

Aportes teóricos
para promover los
Derechos Sociales
desde el pensamiento
de Luigi Ferrajoli

JOAQUÍN A. MEJÍA R.

editorial casa
San Ignacio

Aportes teóricos
para promover los
Derechos Sociales
desde el pensamiento
de Luigi Ferrajoli

Aportes teóricos
para promover los
Derechos Sociales
desde el pensamiento
de Luigi Ferrajoli

Joaquín A. Mejía R.

editorial casa
San Jnacio

344 Mejía Rivera, Joaquín Armando.
M51 Aportes teóricos para promover los Derechos Sociales
C. H. desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli /
 Joaquín Armando Mejía Rivera. — 1a. ed—. (Tegucigalpa):
 (Editorial Casa San Ignacio) / (Guaymuras), (2012)
 275 p.

ISBN: 978-99926-739-1-1

1.- DERECHO SOCIAL.

© Editorial Casa San Ignacio
Apartado Postal N° 10
Teléfonos: (504) 2647 4227
Fax: (504) 2647 0907
El Progreso, Yoro, Honduras

ISBN: 978-99926-739-1-1

Primera edición: febrero de 2012

Diseño e impresión:
Editorial Guaymuras

Diseño de portada:
Marianela González

Impreso y hecho en Honduras.
Reservados todos los derechos.

ÍNDICE

Agradecimientos.....	11
Sobre el autor	12
Prólogo.....	15
Introducción.....	23

I

CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

1. Definición formal de los derechos fundamentales.....	37
1.1. Forma y contenido.....	40
1.2. Estatus y divisiones de derechos	55
2. Características de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales.....	65
2.1. Universalidad versus singularidad	69
2.2. Indisponibilidad e inalienabilidad activa y pasiva.....	72
2.3. Normas téticas y normas hipotéticas	76
2.4. Verticalidad y horizontalidad.....	80

II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS:

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

1. Una concepción amplia de derecho subjetivo	94
2. Los derechos subjetivos sociales	108

III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1. De la formalidad a la sustancialidad 143
2. El papel de los derechos sociales en las sociedades democráticas 171

IV

LUIGI FERRAJOLI Y SUS CRÍTICOS

1. Definición de los derechos fundamentales..... 187
 - 1.1. Sobre la definición de estatus..... 188
 - 1.2. Indisponibilidad de los derechos fundamentales..... 195
 2. Derechos (sociales) y garantías..... 206
 - 2.1. Derechos fundamentales y garantías 207
 - 2.2. Los derechos sociales como derechos en sentido estricto 219
 3. Derechos fundamentales y democracia..... 237
- Conclusiones 255
- Bibliografía..... 263

*A Dionisio García, cuyo asesinato no ha
oscurecido su ejemplo de lucha por la defensa de los
derechos sociales en Honduras (+ 04/12/06).*

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Dr. Ricardo García Manrique, profesor de Teoría y Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona, cuyo acompañamiento, recomendaciones y observaciones han sido fundamentales durante mi formación académica.

Agradezco a mis colegas Romel Jurado Vargas, Roy Murillo, José Grijalva, Beatriz Barrerio, Gerardo Ballesteros, Luis Ríos, José de Jesús Becerra, Adi Martínez, Alfonso Hernández Godínez y Martha Guerrero, quienes discutieron y enriquecieron muchas de las ideas que contiene este texto.

Agradezco a The Catholic Agency For Overseas Development (CAFOD) y al Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús en Honduras (ERIC-SJ) por su confianza al apoyar la publicación de este trabajo.

Los desaciertos en el texto son solo responsabilidad del autor.

SOBRE EL AUTOR

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y abogado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras; doctor y maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid; candidato a doctor y diplomado en Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación «Ortega y Gasset», adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Autor y coautor de ocho libros, varios capítulos en libros colectivos y artículos en revistas, sobre temas relacionados con los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Desde el año 2002 litiga representando a víctimas de violaciones a derechos humanos ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Actualmente es investigador del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC-SJ).

Cierto que un régimen que privilegia la libertad puede dejar que se incremente la desigualdad y, a la inversa, que la búsqueda de la igualdad pueda hacerse al precio de una renuncia a la libertad. Pero es más cierto todavía que no hay democracia que no sea la combinación de esos dos objetivos y que no los una mediante la idea de fraternidad.

ALAIN TOURAINE

PRÓLOGO

El derecho y los derechos como herramienta de emancipación de los derechos fundamentales

I

Hubo un tiempo, no muy lejano, en que las izquierdas de todo el mundo se mostraban escépticas ante la capacidad del derecho para acabar con la injusticia. Las raíces de esta desconfianza pueden rastrearse por lo menos hasta la obra de su máximo ideólogo, Carlos Marx, que, suele decirse, nunca mostró demasiado interés por lo jurídico, por considerarlo un producto superestructural, es decir, un reflejo de las relaciones que realmente estructuraban lo social, que eran las económicas o productivas. La función del derecho no podía ser otra que la de contribuir a mantener esas relaciones, con lo que no tenía mucho sentido tratar de promover la emancipación a través de la técnica jurídica, de esencia conservadora. Con matices, esta imagen de lo jurídico se ha mantenido a lo largo de muchas décadas, con tanta más nitidez cuanto más injusta era la realidad social contra la que se proyectaba. Al margen de esta construcción teórica, no muy distinta era y es la opinión popular acerca del derecho, la de los más humildes, para los que el lenguaje jurídico es a menudo indescifrable, inaccesibles sus profesionales, imponentes

sus ceremonias. El derecho, ante la gente corriente, se presenta como un mundo lejano del que no cabe esperar muchos beneficios y sí más de un maleficio, uno de los mecanismos a través de los que los poderosos mantienen y amplían su posición dominante.

Con este telón de fondo, la obra jurídica de Luigi Ferrajoli puede comprenderse como un formidable intento de cambiar las cosas y poner el derecho al servicio de todos los ciudadanos o, como reza el subtítulo de uno de sus libros más conocidos, de convertir el derecho en «la ley del más débil». A lo largo de cuarenta años, y culminando en sus magnos *Principia Iuris*, que han aparecido en castellano en 2011, el profesor italiano ha ido construyendo una teoría del derecho del estado constitucional, cuya función es habilitar a los juristas y a los demás ciudadanos como sujetos capaces de usar la técnica jurídica con fines no conservadores. Con este fin, Ferrajoli no ha recurrido a la supuesta conexión conceptual entre el derecho y la justicia, una conexión que no hace falta negar para darse cuenta de que, en la práctica y por sí misma, es poco fértil. Fiel a los postulados del positivismo jurídico y en medio de la marea neoiusnaturalista provocada por el constitucionalismo, Ferrajoli ha seguido sosteniendo que el derecho no está conectado necesariamente con la justicia. En cambio, se ha apoyado en dos pilares, uno fáctico y uno lógico. El pilar fáctico de su obra es la incorporación contemporánea de los derechos fundamentales a las constituciones; el pilar lógico es el principio de jerarquía normativa o, con otras palabras, la exigencia de la coherencia aplicada a los sistemas jurídicos.

Con esta base, lo que Ferrajoli propone es una teoría del derecho que dé cuenta de la ilegitimidad interna del derecho, es decir, de la incoherencia entre las normas constitucionales y las de rango inferior al constitucional, y que sirva para remediarla. Porque, considerando justas a las constituciones una vez que han incorporado los derechos fundamentales, remediar esa incoherencia interna significa hacer justo el derecho y convertirlo, efectivamente, en un medio para el cambio social puesto a disposición de los iguales intereses de todas las personas. De este modo, la obra de Ferrajoli supone la conciliación de esas dos tradiciones antaño hostiles: la tradición política democrática y progresista orientada a la emancipación de todos y la tradición jurídica, supuestamente conservadora e inhábil para ese fin. Desde el momento en que, por razones históricas que no es del caso detallar aquí, el viejo estado legislativo de derecho ha devenido en el nuevo estado constitucional de derecho, la técnica jurídica puede servir ya, o de una manera nueva, para el cambio social, aplicándose a la tarea de ajustar todas las normas del sistema al patrón constitucional, que es el patrón de los derechos fundamentales y, con ellos, de la igual libertad de todos. Y si esto es así, entonces hay buenas razones para pensar que el derecho no está ligado inevitablemente a los intereses de los poderosos y al mantenimiento de la opresión de los muchos por los pocos y para pensar, en cambio, que es posible liberarse de la opresión a través del derecho o que, por lo menos, podemos intentarlo.

II

En este panorama los derechos sociales ocupan un lugar principal. Su incorporación al catálogo de los derechos fundamentales es tan antigua como la jacobina Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, pero ha estado plagada de obstáculos y todavía no se ha consumado de manera plena. Supone la convicción ya presente en los más despiertos de los revolucionarios franceses, y cada vez más extendida, de que las libertades negativas, que tan caras son para el pensamiento liberal, aunque necesarias, no son suficientes para asegurar la libertad de todos. Que esta libertad también requiere de la educación, de la sanidad, de la vivienda o de unas condiciones laborales igualitarias. Lógico es que los derechos sociales encuentren dificultades para su efectividad con las que no han de lidiar los demás derechos fundamentales, pero no porque no sea posible configurarlos como derechos genuinos, sino porque su efectividad supone menoscabar la posición privilegiada de algunos, que no van a cederla fácilmente. Escéptica ante el derecho, la izquierda también lo fue ante los derechos, pero puede dejar de serlo en el momento que entre ellos se cuenten los derechos sociales y dejen de contarse los derechos patrimoniales. Así reconfigurados, los derechos fundamentales pierden su capacidad para expresar el ideal del individualismo egoísta propio del capitalismo y, por el contrario, pasan a ser la bandera bajo la cual luchar por una sociedad donde la libertad de cada uno sea condición, y no el obstáculo, de la libertad de los demás.

Ferrajoli ha insistido con particular acierto en los dos rasgos que acabo de destacar. En primer lugar, ha ubicado a los derechos sociales en el mismo lugar preeminente que los demás derechos fundamentales y les ha dotado de la misma fuerza, haciendo ver que nada de distinto hay en su fundamento y nada en su estructura que impida su configuración jurídico-positiva. En segundo lugar, ha removido el principal obstáculo teórico que se oponía al reconocimiento de los derechos sociales, a saber, la consideración de los derechos patrimoniales como derechos fundamentales, mostrando que los derechos patrimoniales (la propiedad privada ante todo) tienen una naturaleza y un contenido del todo diferentes a los que son propios de cualquier derecho que pueda ser calificado como «fundamental». No procede explicar ahora estos extremos porque el libro que estoy prologando ya lo hace con precisión y con detalle. Baste, pues, con llamar la atención sobre su relevancia y, de este modo, resaltar la importancia de la obra de Ferrajoli para una teoría esclarecida de los derechos sociales.

III

El libro de Joaquín Mejía se originó en la tesina de doctorado que tuve la fortuna de dirigir hace pocos años y que se presentó en la Universidad Carlos III de Madrid, obteniendo con todo mérito la máxima calificación. Ahora ha tenido la gentileza de pedirme que escriba unas páginas preliminares, y a lo ya dicho solo quisiera añadir dos observaciones en relación con el texto que los lectores van a encontrar. Una se refiere a su contenido:

el autor realiza una exposición muy completa y muy bien ordenada de la posición que los derechos sociales ocupan en el entramado de la construcción jurídica de Ferrajoli, con atención especial a las dos cuestiones que acabo de señalar en el párrafo anterior como más significativas en el debate actual sobre los derechos sociales. La gran potencia teórica de las tesis ferrajolianas y el gran impacto que han alcanzado, sobre todo en el ámbito hispano, aconsejaban un trabajo de estas características, en el que, sin perjuicio de la adhesión del autor a lo esencial de dichas tesis, no falta una mirada crítica ni un repaso a las reacciones nada complacientes que han suscitado en más de una ocasión, y que han dado lugar a discusiones abordadas aquí con agudeza y objetividad, evitando así caer en tentaciones hagiográficas que siempre asaltan a los que realizan trabajos de esta índole.

La segunda observación se refiere a la utilidad que posee el libro. La obra de Ferrajoli es muy amplia y muy rigurosa y, por ambas razones, inevitablemente compleja. En particular, comprender su idea de los derechos sociales requiere comprender su idea más general de los derechos fundamentales y esta requiere a su vez comprender su concepción de lo jurídico y los presupuestos metodológicos en que se basa. Por eso, para los que no estén familiarizados con esa obra, este libro, que es particularmente claro, servirá como estupenda introducción al tratamiento que los derechos sociales encuentran en ella. Por otra parte, como la claridad no está reñida en este caso ni con la profundidad ni con el espíritu crítico, el libro ha de servir también para los que ya conocen los

fundamentos de la teoría de Ferrajoli, porque aquí encontrarán materiales para el análisis y para la reflexión a partir de esa base ya conocida. No es fácil aunar ambas utilidades, la introductoria y la crítica, en un mismo texto, pero creo que el autor lo ha conseguido.

No quiero concluir sin un apunte más personal, que no constituirá novedad alguna para los que ya conocen a Joaquín Mejía. Él pertenece a la estirpe de los que llegan a la reflexión académica a partir de la inquietud vital y del desasosiego que provoca la injusticia. Para ellos, para él, los libros y las ideas que contienen no son un mundo independiente que se baste a sí mismo, sino una vía para comprender de manera más lúcida la realidad que nos rodea y para actuar sobre ella, un cauce a través del que canalizar esa inquietud y volverla más fecunda. Juristas de sólida formación y de comprometida vocación como las tuyas son los que necesita como agua de mayo un mundo tan sediento de cambio social como es el nuestro y como lo es, en particular, Latinoamérica.

DR. RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

En las primeras etapas del Estado moderno los discursos políticos y jurídicos se centraron en el debate y el análisis sobre la fundamentación y la garantía de los derechos relacionados con la autonomía individual; si bien es cierto que hubo una incorporación constitucional de algunos derechos sociales¹ como el derecho a la instrucción, al trabajo y a la asistencia², los mismos no

1. A pesar de la falta de acuerdo conceptual sobre estos derechos, me permito recurrir a la expresión «derechos sociales» en virtud de que es la utilizada por el autor cuyo pensamiento analizo en el presente trabajo. He de agregar que, al menos en el ámbito del Derecho Internacional, existe un acuerdo implícito en llamarlos derechos económicos, sociales y culturales.

2. Arts. 21 y 22 de la Constitución francesa de 1793. García Manrique señala que «una de las novedades de la Declaración de 1793 respecto a la de 1789 es el reconocimiento de los principales derechos sociales: asistencia pública (lo que hoy denominaríamos “seguridad social”), trabajo y educación, en aparente contradicción con el reforzamiento de la propiedad; la Declaración de 1789 no contenía ningún derecho de estas características, pero hay que insistir en que sí lo hacían los proyectos previos, en que quizá la Declaración lo hubiera hecho si la discusión no se hubiera cerrado el 26 de agosto, y en que la Constitución de 1791 sí preveía, en cambio, la creación de establecimientos de asistencia y educación públicas», en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, «Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores», en PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo II, vol. III, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001, p. 363.

fueron concebidos como verdaderos derechos, sino como simples deberes de la sociedad hacia los ciudadanos más necesitados.

Por eso, en «la época del Estado liberal la mayoría de las prestaciones de que constan los modernos derechos sociales se erogaba por instituciones no públicas, como la familia, las organizaciones privadas (por lo general religiosas) de caridad o de beneficencia, a tal punto que se ha hablado con razón, respecto de ese entonces, de un sistema privado de asistencia social (*Welfare*), cuyo predominio no se veía de ninguna manera puesto en peligro por las también existentes prestaciones asistenciales provenientes de entidades públicas o del Estado»³.

Sin embargo, la constitucionalización e internacionalización de los derechos sociales que se produce a lo largo del siglo XX planteó un desafío importante para la filosofía jurídica y la ciencia del derecho, en el sentido de advertir la necesidad de buscar los mecanismos idóneos para su protección y garantía, ya que al requerir principalmente un grado considerable de intervención del Estado, tropiezan con una estructura estatal de corte liberal que rechaza dicha intervención⁴.

3. BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, trad. de Santiago Perea Latorre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 18.

4. Gerardo Pisarello señala que «a lo largo de casi todo el siglo diecinueve el papel constitucional de los derechos sociales no pasa de ser el de cláusulas políticas de compromiso, a menudo promovidas por élites conservadoras o liberales reformistas como una forma de dotarse de legitimidad y de desarticular los movimientos sociales que persiguen un reconocimiento más amplio de sus intereses», PISARELLO, Gerardo, «Del Estado

En ese sentido, a pesar de que los derechos sociales se insertan en la cima constitucional del ordenamiento jurídico, la base del mismo aún mantiene las formas y las estructuras que solamente son compatibles con la protección de los derechos civiles y políticos; es decir, aunque constitucionalmente se da un avance sustancial en el reconocimiento de estos derechos como derechos fundamentales, el edificio normativo sobre el que descansa el Estado parece no adecuarse a las exigencias de la nueva realidad constitucional. Y ello trae como consecuencia que los derechos sociales permanezcan en el «estado de promesas» o en el «estado de principios», cuya consecución depende de la discrecionalidad de los entes políticos y administrativos⁵.

Sin duda, lo anterior responde en parte a que los derechos sociales fueron clasificados en contraposición a los llamados derechos de libertad, y de esta forma, nuestra concepción de los mismos ha estado condicionada por la tesis de que son derechos con un carácter programático y directivo, cuyo cumplimiento depende

Social Legislativo al Estado Social Constitucional. Por una protección compleja de los Derechos Sociales», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, México, octubre de 2001, p. 82.

5. FERRAJOLI, Luigi, «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 25-26. Íd., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 78.

de la capacidad económica y de la voluntad política; por tanto, «al momento de plantearnos algunas cuestiones, como su exigibilidad, nos hemos visto compelidos por estas clasificaciones a dar explicaciones y justificaciones de por qué no se pueden exigir o garantizar adecuadamente [...], a diferencia de lo que ocurre con los derechos civiles y políticos, los cuales, se da por sentado, son más fáciles de proteger y garantizar»⁶.

La dogmática jurídica en relación con los derechos fundamentales parece no haber afrontado adecuadamente la nueva realidad jurídica que los derechos sociales plantean, tanto para la democracia como para el Estado de derecho. Frente a este contexto, se da un marcado interés de muchos autores por el estudio de los derechos fundamentales y por la construcción de una teoría que permita una adecuada conceptualización, fundamentación y caracterización de los mismos; en ese sentido, autores europeos como Robert Alexy, Gregorio Peces-Barba o Luigi Ferrajoli, y americanos como Carlos Santiago Nino, John Rawls o Ronald Dworkin, solo por mencionar unos cuantos, han elaborado propuestas teóricas importantes encaminadas a tal fin.

A pesar de que estos y otros autores, desde diversas escuelas y perspectivas, han contribuido a la ya extensa bibliografía sobre los derechos sociales, me he decantado por analizar en este trabajo el pensamiento de Luigi

6. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, «Derechos Sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual», en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago, (Coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y Materiales*, Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2004, pp. 3-4.

Ferrajoli, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque es uno de los autores actuales más importantes del mundo jurídico continental, lo que lo convierte en «un autor que concita adhesión o rechazo; posee ese tan poco extendido don de no dejar a nadie indiferente. No es un académico recitador de la tradición, ni tampoco un pensador sin originalidad»⁷.

Y en segundo lugar, porque considero que sus propuestas tratan de encontrar un equilibrio entre lo teórico y lo práctico, entre la normatividad y la efectividad, lo cual constituye un elemento esencial para que el derecho siga siendo un instrumento de transformación social, y a su vez, objeto de transformación y renovación ante los nuevos desafíos que plantea la lucha por la dignidad humana.

También es de destacar que Ferrajoli ha desarrollado una obra prolífica sobre diferentes temas que van desde la dogmática penal hasta la filosofía política, pasando por la teoría del derecho, cuya riqueza de planteamientos hace de su pensamiento un obligado punto de referencia, y ha generado un importante debate entre muchos autores europeos y latinoamericanos.

Ya en su clásico libro *Derecho y razón*⁸, Ferrajoli se plantea fundar las bases de un sistema garantista, el cual se puede concebir como un modelo normativo de

7. MORA MOLINA, Juan Jesús, *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de filosofía del derecho sobre la frágil relación entre la democracia, la constitución y el estudio del derecho*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004, p. 24.

8. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et al., Trotta (1995), 6ª ed., Madrid, 2004.

derecho (el modelo del Estado de derecho), como una teoría jurídica (la del iuspositivismo crítico opuesta al iuspositivismo dogmático), y como una filosofía política (la que funda el Estado en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales)⁹.

En cada uno de estos terrenos, los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos juegan un papel esencial (a) en la ampliación de la noción liberal de «Estado de derecho», vinculado ahora no solo por prohibiciones sino también por obligaciones; (b) en el cambio de la función meramente descriptiva del positivismo por una función crítica que permita comprobar la validez de las normas; y (c) en el establecimiento de los contenidos sobre lo que no es lícito decidir (en referencia a los derechos civiles y políticos) y lo que no es lícito no decidir (en alusión a los derechos sociales), en lo que Ferrajoli denomina una democracia sustancial¹⁰.

Una de las tesis de Ferrajoli que más reflexiones, discusiones y polémicas ha producido, es la relacionada con los derechos fundamentales cuando, en 1998, publica en la revista italiana *Teoría Política* un artículo titulado «Derechos Fundamentales». Con ello provocó una serie de críticas y objeciones por parte de algunos de los teóricos y teóricas italianas más importantes en

9. GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La teoría general del garantismo», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 22-25.

10. Al respecto véase, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...* *op. cit.*, pp. 851-927.

materia de teoría del derecho y de derechos humanos, a las cuales Ferrajoli responde con dos artículos más: uno titulado «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho» y el otro «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en el que sistematiza y responde a todas las críticas recibidas, constituyéndose en su más amplio trabajo dedicado a dicha materia¹¹.

A ello se suma la publicación en italiano en 2007, y en español en 2011, de tres volúmenes de su ya citada *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, la cual constituye su obra cumbre en la que consolida su aporte teórico a lo largo de cuarenta años en materia de derechos fundamentales, constitucionalismo y democracia. Por ello, es pertinente resaltar que todo el trabajo intelectual de este autor sobre los derechos fundamentales constituye una «verdadera renovación teórica-equiparable, tal vez, a la provocada hace algunos años por la aparición del sugerente libro de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [...]»¹².

Aunque Ferrajoli no estudia el tema de los derechos sociales de forma exclusiva, sino dentro del marco general

11. Estos tres trabajos y sus críticas están recogidos en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca BACCELLI, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.

12. CABO, Antonio de y PISARELLO, Gerardo, «Prólogo. Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales», en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos... op. cit.*, pp. 9-10; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales (1985), Madrid, 1993.

de su propuesta sobre la definición y las características de los derechos fundamentales, sus postulados teóricos representan una innovadora concepción de uno de los problemas que más aqueja a estos derechos: sus garantías. En ese orden de ideas, se puede decir que el profesor italiano reivindica los derechos sociales como derechos constitucionalmente válidos, y cuya inobservancia desafía a la teoría para diseñar las técnicas idóneas que permitan su protección y garantía, dado que, como lo señala Martínez de Pisón, los derechos sociales requieren de distintas garantías «que la ciencia jurídica y política no ha teorizado ni diseñado todavía, ni lo hizo en el momento de expansión del Estado social de Derecho»¹³.

La obra de este autor trata de contribuir a esa teorización y diseño, por lo que no sería forzado sostener que de una u otra forma le ha dado contenido al conocido postulado de Bobbio referente a que «el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*»¹⁴.

En esa línea, Ferrajoli desarrolla su tesis no solo con el objetivo de fundamentar los derechos, sino también de

13. MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 203-204.

14. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 61: «El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político»; y p. 64: «No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados».

garantizarlos, para lo cual advierte que el considerar que un derecho no garantizado no es un verdadero derecho es producto de la confusión teórica entre los derechos y sus garantías, ya que tanto unos como otros necesitan ser normativamente establecidos, por lo que es posible que las expectativas que contienen los derechos existan, pero no sus garantías, con lo que no estaríamos ante un *no-derecho*, sino ante una *laguna* que los poderes públicos tienen la obligación de colmar.

Con tal proposición se suma innovadoramente a la posición doctrinal que reconoce el carácter normativo de los derechos sociales, y a su vez se distancia de la tesis muy extendida, según la cual la existencia de un derecho se reduce a la efectividad de su garantía¹⁵; y con ello, el profesor italiano «concibe la relación entre el derecho y la garantía como implicación normativa y no mera descripción o constatación de un hecho jurídico (que podría no darse)»¹⁶.

De esta forma se entiende que «las garantías pertenecen al deber ser del ordenamiento: el derecho subjetivo se origina con la norma que lo estatuye y, a partir del acto de producción de ésta, existirá ya, normativamente, como tal. De tal existencia normativa se deriva para el legislador la obligación —jurídica y de coherencia— de

15. Al respecto véase, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 11ª ed., 2000, pp. 138-157.

16. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, «Prólogo», en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 12.

disponer, con nuevos actos normativos, los instrumentos adecuados para procurar la satisfacción de las expectativas generadas por aquél»¹⁷.

Es importante advertir que, a pesar del señalado avance en el reconocimiento constitucional y convencional de los derechos sociales, no se puede negar que en muchas partes del mundo la sola existencia y reconocimiento de todos los derechos fundamentales como derechos exigibles no es una garantía de su respeto y realización. Basta con echar una mirada al mundo para darnos cuenta «hasta qué punto las grandes promesas de la modernidad permanecen incumplidas o su cumplimiento redundó en efectos perversos»¹⁸, los cuales se sienten con mayor intensidad en la periferia del occidente rico.

Indudablemente, este reconocimiento jurídico-formal de los derechos fundamentales es un progreso significativo para la consolidación del Estado de derecho y la democracia, y a ello contribuyen las tesis de Ferrajoli; sin embargo, a pesar de ser una condición necesaria, no es suficiente para su plena realización, ya que además se requiere de personas y comunidades que no se conformen con delegar y confiar al Estado la tutela de sus derechos —fuentes de su poder e incidencia— sino que se constituyan en vigilantes perpetuos de los mismos, y así evitar convertirse en sujetos de los derechos sin poder que

17. *Ídem*.

18. SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Vol. I. *Para un nuevo sentido común: La ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, pp. 23-25.

contemplan con «los ojos prudentemente desentendidos del siervo la proliferación de nuevas miserias tecnológicas o sociales [...] ante las cuales los seres humanos *qua ciudadanos* carecen de *poder*»¹⁹.

En ese orden de ideas, Ferrajoli reconoce que el reconocimiento normativo de un derecho no debe verse como la meta final de la lucha política, pues la experiencia nos enseña que la efectiva garantía de los derechos necesita también de la movilización constante y organizada de sus titulares en conjunto con otras fuerzas sociales y políticas²⁰.

Teniendo en consideración las premisas anteriores, en este trabajo intentaré extraer de la propuesta general de Ferrajoli, de las críticas a la misma, así como de sus réplicas y aclaraciones, su concepción de los derechos sociales, con atención particular a sus garantías, a sus características y a su papel en la democracia.

En tal sentido, este trabajo está estructurado de la siguiente forma: en un primer momento abordaré la definición formal de derechos fundamentales, que es de donde parte todo el desarrollo teórico de Ferrajoli, pues la misma permite determinar las características de universalidad, indisponibilidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales, los cuales fundan las cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional; es decir, la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, la no necesaria coincidencia

19. CAPELLA, Juan Ramón, «Los ciudadanos siervos», en Íd., *Los ciudadanos siervos*, Editorial Trotta, Madrid, 2ª ed., 1993, p. 151.

20. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 942.

entre derechos fundamentales y ciudadanía, los derechos fundamentales como parámetros de la igualdad jurídica que Ferrajoli llama la dimensión sustancial de la democracia, y la distinción entre derechos y garantías.

De este modo, al analizar la cuestión de la ciudadanía y la capacidad de obrar como únicas diferencias de estatus que delimitan la igualdad de las personas, veremos cómo sobre ellas se fundan las dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, y la que se da entre derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o instrumentales/de autonomía. Del cruzamiento de estas dos distinciones, se obtienen cuatro clases de derechos: (a) los derechos humanos, que son los derechos primarios y que corresponden a todos los seres humanos, entre los que sobresalen derechos sociales como la salud y la educación; (b) los derechos públicos, que también son derechos primarios pero reconocidos solo a los ciudadanos, entre los que destacan derechos sociales como al trabajo y a la subsistencia; (c) los derechos civiles, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas capaces de obrar; y (d) los derechos políticos, que también son derechos secundarios atribuidos únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar.

En un segundo momento desarrollaremos la tesis referida a la distinción entre derechos y garantías, donde analizaremos la noción generalizada de origen kelseniano que niega la calidad de derechos a aquellos que están privados de las debidas garantías, frente a la cual Ferrajoli sostiene que tanto los derechos como las garantías

necesitan ser normativamente establecidos, por lo que es posible que se den los primeros y estén ausentes las segundas, encontrándonos de esta forma ante una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar.

Examinaremos las posibilidades técnicas para considerar los derechos sociales como derechos subjetivos, así como la necesidad de diversificar los mecanismos de garantías de tales derechos ante la insuficiencia de la figura del derecho subjetivo para garantizar las múltiples exigencias contenidas en los derechos sociales. A la vez, nos centraremos en el rol del intérprete frente a las violaciones por acción y por omisión de los derechos sociales por parte del legislador y sus implicaciones en términos de legitimidad democrática.

En un tercer momento, analizaremos el papel de los derechos fundamentales como fundamentos de la dimensión sustancial en las actuales democracias constitucionales, y por tanto, como elementos vinculantes en el proceso decisorio. En relación con los derechos sociales, ratificaremos que su protección y extensión a todas las personas mejoran la calidad de la democracia ya que permiten su participación real en las decisiones elementales que condicionan la convivencia social.

Finalmente, destacaré las críticas más importantes que se le hacen a la propuesta de Ferrajoli, especialmente las relacionadas con los derechos sociales, gracias a las cuales le permiten aclarar y profundizar algunas de las tesis que propuso en su primer artículo «Derechos fundamentales» y que consolida, como he señalado, en su obra cumbre *Principia Iuris*.

I

CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

1. DEFINICIÓN FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ferrajoli propone la siguiente definición de derechos fundamentales:

[S]on todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas²¹.

21. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos fundamentales», en Íd. *Los fundamentos de los derechos... op. cit.*, p. 19; también véase Íd., «Derechos fundamentales», en Íd., *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 37. En su obra, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y

El profesor italiano plantea que su definición responde a la pregunta ¿qué son los derechos fundamentales?, subrayando que la misma puede ser respondida dependiendo del sentido en que se interprete o del plano en que nos situemos. Así, si se interpreta en el sentido de ¿cuáles son?, la respuesta será «iuspositivista», dada por el derecho positivo o la dogmática constitucional o internacional, porque se refiere a los derechos considerados fundamentales en un ordenamiento jurídico concreto como el hondureño, el italiano o el español, así como por el ordenamiento jurídico internacional a través de las normas de carácter consuetudinario o convencional²².

Si se interpreta en el sentido de ¿cuáles deben ser?, la respuesta será de tipo «axiológico» o «iusnaturalista», dada por la filosofía política, pues pertenece al ámbito de la moral o de la política; se trata de una respuesta de tipo no asertivo sino normativo, por lo que es necesario formular los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para identificarlos, que para Ferrajoli son tres: (a) el nexo entre derechos humanos y paz, (b) el nexo entre derechos

Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, Ferrajoli denomina «derechos fundamentales» a todos aquellos derechos que corresponden universalmente a “todos” en cuanto “personas naturales”, en cuanto “ciudadanos”, en cuanto personas naturales “capaces de obrar” o en cuanto “ciudadanos capaces de obrar”, p. 686.

22. FERRAJOLI, Luigi, «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 289-290; véase también Íd., «Sobre los derechos fundamentales», trad. de Miguel Carbonell, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, núm. 15, México, julio-diciembre 2006, pp. 116-117.

e igualdad, y (c) el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.

Finalmente, Ferrajoli plantea que su definición es dada desde la teoría del derecho y se caracteriza por ser teórica y estrictamente formal o estructural, ya que los derechos fundamentales son identificados con los derechos adscritos a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar y no expresa nada sobre los contenidos de los mismos, sino que únicamente intenta identificar la forma o estructura lógica de tales derechos²³.

Es oportuno resaltar lo que diferencia a esta definición formal de otras definiciones como las tautológicas y las teleológicas. Las definiciones tautológicas no aportan elementos nuevos para caracterizar los derechos, ya que consisten simplemente en señalar que son aquellos que pertenecen a la persona por el mero hecho de ser persona; las teleológicas apelan a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones; y finalmente, las formales no especifican el contenido de los derechos y se limitan a indicar algún presupuesto sobre su estatuto deseado o propuesto²⁴.

Por su parte, Alexy señala que, ante la pregunta sobre las propiedades que debe tener un derecho para ser fundamental, se pueden dar tres respuestas que corresponden a la (a) concepción formal, a la (b) concepción material, y a la (c) concepción procedimental. En ese

23. *Ibíd.*

24. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2005, p. 27.

sentido, la definición formal «se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales», los cuales son todos los derechos clasificados así por una constitución en un catálogo especial. Esta definición tiene la ventaja de su simplicidad, pero tiene la desventaja de que muchas veces las constituciones también establecen como fundamentales derechos que están fuera de ese catálogo²⁵.

El profesor alemán reconoce que los conceptos formales son útiles desde un punto de vista práctico, pero considera que en su trasfondo debe haber siempre una concepción material de derechos fundamentales, la cual los define como derechos del individuo y como derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Finalmente, señala que la concepción procedimental enlaza elementos formales y materiales, ya que en cuanto derechos constitucionalmente positivados, enajenan a la mayoría simple en el parlamento la competencia para tomar decisiones libres que afecten su espacio²⁶.

1.1. Forma y contenido

¿Qué implicaciones tiene el hecho de que esta proposición conceptual es exclusivamente teórica y formal? Con anterioridad Ferrajoli ha señalado que, a diferencia de los conceptos de las disciplinas jurídicas particula-

25. ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Presentación y trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 21-22. La cita textual corresponde a la p. 21.

26. *Ibid.*, pp. 23-31.

res, los cuales son determinables mediante definiciones lexicales basadas en el lenguaje legislativo, los conceptos de la teoría del derecho son explicables mediante definiciones convencionales, «más o menos adecuadas pero ciertamente no dotadas de una referencia empírica directa al lenguaje del legislador que consienta predicar su veracidad o falsedad»²⁷.

En ese sentido, el concepto que nos propone es una definición estipulativa o convencional porque es construido (y por tanto es artificial) por el teórico con arreglo a las reglas de formación establecidas por él mismo y con el objetivo de alcanzar las finalidades explicativas perseguidas por su teoría²⁸.

A la vez, Ferrajoli sostiene que su definición es teórica porque no hace referencia a ningún ordenamiento jurídico positivo, sea nacional o internacional, distanciándose con ello de las definiciones dogmáticas que buscan clarificar el significado de las palabras utilizadas por el legislador para identificar el alcance normativo de las normas en un ordenamiento jurídico concreto; en otros términos, son fundamentales «los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar»²⁹.

27. FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 53-54.

28. FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 49 y 54.

29. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 19-20.

Por otra parte, el profesor italiano plantea que su definición es formal o estructural porque prescinde del contenido (intereses y necesidades) que se pretende proteger y tutelar a través del reconocimiento de los derechos, y porque se fundamenta en la universalidad de su imputación a unos sujetos determinados por un ordenamiento. De tal forma, Ferrajoli entiende la universalidad en un sentido «lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos»³⁰; y tal universalidad la relaciona con la inalienabilidad para determinar la fundamentalidad de un derecho. De ahí que esta definición «formal» no dirá (a) *qué son* los derechos fundamentales o qué convenimos en entender con esta expresión, (b) ni *cuáles son* tales derechos ni qué clases de sujetos son sus titulares (c) y tampoco nos dirá *cuáles son de hecho* estos derechos ni *cuáles deber ser*³¹.

En otras palabras, para el profesor italiano la universalidad es el criterio convencional sobre el que se basa su definición, por lo que «allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales [...Y] a la inversa, si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por

30. *Ibíd.*, p. 20.

31. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 685.

la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental»³².

Según Ferrajoli, la ventaja de esta definición radica en que es avalorativa, neutral y atemporal, ya que prescinde de las circunstancias de hecho, lo que le permite ser válida para cualquier ordenamiento; no toma en consideración el contenido tutelado por los derechos fundamentales; y por tanto, es «válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática»³³. Así, esta definición es formal en un doble sentido, ya que nada dice (a) sobre el contenido de los derechos fundamentales ni (b) sobre la concreta extensión de las clases de sujetos identificados, en los distintos ordenamientos, por el estatus de persona, de ciudadano o de capaz de obrar, como titulares de los respectivos tipos de derechos³⁴.

Se pueden resaltar cuatro importantes cuestiones derivadas de esta definición: en primer lugar, sirve para enunciar dos principios esenciales del Estado democrático de derecho, es decir, (a) que los derechos fundamentales son derechos subjetivos en tanto intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas pertenecientes solo a las personas naturales; y (b) que los derechos fundamentales son derechos uni-

32. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 20-21.

33. *Ibid.*, p. 21.

34. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 689.

versales en tanto pertenecientes a todas las personas en condiciones de igualdad³⁵.

En segundo lugar, esta definición sirve de base para fundar cuatro tesis que son esenciales para la teoría de la democracia constitucional: (a) La radical diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; (b) la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia, ya que ellos constituyen el fundamento de la igualdad jurídica; (c) la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales, lo que desvirtúa la necesaria coincidencia de estos con la ciudadanía; y (d) la separación entre los derechos y sus garantías³⁶.

En tercer lugar, se deriva una específica forma de garantía en el sentido de que si los derechos fundamentales son universales (*omnium*), entonces se encuentran garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*), ya sean universales en tanto dirigidos a todas las personas, como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida, o singulares en tanto dirigidos a determinados sujetos políticos, «como la obligación de la asistencia sanitaria que es garantía del derecho a la salud, o la obligación de prestar tutela judicial como garantía primaria del derecho a la jurisdicción y como garantía secundaria de los derechos accionados en juicio»³⁷.

35. *Ibíd.*, p. 687.

36. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 25.

37. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 688-689.

Y en cuarto lugar, los derechos fundamentales, al ser conferidos a todos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar, requieren para su garantía funciones de carácter público y constituyen la base y la justificación de la esfera pública en tanto destinada a la tutela y satisfacción de los intereses de todos, en oposición a las esferas privadas, «formadas en cambio por los derechos patrimoniales y por los demás intereses particulares y exclusivos de los individuos»³⁸.

Finalmente, es importante destacar que de la propuesta conceptual general de Ferrajoli se pueden extraer los elementos sustanciales que determinan lo que es un derecho fundamental: «derecho subjetivo», «expectativa», «estatus/todos» y «norma jurídica». En relación con el tema de nuestro interés, para el profesor italiano, una primera gran división de los derechos fundamentales, que puede llamarse *subjetiva*, consiste en: (a) *derechos positivos*, consistentes en *expectativas positivas de prestaciones*, garantizados por *obligaciones de prestación*, entre los cuales se encuentran los “derechos a” comportamientos o prestaciones de otros, como por ejemplo, los derechos patrimoniales y los derechos sociales fundamentales; y (b) *derechos negativos*, consistentes en *expectativas negativas de no lesiones*, garantizados por *prohibiciones de lesión*, entre los que se encuentran, además de las inmunidades fundamentales como la libertad y el derecho a la vida, todos los “derechos de” comportamientos

38. *Ibíd.*, p. 689.

propios, como el derecho de propiedad y los distintos derechos de libertad y de autodeterminación³⁹.

De esta manera, (a) los *derechos sociales* serían aquellos derechos fundamentales “a” o positivos, consistentes en expectativas positivas (de prestaciones), que garantizan una seguridad *positiva* mediante prestaciones o servicios a cargo de otros sujetos públicos o privados, y de carácter relativo o *erga singulum*, a los que corresponden obligaciones o deberes positivos de hacer normalmente a cargo del Estado; y (b) los *derechos individuales* serían aquellos derechos fundamentales “de” o negativos, consistentes en expectativas negativas (de no lesión) los cuales, además, según que su contenido sea solo un derecho-inmunidad o también un derecho-facultad o un derecho-poder, pueden clasificarse en *libertades frente a*, *libertades de* y *potestades de* o *derechos de autonomía*. Estos derechos pueden ser llamados *derechos liberales* y garantizan una seguridad negativa; es decir, contra violencias, represiones o impedimentos por parte de otros sujetos públicos o privados, y tiene un carácter absoluto o *erga omnes*, a los que corresponden prohibiciones o deberes negativos de no hacer a cargo de todos y especialmente del Estado⁴⁰.

Con base en lo anterior, los derechos sociales serían aquellos derechos fundamentales consistentes en expectativas positivas o de prestaciones, adscritas por una

39. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 608-609.

40. *Ibid.*, pp. 701-705.

norma jurídica a «todos» los sujetos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. Así las cosas, pareciera que para Ferrajoli los derechos sociales consisten únicamente en expectativas positivas o de prestación.

Para corroborar esta afirmación no basta con deducirla del concepto formal de derecho fundamental que él propone, sino que también es preciso recordar que en otras ocasiones el profesor italiano ha señalado que es necesario distinguir dos clases estructuralmente diversas de derechos: los derechos de libertad o autonomía consistentes en facultades o inmunidades, que le corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento; y los derechos-expectativas, que le atañen obligaciones positivas de prestación o de satisfacción⁴¹, por lo cual entiende que los derechos sociales son derechos a prestaciones públicas positivas como el trabajo, la salud, la educación, un salario justo, la subsistencia y la seguridad social⁴².

También en otro lugar Ferrajoli ha subrayado que la diferencia entre los derechos de libertad (derechos de) y los derechos sociales (derechos a) consiste en que a los primeros les corresponden prohibiciones o deberes

41. FERRAJOLI, Luigi, «Igualdad y diferencia», en *Íd.*, *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 87. Es importante recordar que para este autor, los derechos de libertad y los derechos sociales forman la clase de los derechos-expectativa, que consisten respectivamente en expectativas negativas y en expectativas positivas e implican, por parte de los poderes públicos, prohibiciones de interferencia en un caso, y obligaciones de prestación en el otro.

42. FERRAJOLI, Luigi, «De los derechos del ciudadano a los de la persona», en *Íd.*, *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 108.

públicos de no hacer, mientras que a los segundos les atañen obligaciones o deberes públicos de hacer, y que lo anterior incide en el cambio de la estructura normativa del poder estatal que ya no está limitado solamente por prohibiciones, sino que también funcionalizado por obligaciones de satisfacer⁴³.

Ferrajoli ratifica su tesis diferenciadora entre derechos sociales al trabajo, a la vivienda, a la instrucción, a la salud, entre otros, caracterizados como derechos a prestaciones positivas, y los antiguos derechos individuales de libertad que, por el contrario, son concebidos como derechos a prestaciones negativas. Los primeros someten la política a vínculos positivos y los segundos a vínculos negativos⁴⁴.

Por ejemplo, Ferrajoli sostiene que así como el derecho a la libertad de pensamiento genera la prohibición de la censura u otras limitaciones a su ejercicio, un derecho social como a la salud o a la educación genera la obligación de proporcionar las correspondientes prestaciones. Es más, para el profesor italiano la novedad del constitucionalismo radica en que las normas sustantivas que condicionan la validez sustancial de las leyes imponen límites, como en el caso de los derechos de libertad, e imponen obligaciones como en el caso de los derechos sociales⁴⁵.

43. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 861-862.

44. FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho...* *op. cit.*, pp. 68 y 170.

45. FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica...* *op. cit.*, pp. 157 y 269.

Aunque nuestro autor reconoce que ambos tipos de derechos concurren para la definición de la *igualdad jurídica* en general, señala que unos y otros aseguran una clase distinta de igualdad, dado que mientras los derechos individuales garantizan a todas las personas la identidad personal, tutelando contra discriminaciones o privilegios, *la igualdad formal* de las diferencias individuales que no pueden ser penalizadas o favorecidas, como sexo, etnia, lengua, religión, opinión, condiciones personales o sociales, los derechos sociales aseguran la solidaridad social, promoviendo niveles mínimos de *igualdad sustancial* mediante la remoción o reducción de las desigualdades sociales, tales como renta, salud, educación o condiciones económicas o materiales de vida⁴⁶.

También es importante destacar que al contrario de las afirmaciones anteriores, en otro lugar el profesor italiano reconoce que la diferencia entre los derechos de libertad y los derechos sociales, en términos de expectativas negativas de los primeros y de expectativas positivas de los segundos, es solo una diferencia de grado, ya que todos los derechos fundamentales contienen expectativas de ambas clases. Ferrajoli sostiene que derechos sociales, como el derecho a la salud o a la educación, imponen prohibiciones de lesión al Estado; y derechos de libertad, como a la libertad de expresión o el derecho al voto, requieren no solo prohibiciones de interferencia sino

46. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 705.

también obligaciones positivas consistentes en asegurar las condiciones necesarias para su ejercicio y su tutela⁴⁷.

Frente a tales aserciones, aparentemente contradictorias, cabe preguntarse cuál debe ser nuestra correcta interpretación sobre la postura de Ferrajoli en relación con la supuesta diferencia entre los derechos de libertad y los derechos sociales en virtud de las expectativas que contienen unos y otros, pues en un primer momento el profesor italiano parece considerar que tal diferencia existe de forma relevante, a tal punto que caracteriza a unos derechos (de libertad) en contraposición con los otros (sociales); pero en otro momento la considera una diferencia de grado y, por tanto, no estructural.

Si interpretamos la postura de Ferrajoli de la primera forma, se debe señalar que es discutible seguir planteando que los llamados derechos de libertad solo generan prohibiciones u obligaciones negativas por parte del Estado y que los derechos sociales solo originan obligaciones positivas, pues ello implica caer en un reduccionismo incapaz de ver los matices obligacionales que se encuentran intrínsecamente en todos los derechos fundamentales.

Tal como lo sugieren Abramovich y Courtis, no es difícil demostrar que todos los derechos fundamentales se caracterizan por contener un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado⁴⁸, ya que el carácter prestacional no es un atributo exclusivo de los

47. FERRAJOLI, Luigi, «Prólogo», en ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2ª ed., 2004, p. 10.

48. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles... op. cit.*, pp. 21-37.

derechos sociales, sino que también puede serlo de los derechos civiles y políticos⁴⁹; por tanto, considero que es controvertible pensar que existe un derecho puro en el sentido de generar únicamente un tipo de obligaciones⁵⁰.

En esa línea, en el ámbito internacional, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que existe una combinación de obligaciones positivas y negativas que los Estados deben cumplir y aplicar a todos los derechos humanos⁵¹. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) ha sostenido que la obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber «de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público»⁵². Consecuentemente, para que tanto los derechos civiles

49. CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 72.

50. Piénsese, por ejemplo, en las acciones positivas del Estado para asegurar la celebración de elecciones; el mantenimiento de las vías de comunicación para asegurar la libertad económica; el funcionamiento de los registros públicos para asegurar el derecho a la propiedad y para darle validez jurídica a otras tantas figuras como los matrimonios, los divorcios, las defunciones, los nacimientos, etc.; la estructuración del sistema judicial; el sostenimiento del aparato policial y de defensa, que además implica hacer uso de recursos financieros importantes, entre otros.

51. CADHP. *Caso N° ACHPR/COMM/A044/1 (Centro de Acción de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vrs. Nigeria)*, 27 de mayo de 2002.

52. Corte IDH, *Caso «Velásquez Rodríguez vs. Honduras»*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

y políticos como los derechos sociales tengan relevancia práctica y no queden en simple retórica constitucional o convencional, necesitan la conjugación de obligaciones estatales de hacer y de no hacer⁵³.

No obstante, si interpretamos la posición de Ferrajoli de la segunda manera, entonces cabe suponer que él considera obvio que tanto los derechos de libertad como los derechos sociales incluyen una gama de obligaciones positivas y negativas, cuya graduación dependerá del contenido que un ordenamiento jurídico le otorgue a cada derecho fundamental, sea de libertad o social, sin ignorar que estos últimos requieren de un mayor grado de actividad positiva por parte del Estado, todo lo cual es estipulado en el plano de la dogmática jurídica. Por ello, sostiene que los argumentos de una parte relevante de la cultura politológica para considerar no propiamente derechos a los sociales, se debe a su desconocimiento del derecho positivo vigente⁵⁴.

53. CARBONELL, Miguel, «Breves reflexiones sobre los Derechos Sociales» en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (Coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México/Comisión Europea/SRE, México, diciembre de 2005, p. 48.

54. FERRAJOLI, Luigi, «Prólogo», en ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales... op. cit.*, p. 9: «Los argumentos para sostener este singular desconocimiento del derecho positivo vigente, no por casualidad articulados por politólogos más que por juristas, son siempre los mismos: que a estos derechos les corresponden, antes que prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción no consiste en un no hacer sino en un hacer, en cuanto tal no formalizable ni universalizable, y cuya violación, por el contrario, no consiste

De hecho, el propio Ferrajoli reconoce que los derechos fundamentales son «habitualmente situaciones moleculares complejas» y, en este sentido, los derechos individuales también incluyen expectativas positivas y exigen por tanto un hacer por parte de los poderes públicos, como es el caso de la financiación de los partidos políticos, la organización de las campañas electorales y de las operaciones de voto, la misma formación de las instituciones representativas y de gobierno, etc.⁵⁵.

Del mismo modo, el profesor italiano reconoce que, aunque los derechos sociales consisten principalmente en expectativas positivas, también incluyen expectativas negativas de no lesión; es el caso del derecho al trabajo, que no solo consiste en el derecho a tener una ocupación, sino también en el derecho a no ser despedido sin causa justificada; o del derecho a la salud, que no solo implica el derecho a la asistencia sanitaria en caso de enfermedad, sino también el derecho a no sufrir perjuicios o amenazas para la salud por causa de contaminaciones atmosféricas o adulteraciones alimentarias. Por su parte, el derecho a la educación incluye no solo el derecho a recibir enseñanza gratuita, sino también el de no ser discriminado en la escuela por motivos de sexo, nacionalidad u otra razón⁵⁶.

Con base en todo lo anterior, considero que, para evitar equívocos, no es conveniente hablar de derechos

en actos o comportamientos sancionables o anulables sino en simples omisiones, que no resultarían coercibles ni justiciables».

55. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 67 y 384. La cita textual corresponde a la p. 384.

56. *Ibid.*, pp. 384-385.

negativos y positivos puros, aunque sí es importante reiterar la existencia de una «diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones estatales tienen para uno y otro tipo de derechos»⁵⁷, dado que ni unos ni otros derechos pueden caracterizarse exclusivamente como derechos de abstención o únicamente como derechos de prestación, ya que todos los derechos tienen una «faceta poliédrica» que comporta «un amplio abanico de obligaciones exigibles ante los poderes públicos [...]»⁵⁸.

La importancia de realizar estas matizaciones en materia de obligaciones radica en que se consolida y se reafirma la inexistencia de una diferencia de estructura entre los derechos de libertad y los derechos sociales, con lo cual se desvirtúa el principal fundamento teórico de la tesis de inexigibilidad judicial intrínseca de los derechos sociales, dado que son sancionables o al menos reparables tanto aquellos comportamientos lesivos de tales derechos⁵⁹, como las violaciones consistentes en omisio-

57. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 21.

58. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 59-66; en otro lugar, este mismo autor señala que todos los derechos humanos se caracterizan por sus pretensiones híbridas (positivas y negativas) frente al poder; PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 29-30.

59. Las exigencias contenidas en los derechos sociales se pueden satisfacer no solo mediante la figura jurídica subjetiva, sino también mediante su concepción de un modelo constitucional de sociedad de iguales en derechos que exige la transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas.

nes debido a «la falta de la prestación que constituye su objeto y cuya exigibilidad en juicio es posible garantizar en la mayor parte de los casos»⁶⁰.

1.2. Estatus y divisiones de derechos

A pesar de la naturaleza formal de su definición, Ferrajoli sostiene que ello no es impedimento para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica, que consiste en su imputación universal a todos los sujetos determinados como tales por un ordenamiento jurídico. Y de ello se desprende su carácter inalienable e indisponible dado que, al ser normativamente de «“todos” (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados»⁶¹.

Gracias a este tipo de definición se pueden identificar los rasgos formales y estructurales en virtud de los cuales son tuteladas las expectativas e intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamen-

60. FERRAJOLI, Luigi, «Prólogo», en ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales... op. cit.*, p. 10: «Por ejemplo, la contaminación atmosférica, que viola el derecho a la salud; o el despido injustificado, que viola el derecho al trabajo; o la discriminación por razones de género o nacionalidad, que viola el derecho a la educación».

61. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 21.

tales. El primero de estos rasgos, como ya lo vimos, es el carácter universal de la imputación de los derechos fundamentales, relativo «a los estatus en referencia a los que se predica, y es por esto más o menos extensa según cuál sea la extensión de las clases de sujetos que comprenda». El segundo rasgo es su referencia extensional a los estatus personales que constituyen su presupuesto y que revelan otras tantas clases de personas en relación con las cuales es predicable la universalidad de todos los diferentes tipos de derechos fundamentales⁶².

En este punto cabe preguntarse el significado y el alcance del término «todos», el cual, para el profesor italiano, son aquellos sujetos a quienes una norma les reconoce como titulares de derechos; por consiguiente, la universalidad no es considerada absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se manifiesta, ya que la igualdad entre «todos» es lógicamente relativa al de las clases de los sujetos cuya titularidad está reconocida normativamente⁶³.

En tal sentido, la intención y la extensión de la igualdad depende, en primer lugar, de la cantidad y la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales; y en segundo lugar, de la extensión de aquellas clases de sujetos; es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de estatus que las determinan⁶⁴; en función

62. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 685-686. La cita textual corresponde a la p. 685.

63. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 21.

64. *Ibíd.*, pp. 21-22.

de tal extensión se supone un mayor o menor nivel de democratización.

En otras palabras, cuanto más extensa sea la cantidad de sujetos que adquieren los estatus normativamente establecidos, mayor y mejor será la democracia en el Estado que promueve dicha ampliación; y viceversa, cuanto más restringido sea el «acceso» a tales estatus, menor será el desarrollo del proceso democrático.

Por tanto, en la definición de Ferrajoli se da una relación de determinabilidad entre el sujeto y el estatus, dado que este último es el que permite identificar las clases de sujetos titulares de derechos en un ordenamiento preciso. De tal forma, para el profesor italiano, (a) «la personalidad», o sea, el estatus de «persona natural o física»; (b) «la ciudadanía», o sea, el estatus de «persona-ciudadano»; y (c) «la capacidad de obrar», o sea, el estatus de «persona capaz de obrar», son los estatus que constituyen la igual titularidad de todos los derechos fundamentales. No obstante, esta igual titularidad puede ser *absoluta* si nos referimos a los contenidos de los derechos asociados al estatus de persona natural, independientemente de la ciudadanía o de la capacidad de obrar, o puede ser *relativa* si nos referimos a los contenidos de los derechos asociados a la ciudadanía y/o a la capacidad de obrar⁶⁵.

65. *Ibíd.*, p. 22; FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 686 y 688. «Es evidente que además son también fundamentales todos los derechos pertenecientes a las clases de las personas naturales, o de los ciudadanos y/o de los capaces de obrar en presencia de particulares y contingentes condiciones

Dichos presupuestos, que en su momento excluyeron a grandes sectores de la humanidad (esclavos, mujeres, indigentes, trabajadores, no propietarios, extranjeros, etc.), poco a poco se han ido ampliando a un porcentaje mayor de personas, aunque todavía no se puede hablar de una extensión universal a todos los seres humanos debido a que tanto la ciudadanía como la capacidad de obrar representan fuertes limitaciones a la igualdad en los derechos entre todas las personas⁶⁶.

Por consiguiente, si la ampliación en la igualdad de los derechos ha sido un proceso progresivo, todavía queda el desafío de superar las limitaciones impuestas por la ciudadanía y por la capacidad de obrar. Sin embargo, