¹⁰⁶. Es que es cierto que los derechos desligados de la autonomía corren el riesgo de convertirse en dones insidiosos, devoradores del propio valor del que nacieron.

Pero Ferrajoli replica: “En absoluto: la autonomía de los individuos es sólo uno de los derechos, por lo demás sometido a la ley y no más importante, que el derecho a la vida, la libertad, etc.”¹⁰⁷. Pues no está dispuesto a asumir las consecuencias de tener como fundante el valor ético político de la autonomía, desde que “precisamente, contra sus posibles abusos, fueron inventadas las constituciones rígidas y para que sus riesgos, en la medida en que el derecho logre controlar su fuerza, no vuelvan a repetirse”¹⁰⁸. De ahí que para Ferrajoli, “el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales está no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación –lo cual sería imposible y generaría, en todo caso, constituciones minimalistas e incluso regresivas– sino en que se pacte en él la no exclusión de ninguno. La no exclusión [...] no se refiere a la forma o a los sujetos del contrato, sino a sus contenidos”¹⁰⁹. Es que para él, “Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales”¹¹⁰.

No comparto esta forma de entender la democracia. Considero que una constitución que sanciona unas determinadas convicciones

¹⁰⁵ Pintore, A. “Derechos Insaciables”, ob cit. p. 346

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 365. La cursiva me pertenece.

¹⁰⁷ Ferrajoli, L. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob cit. p. 355. En el mismo sentido Garzón Valdés partiendo del carácter instrumental de los sistemas políticos, donde el valor de la democracia dependerá del fin que se proponga y de la valoración de la calidad de ese fin. Afirma: “si en el procedimiento democrático se permite el ejercicio irrestricto de la autonomía individual, no podemos realizar los valores de una democracia liberal” por lo que se requieren restricciones institucionales externas inmunes a las motivaciones subjetivas, como es el coto vedado. Garzón Valdés, E. “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, ob. cit. p. 12

¹⁰⁸ Ferrajoli, L. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob cit. p. 355

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 369

¹¹⁰ Ferrajoli, L. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, ob cit. p. 28

político-éticas y discrimina a las que se oponen a aquellas, genera una “totalidad” excluyente. Como bien apunta Böckenförde, la libertad así ya no es garantizada de forma incondicionada, sino solo la que cabe dentro del sistema de valores reconocidos en la constitución: quien se sitúa fuera del sistema de valores, deja de tener derecho a la libertad política. Esto diluye la estructura tradicional del Estado de Derecho e inicia una tensión en relación con el sentido fundamental que tenía la garantía de la libertad en el concepto originario del mismo¹¹¹. Retomando las discusiones que se esbozaron en torno al paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, considero que pensar hoy en un modelo superador, tendría más que ver con intentar una ampliación de la participación y de la ciudadanía en la deliberación y formación de la voluntad colectiva¹¹², que con lo contrario: la exclusión paternalista de la ciudadanía de ciertos temas claves, perdiendo en autonomía y en deliberación y trasladando la decisión última de estos asuntos, hacia una elite judicial. Esto, a su vez, no puede más que generar la despolitización de la sociedad que, confiada en la seguridad de sus derechos constitucionalizados, deja a sus sujetos carentes de todo poder que no sea la acotada intervención electoral, e incapaces de resistir y salvaguardar sus intereses por sí¹¹³.

Además esta distinción que Ferrajoli realiza entre derechos primarios de libertad y secundarios de autonomía me genera algunas dudas extras: en tanto y en cuanto ambos tipos de derechos son fundamentales -más allá que unos sean calificados de primarios y otros de secundarios- entran dentro del *ámbito de lo indecible*¹¹⁴. Pero, si los derechos de autonomía son de hecho (o pueden ser) limitados por los derechos de libertad, esa limitación: ¿quién la realiza? ¿Hasta qué punto los conflictos que se aceptan entre derechos primarios y secundarios, que darán lugar a decisiones –entendiendo- judiciales, siguen haciendo de los derechos indecibles? Dos cosas quisiera señalar al respecto:

¹¹¹ Böckenförde, E.W. *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 41 con cita al Tribunal Constitucional Alemán.

