



## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Rafael Enrique AGUILERA PORTALES\*

Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría del garantismo*. III. *Estructura y naturaleza de los derechos fundamentales en la teoría garantista*. IV. *Revisión crítica de la propuesta garantista*. V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Actualmente el modelo garantista de Luigi Ferrajoli es una de las propuestas más ambiciosas en la cultura jurídica europea en materia de derechos fundamentales. En torno a la obra de este maestro italiano giran un sinnúmero de debates entre los teóricos y filósofos del derecho.<sup>1</sup> El propósito del presente estudio consiste en presen-

\* Profesor de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

\*\* Profesor de Derechos fundamentales en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

<sup>1</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998; *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004; *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004; *Principia iuris (Teoria del diritto e della democrazia)*, vol. 1: *Teoria del diritto*, Roma, Laterza, 2007; *Principia iuris (Teoria del diritto e de-*

tar la estructura del modelo garantista de derechos fundamentales. En la primera parte analizaremos el concepto de derechos y su interrelación con la democracia constitucional, propuesta por el profesor florentino.

En la segunda parte se abordará la cuestión relacionada con la fundamentación de los derechos fundamentales, a partir del proyecto ferrajoliano. En esta parte se analizarán las críticas que han sido lanzadas en contra de la propuesta garantista, así como las respuestas que ha dado a sus críticos desde la teoría del derecho, la filosofía política y la filosofía de la justicia. En este punto, desde el plano de la filosofía política y la teoría del derecho, mostraremos nuestros puntos de discrepancia en relación con ciertas percepciones y concepciones filosófico-políticas que, a nuestro parecer, resultan un tanto erróneas y alejadas de las corrientes contemporáneas, tales como la metáfora de la Constitución como pacto social hobbesiano, así como una visión o concepción rígida de la misma a través de reglas, en lugar de principios.

## II. TEORÍA DEL GARANTISMO

El tránsito del Estado liberal hacia el Estado constitucional supone una progresiva evolución de las generaciones de derechos humanos. En primer lugar surgieron los derechos civiles y políticos, es decir, los derechos reconocidos en las revoluciones liberales.<sup>2</sup> En segundo lugar, corresponde al Estado social la conquista histórica de los derechos de segunda generación, como

*lla democrazia*), vol. 2: *Teoria della democrazia*, Roma, Laterza, 2007; *Principia iuris* (*Teoria del diritto e della democrazia*), vol. 3: *La sintassi del diritto*, Roma, Laterza, 2007; Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008; Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (comps.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005; Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005. Entre otras obras colectivas y artículos en revistas de ciencia jurídica y política.

<sup>2</sup> Véase Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales: el derecho como ley y el derecho subjetivo”, en Peces-

los derechos económicos, sociales y culturales, acaecidos fundamentalmente durante la Revolución Industrial del siglo XIX.<sup>3</sup> El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de tercera generación, expresa la última fase de conquista de derechos más novedosos y plurales de nuestra sociedad actual, tales como el derecho a un medio ambiente saludable, el derecho a la libertad informática (que tuvo su origen durante la última revolución tecnológica o digital) y los derechos colectivos, entre otros más.<sup>4</sup> En este contexto histórico o de descubrimiento de los derechos fundamentales es donde se sitúa de forma general el origen de la *teoría garantista ferrajoliana*.

El eminente filósofo del derecho, en su obra *Derechos y garantías: la ley del más débil*, postula la función del derecho como un *sistema artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, elabora el *modelo garantista* de derechos mediante el cual postula un cambio estructural en la aplicación del derecho y la concepción de la democracia, que se traduce en el imperativo jurídico de la sujeción de toda forma de poder al derecho, tanto en el plano de procedimiento como —he aquí la trascendencia de su argumento— en el contenido de sus decisiones. Luigi Ferrajoli inicia su argumentación en esta obra, reconociendo una fuerte *crisis*, la cual se ve reflejada en una *crisis de legalidad*, *crisis del Estado social* y *crisis del Estado-nación*. Este complejo fenómeno ha desencadenado en una grave crisis de la democracia. Ante esta situación postula el *sistema garantista*, el cual surge para remediar el caos normativo, la proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los

Barba M., Gregorio *et al.* (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, cap. I, vol. I, t. I, pp. 225 y ss.

<sup>3</sup> Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001; Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.

<sup>4</sup> Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2005.

derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual. De esta forma, el garantismo se presenta en tres planos:<sup>5</sup>

- 1) *Nuevo modelo normativo del derecho*. Se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe los derechos fundamentales como límites, a través de los cuales se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes. Con ello propone una reestructuración de la democracia, desglosada en dos dimensiones claras y distintas: democracia formal (relacionada con el procedimiento de toma de decisiones) y democracia sustancial (relativa a los derechos fundamentales).
- 2) *Teoría del derecho y crítica del derecho*. El proceso histórico de positivización de los derechos responde al paradigma o modelo tradicional de positivismo jurídico. Sin duda alguna, éste ha sido un referente claro de influencia y continuidad en su visión del garantismo jurídico. La positivación de los derechos fundamentales ha vivido sucesivas etapas históricas, una de ellas ha sido la creación del Estado liberal de derecho que brindó en su momento seguridad jurídica a los ciudadanos. En este sentido, Ferrajoli parte inicialmente de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas<sup>6</sup> y propone una modalidad de iuspositivismo crítico frente al iuspositivismo dogmático tradicional.

<sup>5</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 868-880.

<sup>6</sup> Como es de suponer, el maestro de Ferrajoli, Norberto Bobbio, influirá de manera decisiva en esta muy conocida concepción de la teoría del derecho como método, como teoría y como valor. El primer aspecto se relaciona con el método para alcanzar determinado fin; el segundo derivará de un juicio de veracidad o falsedad, en cuanto pretende verificar la correspondencia entre la teoría y la realidad; por último, de la concepción valorativa se deduce si una norma es buena o mala (justa o injusta). Cfr. Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1998, p. 239. De esta visión surge el triple orden de problemas de la norma jurídica: *la justicia, la validez y la eficacia*. Véase Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1998, p. 33.

Por una parte, el iuspositivismo dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, ya que se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. En el marco de esta corriente, el juez se convierte en un autómatas de la ley a través de una aplicación lógico-deductiva, pero carente de razonamiento jurídico amplio y sustancial. En sentido contrario, el iuspositivismo crítico invita al juez no solamente a emitir juicios de validez de las normas jurídicas sino, aún más, a dotar y ampliar el contenido sustancial de las mismas leyes ante la existencia de lagunas, dilemas y antinomias jurídicas, evitando la arbitrariedad y procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emita.

Esta propuesta se encuentra íntimamente vinculada al movimiento ideológico al cual ha pertenecido la *Escuela analítica italiana* (Escuela de Turín), y sucesor en cierto aspecto de las ideas jurídicas de su maestro y fundador Norberto Bobbio. La principal finalidad que retoma esta Escuela se centró básicamente en la búsqueda de la conciliación entre la filosofía jurídica y la práctica judicial, que por mucho tiempo han permanecido aisladas una de la otra.<sup>7</sup> La influencia recibida de parte de la filosofía jurídica analítica<sup>8</sup> provino, además de este destacado politólogo, de otros tantos pensadores de gran relevancia como

<sup>7</sup> La interacción entre estas dos concepciones exigía que “los filósofos aprendieran de la escuela de los juristas y viceversa, que los primeros se ofrecieran a actuar y experimentasen, y que los segundos adoptasen los métodos de análisis lingüístico y de la lógica en la construcción de los conceptos y teorías, así como en el planteamiento y solución de los problemas jurídicos concretos”. Cfr. Ferrajoli, Luigi, “La filosofía analítica”, *El garantismo y la filosofía del derecho*, cit., pp. 29 y ss.

<sup>8</sup> En este sentido, “la filosofía analítica se utiliza para designar la reflexión filosófica como análisis del lenguaje y, en particular, en lo que se refiere a la filosofía del derecho, de los lenguajes jurídicos (del derecho y sobre el derecho), también las aproximaciones metodológicas propias del empirismo lógico y de la filosofía de la ciencia”. *Ibidem*, p. 23.

Uberto Scarpelli,<sup>9</sup> Giovanni Tarello,<sup>10</sup> Giacomo Gavazzi y Mario Jori. Desde este contexto histórico, la teoría garantista tiene la finalidad o pretende realizar un riguroso análisis del lenguaje normativo dentro del universo del discurso de la dogmática jurídica y la teoría del derecho.<sup>11</sup>

- 3) *Filosofía político-jurídica*. El garantismo como doctrina filosófico-política permite la crítica de las instituciones jurídico-positivas, siguiendo el criterio de la clásica y rígida separación (propia del positivismo) entre derecho y moral o entre validez y justicia.<sup>12</sup> Además, retoma los conceptos sobre las doctrinas *autopoyéticas* y *heteropoyéticas* de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos. Para las doctrinas autopoyéticas, el Estado es un *fin* y encarna valores ético-políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse los derechos. Por otra parte, según las doctrinas *heteropoyéticas*, el Estado es considerado un medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ile-

<sup>9</sup> Uberto Scarpelli es un autor significativo del cual Ferrajoli retoma los estudios de análisis del lenguaje jurídico, de semántica del lenguaje normativo y de metodología de la ciencia jurídica.

<sup>10</sup> La influencia de Giovanni Tarello tiene que ver con la concepción de las normas jurídicas no como objeto preexistente, sino el producto (opinable y mutable) de la interpretación y las manipulaciones de los juristas. *Ibidem*, p. 30. Véase Guastini, Riccardo, "Tarello: la filosofía del derecho como metajurisprudencia", *Distiguendo (estudios de teoría y metateoría del derecho)*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 29-45.

<sup>11</sup> Ferrajoli entiende el universo del discurso como "el conjunto de cosas y/o experiencias de las cuales la (o una determinada) teoría del derecho habla" y por dogmática jurídica "el conjunto de los conceptos y de los enunciados dedicados a la clarificación del sentido de las normas, elaborados y a la vez verificables o refutables mediante el análisis del lenguaje legal, formulado en un lenguaje metalingüístico respecto de éste y que de él extrae dogmáticamente sus propias reglas de uso". *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, "La semántica de la teoría del derecho", *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, pp. 17 y 52.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 880.

gítimo si no los garantiza.<sup>13</sup> El garantismo entonces, desde un plano filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De esta manera, la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.<sup>14</sup>

### III. ESTRUCTURA Y NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA GARANTISTA

Ubicado claramente en la tradición analítica, Ferrajoli propone una nueva concepción de *democracia constitucional*, partiendo de dos divisiones: *democracia formal* y *democracia sustancial*. La primera está relacionada con la manera en que se toman las decisiones políticas y la segunda está ligada al respeto y protección de los derechos fundamentales. El propósito principal del sistema garantista es dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos se configuran

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 881. Para Niklas Luhman los sistemas sociales nacen en las sociedades complejas con la función de reducir su complejidad; su propia existencia obedece a la imposibilidad de un consenso fáctico entre los individuos, como mecanismo de orientación social. Luhman cree que la tradición de pensamiento socioevolutivo de los siglos XVIII y XIX ha sido superada por las sociedades posindustriales, en los que la integración ya no discurre por cauces de integración social (Habermas), sino sólo por cauces de integración sistémica. Véase Luhman, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trad. de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Barcelona, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Paidós, 1990. Véase, del mismo autor, *Teoría de los sistemas sociales*, México, Universidad Iberoamericana, 1998; *La ciencia de la sociedad*, trad. de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura, Barcelona-Guadalajara, México, Anthropos, Universidad Iberoamericana ITESO, 1996; *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara-Universidad Iberoamericana ITESO, 1993; *Sistemas sociales*, México-Barcelona, Anthropos, 1998.

<sup>14</sup> *Cfr.* Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp. 880-892.

como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política. En este tenor, existen los vínculos negativos generados por el derecho a la libertad, que ninguna mayoría o poder puede violar, y por otro lado están los vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; éstos forman la esfera de *lo decidible e indecidible*, actuando como factores de legitimación social del Estado constitucional, de acuerdo con el grado de cumplimiento de los mismos.

### 1. *La conexión entre los derechos fundamentales y la democracia sustancial*

Los modelos iusfilosóficos clásicos que han tratado de explicar el concepto, fundamento y evolución de los derechos fundamentales han sido el iusnaturalismo y el iuspositivismo.<sup>15</sup> Debemos apuntar que el modelo garantista tiene una gran influencia del neopositivismo. Bajo este contexto, los derechos fundamentales son definidos por el maestro de la siguiente forma:

...derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Véase Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965. La postura de Bobbio respecto al derecho natural es más moderada y comprensiva que la de Hans Kelsen o Alf Ross, quienes tienen agudas y contundentes críticas hacia esta filosofía del derecho natural. Véase Kelsen, H., *Crítica del derecho natural*, introducción y traducción de E. Díaz, Madrid, Taurus, 1966.

<sup>16</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.



La definición expuesta tiene las características siguientes, según el profesor italiano:

- 1) *Teórica*, porque no está basada conforme a normas de ningún ordenamiento concreto.
- 2) *Formal o estructural*, prescinde de la naturaleza de los intereses y necesidades tuteladas, mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se fundamenta únicamente en el carácter universal que se le otorga.
- 3) *Neutralidad*, debido a que la anterior definición puede ser válida para cualquier sistema o filosofía política, ya sea iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática.<sup>17</sup>

En cuanto a la concepción y justificación del concepto antes aludido, el iuspublicista de la Universidad de Roma justifica y conceptualiza los derechos fundamentales, basado en cuatro tesis que es importante analizar.

A. *Primera tesis: la diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales*

El profesor florentino ha denunciado el carácter de los derechos patrimoniales como derechos fundamentales. Mientras que estos últimos son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.<sup>18</sup> Estos últimos son producto de la filosofía iusnaturalista, propia del contractualismo liberal, basada en la filosofía del liberalismo político, cuyo máximo exponente fue John Locke.

Conforme al pensamiento del filósofo inglés, el derecho a la propiedad privada era considerado un derecho fundamental que

<sup>17</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 19-21.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 31.

se basaba en el esfuerzo y el trabajo del ser humano sobre la naturaleza. El descubrimiento de vastos territorios en América del Norte ayudó a la tesis de fusionar el sentimiento de propiedad como un derecho no enajenable. Incluso en sus tratados, el filósofo inglés emplea frecuentemente la palabra *property* donde quiere significar un derecho natural como derecho básico y sumamente importante dentro de los derechos naturales de *igualdad, vida y libertad*.<sup>19</sup>

El liberalismo político de John Locke mezcló ambas categorías de derechos patrimoniales y fundamentales, figuras entre sí heterogéneas como los derechos de libertad y los derechos de propiedad, fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y civil-romanista. Una yuxtaposición que ha condicionado nuestra teoría de los derechos en su totalidad hasta nuestros días, y nuestra actual concepción de Estado de derecho. Ferrajoli ha denunciado esta confusión o yuxtaposición como grave equívoco teórico histórico, responsable de posteriores operaciones políticas del siglo XIX y XX que llevan a equiparar al mismo nivel, dentro de la tradición liberal, el derecho de propiedad con los de libertad y, a la inversa, en la tradición marxista, el descrédito y desvaloración de las libertades.

Con esta distinción fundamental Ferrajoli cuestiona y pone en entredicho la tradición del liberalismo político que equipara ambos tipos de derechos. Para nuestro autor, los derechos fundamentales son concebidos como *normas*, mientras los derechos patrimoniales son predispuestos como *normas o actuaciones concretas*. Esta diferencia sutil y enormemente significativa otorga primacía a los derechos fundamentales sobre los patrimoniales a la hora de comprender la estructura interna del Estado constitucional.

<sup>19</sup> Cfr. Sabine, George, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 388; Locke, John, *Concerning Civil Government*, Second Essay, 2a. ed., Estados Unidos, Great Books, Encyclopedia Britannic, caps. IX y XI, Inc. V. 33, 1996, pp. 4 y ss. Véase Fernández García, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, *La filosofía de los derechos humanos*, cap. VI, vol. II, t. II: *Siglo XVII*, en Peces-Barba M., Gregorio (coord.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 21.

## B. Segunda tesis: la democracia sustancial

Existe un consenso generalizado sobre la definición formal de democracia como “un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos”.<sup>20</sup> Esta visión resulta ser una concepción dominante y unánime en la filosofía política en autores como Kelsen, Bobbio, Schumpeter y Dahl. El iusfilósofo italiano ha criticado severamente esta noción por considerarla una concepción meramente *procedimental o formal*. Estos autores resaltan el carácter procedimental de la democracia como aseguradora de resultados políticos concretos. Su carácter procedimental y formal radica en una estrecha semejanza entre democracia (*sistema político*) y mercado (*sistema económico*). La pregunta acerca de quiénes gobernarán constituye de esta forma la cuestión fundamental que resuelve la democracia representativa, siempre en busca de la opinión de los ciudadanos. Según este modelo, la democracia no es más que un conjunto de reglas procedimentales para la toma de decisiones colectivas, por lo que el cometido de los ciudadanos se reduce y agota en periódicas intervenciones electorales.

Desde esta visión economicista de democracia, podemos decir que estos autores nos enmascaran con falsas legitimaciones el modelo de democracia realmente existente. Bajo este argumento se legitiman los sistemas políticos occidentales en cuanto a un modelo de democracia competitiva de mercado que cumple condiciones de realismo, pragmatismo y eficacia. Quizá lo único contradictorio y paradójico es que continúe denominándose modelo “democrático” cuando se trata simple y llanamente de “mercado electoral”. Ferrajoli es consciente de cómo este modelo puramente procedimental está en crisis, por lo cual propone

<sup>20</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 24. También pueden consultarse las obras de Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2003; Schumpeter, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper, 1942, p. 269.

un rediseño del actual modelo con su concepción de democracia sustancial.

Desde esta perspectiva, el autor florentino rediseña una estructura que propone dos dimensiones: la *democracia formal* (previamente analizada), y la denominada *democracia sustancial*, que consiste en normas que vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y demás principios axiológicos establecidos en ellas.<sup>21</sup> En este sentido, la democracia formal significará quién está legitimado para decidir, mientras que la democracia sustancial se relaciona con lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo decidir. La dimensión sustancial viene a limitar el poder de dos maneras: *garantizando los derechos de libertad* y *protegiendo los derechos sociales*. El objetivo prioritario de Ferrajoli es la búsqueda de elementos garantistas, pues de este modo la democracia sustancial viene a *completar, controlar y limitar el poder de la democracia formal*.

Es inevitable señalar que, en la actualidad, el Estado moderno sufre una crisis sistémica,<sup>22</sup> la cual ha sido desarrollada a partir de dos vertientes por el autor florentino como una *crisis del Estado y la razón jurídica*: “una crisis de legalidad que permea a través de un sistema de corrupción en la administración pública, una crisis del Estado social y una crisis del Estado nacional, don-

<sup>21</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 864-867.

<sup>22</sup> Ferrajoli retoma el concepto de *crisis sistémica* elaborada por Jürgen Habermas durante los años setenta. Al respecto, el destacado miembro de la Escuela de Frankfurt señalaba que en nuestros sistemas capitalistas: “las crisis se presentan en la *forma* de problemas económicos de autogobierno no resueltos. Las situaciones de peligro para la integración sistémica son amenazas directas a la integración social... de ello, las tendencias a las específicas crisis del sistema: económica, de racionalidad, legitimación y motivación”. Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1999, pp. 55 y 87. Véase Macarthy, Thomas, *La teoría crítica social de Habermas*, Madrid, Tecnos, 1978. Analizando posteriormente los problemas derivados del crecimiento en el capitalismo tardío, que no son “fenómenos de crisis específicos de sistema”, se refiere a la ruptura de equilibrio ecológico, a la quiebra de los requisitos de congruencia del sistema de la personalidad (alienación) y a la carga explosiva de relaciones internacionales, con los peligros de autodestrucción del sistema mundial que éstos conllevan.

de las decisiones en materia militar, política monetaria y políticas sociales son transferidas a los organismos internacionales no regidos por principios democráticos”.<sup>23</sup>

En este contexto surge el paradigma de la *democracia constitucional*, que está definitivamente ligado a la idea de *contrato social*. Según Ferrajoli, dicho pacto es una metáfora de la democracia política porque alude a un consenso de los contratantes, pero también es una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato cuenta con cláusulas, consistentes en la tutela de los derechos fundamentales,<sup>24</sup> con las que el soberano complementa la legitimación formal o política. De esta manera, el paradigma garantista mantiene la incorporación de los vínculos sustanciales, no importando que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos.

En cuanto a la metáfora del *contrato social* y su relación con la democracia sustancial ideada por el maestro, existen opiniones encontradas en el sentido del fortalecimiento de la democracia participativa y una ciudadanía activa que sea el eje rector de una nueva generación de la sociedad civil y política. Por ejemplo, Habermas sostiene una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente de todo país democrático, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de este procedimiento discursivo y asambleario, y optaría por una salida de pacto constitucional hobbesiano, siguiendo la tradición positivista instaurada por el filósofo inglés. Sin duda, piensa el gran filósofo alemán que el déficit democrático no se va a eliminar por medio de una “reducción estatista” del problema, sino que más bien lo agudizaría. Este tipo de urgencias legislativas o de reforma estatal no solucionan realmente el problema de legitimación democrática y social del Estado de derecho, sino que parchea una realidad troncada. Por eso, “hasta el momento faltan los presupuestos reales para una

<sup>23</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 15-20.

<sup>24</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales...*, cit., p. 38.

formación de la voluntad de los ciudadanos que esté integrada a nivel europeo”.<sup>25</sup>

### C. *Tercera tesis: naturaleza supranacional de los derechos fundamentales*

La modernidad política y jurídica occidental ha considerado siempre el concepto de ciudadanía como un concepto ligado al de derechos humanos. De tal forma, los derechos del hombre y el ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unidos y vinculados. Esta lucha y conquista de derechos que durante décadas han realizado hombres y sociedades enteras pueden verse reflejados en el reconocimiento y positivación de los derechos fundamentales, tanto a nivel nacional como internacional. La naturaleza supranacional de los derechos fundamentales tiene relación especial con la distinción que actualmente se ha ido desarrollando entre ciudadanía y persona. En su famoso ensayo *Citizenship and Social Class*, Thomas Marshall expone una tipología de derechos pertenecientes a la ciudadanía, los cuales están divididos en tres clases: derechos civiles, políticos y sociales.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Cfr. Habermas, “¿Necesita Europa una Constitución?”, *La inclusión del otro (estudios de teoría política)*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 138. Véase Aguilera Portales, Rafael, “La encrucijada de la ciudadanía constitucional europea a través del pensamiento federalista”, en Torres Estrada, Pedro, *La reforma de Estado. Experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2008.

<sup>26</sup> Cfr. Marshall, Th. H., *Ciudadanía y clase social*, trad. de Pepa Linares, Madrid, Alianza Editorial, 1998. En esta obra, Marshall define la ciudadanía como posesión de derechos y pertenencia a una comunidad. La noción marshalliana de ciudadanía se inscribe en la tradición ético-republicana que tiene como antecedentes a Aristóteles, Maquiavelo y Rousseau. La construcción de la ciudadanía ha recorrido tres etapas históricas: los derechos civiles del siglo XVIII, los derechos políticos del siglo XIX y, un último estadio, los derechos sociales en el siglo XX. Sin lugar a dudas, el movimiento ilustrado del siglo XVIII significó la conquista de la *ciudadanía civil* (derechos civiles): los derechos que promueven el imperio del derecho como el derecho a un juicio justo, acceso igualitario a la justicia, derecho de propiedad privada, las garantías de indemnización en caso de expropiación, el *habeas corpus*. El siglo XIX fue la construcción de la *ciudadanía*

Tal noción, explica Ferrajoli, ha expuesto una cierta incommensurabilidad o incomunicabilidad entre los estudios jurídicos y sociológicos en materia de “ciudadanía”, lo cual deja al derecho sin las aportaciones de los estudios filosóficos y sociológicos para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía.<sup>27</sup> En contraposición a la noción marshalliana, el iusfilósofo italiano propone una concepción de derechos supranacional desde un plano *sociojurídico e historiográfico*.<sup>28</sup> En este contexto, expone que los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad. De tal manera, propone superar esta contradicción mediante la internacionalización de los derechos fundamentales, eliminando esta distinción, al pasar del *status civitatis* al *status personae*,<sup>29</sup> ya que para él “la ciudadanía representa el último privilegio del *status*, el último factor de exclusión y de discriminación, el último residuo premoderno de la

*política*: los derechos de participación política, derechos de sufragio, de expresión, de asociación, el derecho al ejercicio del poder político, “elegir y ser elegido”. En el siglo XX se accede a la formación de la *ciudadanía social* (derechos sociales). Éstos aluden a la garantía para los ciudadanos de la titularidad de los estándares históricos, económicos y sociales de una sociedad determinada.

<sup>27</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, *Derechos y garantías...*, cit., p. 98.

<sup>28</sup> Luigi Ferrajoli plantea que se ha generado una corriente iusnaturalista y antipositivista que recorre toda la doctrina sociológica sobre la ciudadanía que resulta inadecuada para ordenamientos codificados. Estas corrientes iusnaturalistas contemporáneas llevan a ampliar indefinidamente tanto la noción de ciudadanía como el número de derechos de la ciudadanía, mientras que la positivista lleva a restringirlos por su falta de efectividad y garantías jurídicas.

<sup>29</sup> Desde un punto de vista jurídico, históricamente se ha distinguido entre *status civitatis* (ciudadanía) y *status personae* (personalidad). Hombre y ciudadano, *homme* y *citoyen*, conforman dos clases diferentes de derechos fundamentales: derechos de personalidad, que corresponden a todos los seres humanos como individuos o personas, y derechos de ciudadanía, que corresponden de forma exclusiva a los ciudadanos. Desde una visión positivista, indudablemente esta distinción puede provocar confusión.

desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”.<sup>30</sup>

En la crisis de los Estados y las comunidades nacionales que caracteriza el nuevo milenio, conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los conflictos étnicos y las enormes desigualdades entre países del norte y países del sur. En consecuencia, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión e igualdad. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía exclusivos y privilegiados a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste. De esta manera, expone:

...tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Desvincularlos de la ciudadanía significa entonces reconocer el carácter supraestatal —en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional— y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano, contradiciendo su proclamado universalismo.<sup>31</sup>

#### D. Cuarta tesis: relación entre derechos y sus garantías

En el interior de este complejo teórico, destinado a la estructura de la protección de los derechos, se encuentran las garantías primarias. Éstas se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, con las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer, las cuales podemos identificar como derechos liberales y sociales, respectivamente. Las garantías secundarias consisten en “las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad

<sup>30</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, *Derechos y garantías...*, cit., p. 117.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 97.



generadas, como efectos específicos, respectivamente, por actos ilícitos y por los actos inválidos”.<sup>32</sup>

Los derechos sociales pueden considerarse como *derechos a prestaciones en sentido estricto*, que consisten en “derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares”;<sup>33</sup> en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas, pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente.

Luigi Ferrajoli observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías, imperfecciones, e incluso de conculcación. La ciencia jurídica no ha elaborado aún formas de garantías<sup>34</sup> para los derechos sociales con eficacia y sencillez, a diferencia de las previstas para los demás derechos fundamentales como los de libertad y autonomía. Los derechos sociales imponen deberes de hacer, por lo que su violación no se manifiesta, por tanto, como en el caso de la libertad, en la falta de validez de actos que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones o en carencias de prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables. Esto se debe a que

<sup>32</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Expectativas y garantías”, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 161.

<sup>33</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2002, p. 482.

<sup>34</sup> Aunque, por una parte, algunos autores han desarrollado varios modelos complejos de protección para los derechos sociales que nos parecen muy acertados conforme a las necesidades que actualmente imperan en el actual Estado constitucional. Véase Pisarello, Gerardo, “Del Estado social legislativo al Estado social constitucional (para una protección compleja de los derechos sociales)”, *Isonomía*, México, núm. 15, octubre de 2001, pp. 81-107; “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 92, mayo-agosto de 1998, pp. 439-456; Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Garantismo (estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005, pp. 171-207.

los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costos elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar.

Las garantías primarias y secundarias tienen estrecha vinculación con la actividad denominada iuspositivismo crítico, propuesta por Ferrajoli. Esta práctica consiste en “la tarea científica del jurista de valorar la validez o invalidez de las normas conforme a parámetros tanto formales como sustanciales establecidas por normas de rango superior”.<sup>35</sup> Mientras que las lagunas deónticas son “generadas por la carencia de garantías”, las lagunas jurídicas consisten en “la carencia de los presupuestos normativos u organizativos”<sup>36</sup> para hacer efectivos los derechos.

## 2. *Fundamentación axiológica de los derechos fundamentales*

Contemporáneamente, los valores jurídicos universales que han fundamentado los derechos humanos han sido la vida, la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la fraternidad. Estos valores pueden ser vistos desde distintos enfoques debido a su enorme riqueza conceptual. En lo que respecta a su tratamiento técnico-jurídico, estos conceptos aportan un alto grado de confusión como principios fundacionales de los derechos humanos. En este tenor, podemos hablar de libertad social, política, jurídica, psicológica, metafísica, moral, libertad-autonomía (Kant), libertad-participación (Hegel), libertad-prestación (Marshall), libertad positiva o negativa (I. Berlin).

De esta manera, Ferrajoli propone una redimensión de los criterios axiológicos que fundamentan los derechos fundamentales. Entre estos valores se encuentran la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil. En el artículo “¿Qué son los

<sup>35</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 874. Véase Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 41, 2001, pp. 3-10.

<sup>36</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Expectativas y garantías...*, cit., pp. 161-165.

derechos fundamentales?” publicado en 1999, en la *Revista Teoría Política*, propone cuatro<sup>37</sup> dimensiones de la cuestión planteada:

- a) Razón o fundamento teórico.
- b) Fuente o el fundamento jurídico.
- c) Justificación o el fundamento axiológico.
- d) Origen o fundamento histórico y sociológico.

La justificación o fundamento axiológico de los derechos fundamentales se ubica en el contexto de la filosofía política o de la justicia. Para este propósito, Ferrajoli formuló a su vez cuatro *criterios* que permiten reconfigurar el fundamento axiológico de los derechos humanos:

- a) *Conexión entre derechos fundamentales e igualdad*. Este criterio está relacionado con el principio clásico de igualdad que ha sido incorporado por las distintas revoluciones liberales. También propone el establecimiento de una sociedad civil global mediante la creación del “constitucionalismo global” para establecer niveles mínimos de subsistencia a las personas habitantes de países menos privilegiados.<sup>38</sup>

Por tanto, Ferrajoli está defendiendo un concepto de igualdad material frente a la concepción liberal de igualdad formal, que resulta insuficiente en las actuales sociedades plurales, multiculturales y complejas. A este respecto, el filósofo político John Rawls presenta una teoría peculiar sobre este apartado, puesto que la tradicional contraposición entre libertad e igualdad, con todas sus interpretaciones posibles, no aclara el intento de fundamentación filosófica ni constitucional de estos derechos fundamentales.

- b) *Conexión entre derechos fundamentales y democracia*. La teoría del maestro italiano concibe a la *democracia constitucional* bajo dos ópticas: una procedimental y otra sustancial. La pri-

<sup>37</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1999, p. 314.

<sup>38</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 329-338; Lucas Verdú, P., *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensis, 1955.

mera dimensión se refiere exclusivamente a la forma mediante la cual se tomarán las decisiones en el Estado. Por otra parte, la dimensión sustancial de democracia nos habla sobre lo que es o no decidible en el marco del Estado constitucional o, dicho en términos más simples, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales.<sup>39</sup>

- c) *Conexión entre derechos fundamentales y paz*. Esta implicación y valor surge de la filosofía jurídica contractualista de Thomas Hobbes,<sup>40</sup> de quien Ferrajoli ha tomado diversos criterios para su propuesta iusfilosófica. Según Hobbes, el paso del *status naturalis* al *status civilis* se consiguió a través del pacto social, mediante el cual se transfieren todos los derechos naturales al *Leviatán*. El objetivo prioritario del

<sup>39</sup> Esta misma concepción de democracia ha sido sostenida por distintos autores bajo otros términos; por ejemplo, Norberto Bobbio se refiere a ello bajo el término de “territorio de lo inviolable”, y Carlos Garzón Valdés como “coto vedado”. Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 9, 1989, pp. 209-213. Los derechos incluidos en el coto vedado, explica el profesor argentino, son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también “necesidades básicas”, en su doble versión de naturales o derivadas. Incluso en su propuesta están incluidos los derechos de tercera generación, tal y como sucede con la propuesta ferrajoliana. Véase Bobbio, Norberto, “La regla de la mayoría: límites y aporías”, en Fernández Santillán, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 268 y 269.

<sup>40</sup> La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes. En ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de derecho. Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 137 y 142; Macpherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970; Ruiz Miguel, Alfonso, “La teoría política del optimismo obsesivo: C. B. Macpherson”, en Squella, Agustín, “Filosofía del derecho y democracia en Iberoamérica”, *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 34-35, pp. 186-214.

pacto social es alcanzar a toda costa los bienes jurídicos de seguridad y paz, pero a costa de una dejación absoluta de los derechos naturales del individuo al Estado. En este sentido, tenemos que aportar críticamente que la dialéctica entre libertad y seguridad o derechos y paz es saldada negativamente en Hobbes a favor de la paz.

- d) *El papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil*. El profesor de la Universidad de Roma ha creado una clasificación de los factores negativos que intervienen en las decisiones del Estado. Estos fenómenos han sido denominados por Ferrajoli como “micro” y “macro” poderes, públicos o privados,<sup>41</sup> creadores de desigualdades sustanciales dentro y fuera del Estado. En este sentido, estos “poderes” se ven manifestados a través de fenómenos como la criminalidad, el narcotráfico, la corrupción o el clientelismo. Para Ferrajoli, la sociedad actual se encuentra en un estado salvaje de naturaleza donde la ley del más fuerte en materia económica, política o social, impera sobre la legalidad y el Estado de derecho.<sup>42</sup>

#### IV. REVISIÓN CRÍTICA DE LA PROPUESTA GARANTISTA

Una de las principales deficiencias que desde nuestra perspectiva existen en el modelo garantista es la fuerte visión vertical de la Constitución, la cual realiza inspirándose en la metáfora de pacto social desde la perspectiva iusfilosófica de Thomas Hobbes.<sup>43</sup> Creemos que esto es desatinado, ya que la visión del

<sup>41</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 936-940. También puede consultarse al respecto: Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

<sup>42</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 316.

<sup>43</sup> Recordemos que los aportes de las distintas filosofías contractualistas se encargan de justificar la existencia de principios básicos para la convivencia y

pensador inglés dista mucho del modelo constitucional contemporáneo que pretende defender Ferrajoli, debido a que la visión hobbesiana de Estado es un claro ejemplo de pacto o contrato de sumisión y alienación a través del cual los ciudadanos hacen una dejación o delegación de sus derechos y libertades fundamentales al Estado, legitimando, contrariamente a lo pensado por Ferrajoli, al Estado absoluto.<sup>44</sup>

De esta manera, encontramos puntos de discrepancia con el autor florentino, puesto que identificar la Constitución con la idea de contrato social equivale, por una parte, a relegar el principio de autogobierno (principio de soberanía popular) y, por otra parte, convierte a las Constituciones en eternas, además de volverlas insaciables, ya que terminarían por devorar su propia fuente y fundamento.<sup>45</sup>

Ferrajoli ha respondido a estas críticas interpretando desde su peculiar punto de vista la idea de pacto constituyente, señalando que:

...lo que en realidad cuenta en el plano teórico y justifica la *imagen* del pacto constituyente no son sus contenidos contingentes normativos, sino su paradigma, en virtud del cual a los titulares

organización política. El contrato social servirá como una metáfora para comprender la organización política y de esta forma justificar la defensa de ciertos bienes como la vida, la libertad y la propiedad. Fernández García, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, *La filosofía de los derechos humanos*, cap. VI, vol. II, t. II: *Siglo XVII, Historia de los derechos fundamentales*, cit., p. 21. Véase Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, cit.

<sup>44</sup> Por otro lado, no podemos eludir que la Constitución no es sólo norma, sino cultura e integración social y ciudadana, por lo cual debemos acudir a un amplio proceso constituyente que propicie y busque el máximo consenso posible entre todos los interlocutores y afectados. Esto significa un pacto constitucional ampliamente legitimado por la sociedad civil a través del cual los ciudadanos se sientan partícipes y sujetos activos del proceso de construcción nacional.

<sup>45</sup> Cfr. Pintore, Ana, “Derechos insaciables”, *Fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 243-250.

de los derechos constitucionalmente establecidos... se les priva de la disponibilidad de los propios derechos... *por tanto*, la rigidez de las normas constitucionales con las que se establecen los derechos fundamentales los sustrae a la autonomía política ejercida mediante el voto y la elección de representantes...<sup>46</sup>

En esta dirección, la propuesta garantista queda situada en oposición a una concepción organicista y metafísica del cuerpo social que presupone un *demos*, una voluntad o consenso popular como fuente de legitimidad, además de fuente de efectividad. Aunado a esto, adopta una concepción antiilustrada, antisoberana y, en consecuencia, antidemocrática. Las Constituciones, según Ferrajoli, deben ser entendidas hobbesianamente, es decir, como pactos de convivencia necesarios para regular los conflictos, tensiones y problemas de las distintas subjetividades heterogéneas que componen una determinada sociedad. Las Constituciones son para él, en suma, meros pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y los derechos fundamentales de todos, es decir, simples instrumentos jurídicos y normativos que pretenden regular y amortiguar posibles tensiones, pero que olvidan lo más importante y significativo: lograr implicar a los ciudadanos en un Estado constitucional a través de una mayor legitimación social democrática.

El iusfilósofo insiste en que las Constituciones no siempre ni necesariamente parten del presupuesto de una esfera pública o sociedad civil bien formada, es decir, una cohesión prepolítica y una comunidad de valores, intereses y tradiciones. Nos advierte que entre la sociedad civil y la Constitución existe, en el plano fenomenológico, una interacción compleja a partir de la cual las primeras son más bien efecto que el presupuesto de la segunda. Con ello trata de combatir la idea dominante ilustrada de la teoría constitucional que concibe a las Constituciones como reflejo de una cierta homogeneidad social, que presuponen un *demos*,

<sup>46</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 349.

voluntad popular o consenso popular como fuente de su efectividad; en este sentido, consideramos que su pensamiento jurídico incurre en un déficit de legitimación democrática. El Estado, por tanto, está compuesto por ciudadanos, y la norma constitucional posibilita la integración efectiva y aglutinación de una comunidad de ciudadanos a nivel interno. El problema, desde nuestro punto de vista, es encontrar la forma de alcanzar un constitucionalismo integrador no estratégico o instrumental que al final no concluya en mero nominalismo y normativismo vacío con la consiguiente separación drástica entre Constitución formal y Constitución material.

Uno de los debates más enriquecedores que ha tenido Ferrajoli sobre la concepción de democracia es el sostenido con Michelangelo Bovero. Este último coincide con Ferrajoli acerca de la fórmula de “democracia constitucional”, la diferencia es que Bovero restringe su significado a la designación de la fórmula histórica de la democracia política, la cual está instituida y, al mismo tiempo, limitada por una Constitución rígida.<sup>47</sup>

Asimismo, argumenta que los derechos de libertad y derechos sociales que forman parte de la dimensión sustancial deben ser considerados precondiciones de la misma democracia.<sup>48</sup> Un problema que ha sido definido, según Bovero, como de gramática del concepto.<sup>49</sup> La fórmula establecida por el politólogo italiano para resolver la cuestión debería ser distinta, ya que, como bien lo afirma: “hay democracia cuando todos aquellos a los que están dirigidas las decisiones colectivas tienen igual derecho-poder de participar, directa o indirectamente, en la formulación de esas

<sup>47</sup> Cfr. Bovero, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, México, núm. 16, abril de 2002, p. 31.

<sup>48</sup> Cfr. Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en Ferrajoli”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 242.

<sup>49</sup> En ese sentido se encuentra la obra del Michelangelo Bovero denominada: *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.



decisiones”.<sup>50</sup> Ferrajoli ha respondido a esta crítica, afirmando que las normas constitucionales no predeterminan el contenido de las leyes o de los actos de gobierno, sino que sencillamente condicionan su validez, precluyendo las decisiones que sean contrarias a las mismas.<sup>51</sup>

En este mismo sentido, la crítica más aguda y corrosiva, desde el aspecto de la filosofía política y jurídica a las tesis ferrajolianas, ha sido la posición de la profesora Ana Pintore. Primeramente, la autora ha señalado que el garantismo convierte “los derechos en un instrumento insaciable, devorador de la democracia, del espacio político y... de la autonomía moral de la cual los hacemos derivar”.<sup>52</sup> En relación con el concepto de democracia sustancial, acusa al autor florentino de otorgar una solución semántica a un problema normativo.<sup>53</sup>

A lo anterior se suma la crítica de fagocitar la democracia procedimental y la discusión pública, de reducir la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y deliberación por el sistema de mayoría.<sup>54</sup> Más aún, hay quienes creen que “el pacto que funda la democracia constitucional implica la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo que queremos hacer con nuestros derechos fundamentales... implica, en cierto modo, renunciar a la democracia para abrazarnos al mástil del constitucionalismo”.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> *Cfr.* Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia...”, *op. cit.*, p. 239.

<sup>51</sup> *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos...*, *cit.*, p. 326.

<sup>52</sup> *Cfr.* Pintore, Ana, “Derechos insaciables”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 243.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>54</sup> *Cfr.* Vitale, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 71.

<sup>55</sup> *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro, “Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo...*, *cit.*, p. 442.

Ferrajoli contesta a la crítica de la “insaciabilidad de los derechos” afirmada por Pintore, manifestando que dentro de su teoría, los derechos siempre son impuestos como una obligación encomendada a la política, así como la garantía de su efectividad. Así que no puede afirmarse, como lo establece Pintore, que la autoridad, las formas y los procedimientos propios de la democracia formal y del sistema político son superfluos o aplastados por los mismos derechos dentro de la estructura garantista.<sup>56</sup>

Desde nuestra perspectiva, la acusación de insaciabilidad de los derechos y la de fagocitar la democracia no está debidamente fundamentada; pues desde la sociología jurídica podríamos afirmar, como atinadamente plasma Andrea Greppi:

...la constitucionalización del contenido sustancial de democracia sirve como baluarte defensivo contra el desmantelamiento del Estado social en una época en la que la opinión dominante busca hacerse de los ideales igualitarios, abdicando frente a la lógica de un mercado que tiende a volverse autónomo respecto de la ética y la política, desembarazándose de cualquier clase de límite normativo.<sup>57</sup>

Nuestra postura es a favor de justificar la naturaleza sustancial a la democracia. Aspiramos a realizar un Estado social y democrático de derecho, y esta fórmula de Estado constitucional responde a una evolución de la sociedad, en donde la justicia social sea un valor inherente al mismo; o como bien lo diría Ferrajoli, esos derechos no amanecieron plasmados en las Constituciones ni cayeron del cielo, son producto de luchas, conquistas y movimientos que lograron destruir paradigmas jurídicos, sociales y/o políticos, tal como ocurrió con las tres grandes revoluciones liberales, movimientos de derechos de minorías como movimientos feministas, antirracistas, etcétera. ¿O sería conveniente dejar

<sup>56</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 329.

<sup>57</sup> Cfr. Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo...*, cit., p. 346.

al arbitrio de una mayoría, de una ciudadanía inactiva, irreflexiva y pasiva, los derechos conquistados o, incluso peor, retroceder en los logros constitucionalmente alcanzados?

Respecto a este punto, Ferrajoli ha vislumbrado el paradigma de la democracia constitucional y ha propuesto su ampliación hacia tres directrices:

- 1) Garantizar todos los derechos (derechos de libertad y sociales, derechos de tercera y cuarta generación).
- 2) En oposición a todos los poderes públicos y privados (los del mercado).
- 3) En todos los niveles, estatal e internacional, se debe transitar de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona.<sup>58</sup>

Respecto a la primera cuestión, Mario Jori ha señalado que sería imposible la distribución de recursos necesarios para otorgar esas garantías materiales de todos los derechos mediante la apertura de la ciudadanía a cualquiera que lo solicitara, convirtiendo este paradigma en lo que él denomina “imperialismo de los derechos” a lo largo de toda la tierra.<sup>59</sup> Ello sin dejar de mencionar la propuesta de Ferrajoli sobre el establecimiento de cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos sociales. Viene la pregunta del maestro Pablo de Lora: “¿Podría por esa vía el juez constitucional decidir también la política impositiva?, ¿qué queda entonces al gobierno y al legislador?”.<sup>60</sup> Existe aún en nuestras sociedades un peligro al denominado *gobierno de jueces*. Y es lógica tal preocupación en el contexto de este nuevo constitucionalismo, donde el juez se convierte en el principal actor de las decisiones y el eje principal para la estabilidad del Estado de derecho.

<sup>58</sup> Cfr. Ferrajoli, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional*, cit., p. 277.

<sup>59</sup> Cfr. Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 132 y 137.

<sup>60</sup> Cfr. Lora, Pablo de, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo...*, cit., p. 259.

En lo que respecta a la ampliación del paradigma embrionario del constitucionalismo de derecho privado propuesto por Ferrajoli, existe desde hace décadas en la jurisprudencia alemana y española (con inspiración de aquélla) la teoría horizontal de los derechos fundamentales (*drittwirkung der grundrechte*);<sup>61</sup> de esta manera, este “paradigma” propuesto por Ferrajoli es factible gracias a la labor del jurista mediante esta vía de interpretación de los derechos fundamentales.

El tercer punto de la universalidad a nivel global de los derechos fundamentales ha sido ampliamente respondido por sus críticos. Ya que para algunos,

...una estructura de poder global estaría, en la actualidad, inevitablemente destinada a reprimir las diferencias culturales del planeta, a penalizar a los sujetos más débiles y a reducir drásticamente la complejidad de las estructuras políticas intermedias... provocaría, muy probablemente, reacciones más intensas del terrorismo internacional contra los países industriales, cuya hege-

<sup>61</sup> Nipperdey, magistrado del Tribunal Federal alemán, fue uno de los impulsores iniciales de la *Drittwirkung* a principios de los años cincuenta. Al ser el derecho laboral de carácter netamente social, comienza a aplicar de modo directo los derechos fundamentales para resolver los conflictos laborales. Ejemplo de lo anterior lo constituyó la sentencia dictada por el Tribunal citado el 5 de mayo de 1957, en la cual anuló las cláusulas contenidas en un contrato de trabajo por vulnerar los derechos fundamentales de una trabajadora que había sido despedida por haber contraído matrimonio, ya que el contenido de dichas cláusulas violaba directamente los derechos fundamentales a la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y la protección a la maternidad. Por otra parte, la jurisprudencia española siguió la línea germana con los fallos STC 78/1982 y 55/1983. Zachert, Ulrich, *Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo (estudio comparado con el derecho español)*, A Coruña, Netbiblio, 2008, pp. 7 y ss. Véase Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 88; Bucher, Eugen, “Drittwirkung der Grundrechte”? Überlegungen zu “Streikrecht” und “Drittwirkung” i. S. von BGB 111 II 245-259, *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, Bd. 83, Schweiz, 1987; Miganjos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (análisis del caso mexicano)*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.

monía actuaría, inevitablemente, de soporte técnico militar de la nueva *Cosmópolis*.<sup>62</sup>

Ciertas cuestiones claves de la teoría garantista han sido severamente criticadas, debido a la tensa y lejana relación que sostiene el modelo propuesto por Ferrajoli ante el paradigma neoconstitucionalista:<sup>63</sup>

- a) *Pragmatismo*: esto requiere de una vinculación de la teoría del derecho y la dogmática constitucional. Se pretende establecer una teoría del derecho particular. Éste es un rasgo propio del modelo de Ferrajoli, en el caso de su garantismo basado en el derecho penal.<sup>64</sup>
- b) *Eclecticismo metodológico*: este nuevo paradigma relativiza distinciones importantes de la tradición analítica y explora una vía entre la orientación analítica y la hermenéutica, el cual comparte con reservas Ferrajoli.
- c) *Principialismo jurídico*: parcialmente ausente en la teoría de Ferrajoli, la teoría garantista, como diría el catedrático

<sup>62</sup> Cfr. Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 100. Véase Zolo, Danilo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005.

<sup>63</sup> Cfr. García Figueroa, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. A propósito de la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo...*, cit., pp. 281-283.

<sup>64</sup> Heredero del modelo ilustrado del derecho penal, Ferrajoli ha construido el sistema garantista a partir de la concepción de un derecho penal mínimo, donde se establezcan las garantías necesarias para mantener el equilibrio entre seguridad y el respeto a los derechos fundamentales en el proceso penal. Este modelo pretende establecer límites desde dos planos: uno procesal y el otro sustancial; además, sigue los parámetros de racionalidad y certeza, teniendo como función primordial que las intervenciones a la vida de los gobernados puedan ser en cierto modo previsibles y estén motivadas conforme a derecho. Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, pp. 104 y 105.

Prieto Sanchís, no invita al juez garantista a ponderar pesos y proporcionalidades relativas ni a realizar juicios consecuencialistas, sino que lo invitan simplemente a subsumir.<sup>65</sup> De igual manera, es escasa la renovación de la antigua forma de positivismo decimonónico, ya que hay aspectos en los que se aleja totalmente de la corriente neoconstitucionalista, por ejemplo la tesis básica del positivismo conceptual, donde Ferrajoli no reconoce un verdadero aporte del neoiusnaturalismo constitucionalista.<sup>66</sup>

De esta manera, podemos observar como rasgo definitorio de su teoría, la rígida y antigua separación entre derecho y moral. Igualmente, podemos recalcar la ausencia de técnicas de argumentación, ante la presencia de más reglas que principios constitucionales, donde el juez no es el principal actor en el Estado constitucional, a diferencia del constitucionalismo contemporáneo. De esta manera, como diría Bernardo Bolaños, “cuando un sistema normativo... acepta la ponderación, no tenemos que hablar de la «ley del más fuerte», ni de la «ley del más débil», sino, como los griegos, de la proporcionalidad”.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Cfr. Prieto Sanchís, “Constitucionalismo y garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo...*, cit., p. 53.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 53 y 54.

<sup>67</sup> Cfr. Bolaños, Bernardo, “La estructura de las expectativas jurídicas”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo...*, cit., p. 313. Al respecto existe una variedad de autores que podemos ubicar dentro del modelo neoconstitucionalista, y que además defienden la estructura de los derechos fundamentales a partir de principios, tanto para la solución de conflictos donde se limite o restrinja un derecho fundamental, o bien donde se encuentren en colisión, tal es el caso del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación. Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2002; Aienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad Externado de

- d) *Estatalismo*: se manifiesta en cierta actitud de confianza en las posibilidades del Estado y del derecho como instrumentos de paz y de justicia social. La teoría de Ferrajoli “parece expresar una gran contradicción preformativa: por un lado parece haber perdido toda esperanza en redimir al derecho y al Estado de su intrínseca inmoralidad, pero por otro, los propósitos transformadores de su modelo no se pueden comprender sin el presupuesto de una mínima confianza en las propias posibilidades morales del Estado y del derecho”.<sup>68</sup>

Ante las críticas lanzadas por autores como Gómez Bolaños, García Figueroa, Prieto Sanchís, Pablo de Lora, Andrea Greppi, entre varios más, creemos que Ferrajoli se ha inclinado más bien a un *positivismo moderado o corregido*, como la posición que defiende el maestro Gregorio Peces-Barba. En este sentido, Ferrajoli reconoce que no puede desligarse del derecho y la moral, pues de alguna forma, las normas jurídicas llevan implícito un cierto

Colombia, 2008; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002. Por otra parte, existen quienes insisten en la irrelevancia de la ponderación sobre la subsunción; afirman que la ponderación trae a la ciencia constitucional indeterminación, vaguedad, imprecisión y resoluciones apartadas de la normativa establecida en los textos fundamentales, dejando a la discrecionalidad, subjetividad y moralidad de cada juzgador la última decisión al momento de dictar las resoluciones finales. García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Sanín Restrepo, R. (coord. académico), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163; “La interpretación constitucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, febrero de 2004, pp. 37-74; “Derechos y pre-textos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, cit.*, pp. 237-264.

<sup>68</sup> Cfr. García Figueroa, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista...”, *op. cit.*, p. 282.

rasgo de moralidad en ellas, e incluso ha identificado un constitucionalismo ético, válido para las normas constitucionales. Ante la respuesta del iusfilósofo florentino, ahora cabría preguntarnos a nosotros mismos: ¿es compatible la teoría positivista con el neoconstitucionalismo, y si lo fuere, cuál clase de positivismo y en qué grado? También creemos que el autor italiano “se ha salido por la tangente” cuando invoca los niveles de discurso de la teoría habermasiana para replicar algunas de las críticas más agudas a su teoría. Esto se ve claramente manifestado cuando defiende su teoría garantista y el famoso “paradigma embrionario constitucional”, invitando a sus críticos a distinguir y no confundir los niveles de discurso teórico-jurídicos, filosófico-políticos, jurídico-dogmáticos, sociológicos y/o históricos, sobre los que cada una de sus teorías está fundamentada, realizando la tesis que cada uno ofrece interpretaciones complementarias a su teoría.<sup>69</sup>

Sin duda alguna, la teoría de Ferrajoli presenta una clara disposición en favor del paradigma neoconstitucionalista, pero creemos que sigue aferrándose en determinados puntos a los postulados del positivismo jurídico, por lo que sigue circunscrito en un normativismo (crítico, no rígido o dogmático) que no puede dar cuenta de la enorme complejidad del derecho actual.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría política y jurídica contemporánea (problemas actuales)*, México, Porrúa, 2008.
- (comp.), *Nuevas perspectivas y panoramas de la democracia en el Estado constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- y ESCÁMEZ NAVAS, Sebastián (eds.), *Pensamiento político contemporáneo: una panorámica*, México, Porrúa, 2008.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. y estudio preliminar de Carlos Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2008.

<sup>69</sup> Ferrajoli, Luigi, *Garantismo (debate sobre el derecho y la democracia)*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 25 y ss.



- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- , *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador)*, prólogo de José Luis Cascajo, Madrid, CEPC, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- , *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1998.
- , *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1998.
- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.
- CABO, Antonio de y PISARELLO, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.
- CARBONELL, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2008.
- y SALAZAR UGARTE, Pedro (eds.), *Garantismo (estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli)*, Madrid, Trotta, 2005.
- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1998.
- , *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.
- , *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

- , *Los derechos fundamentales. Apuntes de la teoría de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2000.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo (estudios de teoría y metateoría del derecho)*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1999.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1985.
- LUHMAN, NIKLAS, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trad. de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, Barcelona, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Paidós, 1990.
- , *Teoría de los sistemas sociales*, México, Universidad Iberoamericana, 1998.
- MARSHALL, Th. H., *Ciudadanía y clase social*, trad. de Pepa Linares, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2002.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Taurus, 2003.
- SCHUMPETER, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Orbis, 1988.
- TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006.
- ZACHERT, Ulrich, *Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo (estudio comparado con el derecho español)*, La Coruña, Netbiblio, 2008.
- ZOLO, Danilo, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005.