¹¹² Para indagar sobre las condiciones necesarias en este sentido, ver Gargarella, R. “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Elster, J. *La Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 323 y ss.

¹¹³ Lema Añón, C. “Transformaciones del Estado de Derecho contemporáneo”, en Slavin, P. y F. Bariffi, *Estado, Democracia y Derechos Humanos*. Suárez-UNMP, Mar del Plata, 2009, pp. 113-154

¹¹⁴ Los derechos políticos (de autonomía) entrarían según Bovero en el ámbito de “lo indecible *que*”, aunque advierte el autor que en el texto *Principia iuris*, Ferrajoli muestra incertidumbres en este punto, ya que la inclusión de los derechos políticos en este hemisferio, junto a los derechos de libertad, no siempre es mencionada explícitamente. Bovero, M. “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 224

Una tiene que ver con la prioridad que Ferrajoli otorga a los derechos de libertad por sobre los de autonomía, lo que no parece ser un asunto de lógica teórica sino más bien una opción por una determinada ideología política. Ésta puede ser más o menos compatible, pero no deja de ser una opción.

La otra cuestión surge de contestar las preguntas enunciadas, y es que no es que los derechos sean indecibles, sino que son indecibles para la mayoría pero decibles para los jueces en caso de conflicto. O sea, la terminología del concepto teórico resulta equívoca, en tanto no crea –como pretende– mayor seguridad para los derechos fundamentales al colocarlos fuera de la discusión política, lo que genera es que la decisión, en caso de conflicto, esté en otras manos, en la élite judicial, pero que sigan siendo decibles¹¹⁵. En este sentido Bayón explica: “La idea de que no es legítimo usar el ‘derecho de autonomía pública’ para decidir acerca de los derechos fundamentales, simplemente porque puede producir decisiones que los vulneren y su vulneración es injustificable, olvida precisamente que las decisiones son inevitables y que el hecho de que uno de los procedimientos de decisión posibles sea falible no puede ser *por sí solo* una razón suficiente para descartarlo cuando todos los demás también lo son”¹¹⁶. Esto nos conecta con nuestro último problema:

6.3.- La legitimidad del poder judicial como detentador de la última palabra institucional.

Un último problema que se advierte en el modelo institucional adscripto por Ferrajoli es el de la legitimidad del poder judicial como ostentador de la última palabra en cuestiones de trascendencia constitucional. Para Ferrajoli, un fenómeno común a las democracias avanzadas es la expansión creciente del papel de la jurisdicción¹¹⁷, pues para él, si entendemos la democracia en sentido “sustancial”

¹¹⁵ En este punto resulta importante mencionar, aunque por cuestiones de espacio no abordaré, el llamado de atención que nos realiza Greppi sobre la cuestión políticamente relevante de saber hasta dónde alcanza la claridad del lenguaje legal y dónde situamos la responsabilidad de su interpretación. Según este autor, Ferrajoli apuesta por la opción más exigente cuando reclama la ausencia de conflictos *relevantes* entre derechos. En este sentido, la formalización de los derechos implica el ideal de su *despolitización interna*. La práctica de los derechos pierde así el contacto con la esfera en que se ejerce nuestra capacidad de autodeterminación. Pero para ello habría que demostrar que no hay margen alguno de discrecionalidad interpretativa. Greppi, A. “Democracia como valor, como ideal y como método”, ob. cit. p. 354

¹¹⁶ Bayón, J.C. “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón, J. R. De Páramo, F. Laporta, y L. Prieto Sanchís (coordinadores) *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 92

¹¹⁷ Ferrajoli, L. *Democracia y Garantismo*, ob. cit. p. 208

relativa a *qué cosa* no es lícito decidir (o no decidir) a ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, el papel del juez es complementario de la democracia política¹¹⁸.

En este sentido, nos dice el autor que, por el hecho de dedicarse a la custodia de las garantías, el poder judicial gana plena legitimidad democrática. "La actividad jurisdiccional es una actividad tendencialmente cognoscitiva además de práctica y prescriptiva [...] Esta naturaleza de la jurisdicción es por sí sola suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar la independencia respecto a cualquier poder representativo de la mayoría". Y agrega: "precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Por eso, [...] porque los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Dworkin, son derechos contra la mayoría, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente contra la mayoría"¹¹⁹.

Pero, como bien advierten otros autores: "Que los jueces tengan algo que decir en materia de control de derechos [...] no quiere decir que deban tener la exclusiva y ni siquiera la última palabra sobre la cuestión"¹²⁰ y en este sentido "Ferrajoli no afronta directamente la fundamentación de la justicia constitucional"¹²¹. Es que aceptar la afirmación de Ferrajoli supone en el juez una tarea únicamente cognitiva, es decir, la realización de un mero silogismo sin que entre en juego la posibilidad de diferentes interpretaciones o conflicto de derechos. Mucho cabría decir al respecto, pero no es este el espacio.

Bayón, apoyándose en Waldron, desconfía de la solución institucional que ofrece Ferrajoli y nos dice: "el constitucionalismo no consistiría –como suele decirse– en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una *combinación de procedimientos*, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros. [...] El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso meramente *la mayoría* de sus miembros– establezca que es el

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 212

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 214

¹²⁰ Pisarello, G. "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?", 2001, p. 7 (Extraído el 15 de febrero de 2009 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=174864>)

¹²¹ *Ídem*

contenido de esos derechos: porque, por discutibles que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material. Toda regla de decisión colectiva última, so pena de incurrir en regreso al infinito, tiene que ser *estrictamente procedimental*¹²². Entonces, como a través de cualquiera de ellas es posible tomar válidamente decisiones con cualquier contenido, lo que equivale a decir que todas son *falibles*¹²³, para elegir una entre éstas, será necesario una fundamentación bastante más profunda. Con palabras de Waldron, en “una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad (entendido como igual status moral e igual capacidad de cada uno) la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (cuyos miembros también está divididos por desacuerdos profundos, y que también deciden a través de la regla mayoritaria) parece un insulto”¹²⁴.

En suma, no parece que una teoría renovada de la democracia constitucional pueda ser construida de espaldas al hecho de que las concreciones positivas de los derechos y sus interpretaciones son falibles, y que donde hay márgenes de error también hay espacio para la opinión y el cambio. “Es [justamente] en los márgenes de error donde se hace patente una demanda de legitimidad que no puede ser satisfecha más que apelando a la voluntad soberana del pueblo”¹²⁵.

7.- Conclusión.

La teoría del derecho de Ferrajoli, que propicia la rigidez de las constituciones, con catálogos de derechos universales e inmutables y estricto control de constitucionalidad de las leyes en manos del poder judicial, proyecta en nuestras democracias constitucionales estructuras institucionales con unas consecuencias que merecen ser advertidas, justificadas y repensadas. Este estudio, incluso desde la propia teoría, no puede no ser crítico, pues es el mismo concepto de democracia el que está en juego.

Así resulta importante indagar en los fundamentos que sostienen la teoría y advertir las posibilidades que ésta puede abrir (o cerrar) en la aplicación práctica, para evaluar su plausibilidad. Básicamente lo que se advirtió a través de estas páginas, es que no se debe pasar por alto la tensión generada entre constitución y

¹²² Bayón, J.C. “Derechos, Democracia y Constitución”, ob cit. p. 217

¹²³ *Ibidem*, p.218

¹²⁴ Waldron, J. *Derecho y desacuerdos*, ob cit. p. 23

¹²⁵ Greppi, A. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 40 y 41

democracia -si entendemos esta última como forma de gobierno que respeta la igual autonomía de las personas para la toma de decisiones, a través de la participación y la regla de las mayorías-.

Esta tensión es negada por Ferrajoli (como también en general por los neoconstitucionalistas), para quien el propio ideal democrático -rectamente entendido- es el fundamento para el establecimiento de una *esfera de lo indecible* y por tanto, para la limitación del poder de la mayoría. Así, cuando se restringe el poder de la mayoría para impedir que sus decisiones menoscaben los derechos fundamentales, el ideal democrático no sufriría daño alguno: al contrario, lo que se estaría haciendo es proteger a la democracia de lo que puede ser una seria amenaza para ella. Y no sólo no habría tensión, sino que el Estado Constitucional resultaría ser precisamente "la juridificación de la democracia"¹²⁶.

Pero tras esa afirmación se hallan enormes problemas de justificación. Sobre todo he querido destacar la desconfianza que significa hacia las capacidades morales de las personas en la determinación y defensa de sus derechos. Así, en una lógica paternalista, se expulsa del ámbito de influencia de los individuos los temas que resultan ser más importantes para el desarrollo de sus vidas y de la vida en común y se los pone en manos de una élite (los jueces constitucionales), tan falible en sus decisiones como las propias mayorías. Es que pareciera que el contenido de la *esfera de lo indecible* fuera un asunto extra-político, no susceptible de desacuerdos, cuando, por el contrario, su determinación ha sido precisamente realizada *a través de la política* y es a través de ella que cabe la deliberación y la lucha permanente por la asignación de sentido.

Para terminar con palabras de Pisarello: "la retórica de los derechos como 'triumfos frente a la mayoría', popularizada por Dworkin y recogida por Ferrajoli, puede en un momento concreto, operar como un arma efectiva de los más débiles contra los más poderosos. Sin embargo, de no activar e involucrar a esferas sociales más amplias, que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, sólo podría dar lugar a victorias pírricas, fácilmente reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional. Y no se trata únicamente de una cuestión de eficacia sino también de legitimidad. Y es que sólo un amplio proceso deliberativo impulsado desde abajo, con la presencia de los propios colectivos interesados, podría propiciar un esquema de derechos fundamentales no sólo *para* los 'sin derechos' sino *con* los 'sin derechos'. Es decir no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas y por lo tanto revocables,

¹²⁶ Bayón, J.C. "Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", ob.cit. p. 84 y 75

que conciban a los destinatarios de los derechos antes como objetos que como sujetos de las políticas públicas, sino apropiaciones plurales y auto-conscientes de la defensa e interpretación de los derechos fundamentales”¹²⁷.

Sólo hace falta ver las realidades actuales para notar que estamos lejos de haber alcanzado un sistema ideal donde todas las personas encuentran satisfechos sus derechos y realizados sus planes de vida. El punto de atención debe estar entonces en lo que ha permanecido (permanece) fuera de la teoría que lo describe. Es decir, en cómo se resolverán aquellas reclamaciones por nuevos derechos, que exigen nuevas interpretaciones de la constitución o lisa y llanamente, chocan con ésta y requieren de la reforma de algunos de los principios que se tenían como inmutables. Si no construimos sistemas institucionales que dejen canales de expresión para el disenso, terminará resultando moralmente justificada la desobediencia al derecho, que habrá marcado una brecha entre quienes comparten el modelo “racional” implantado y están en él, y quienes, quedando fuera, no tienen vías para la discusión y defensa de sus intereses, por lo que lo encontrarán ilegítimo. Esa lógica binaria, no puede ser buena en sociedades que se entienden comprometidas con los derechos de todas y todos como iguales. Tampoco en un mundo cada vez más integrado que aspira a la universalidad de los mismos. Son muchos los desafíos que están abiertos y enfrentarlos implicará debatir sobre la justicia, el fundamento mismo de los derechos humanos y sobre la democracia. Seguramente también implica asumir riesgos y responsabilidades, pero considero que la peor alternativa es ignorarlos.

¹²⁷ Pisarello, G. “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, ob cit. p. 9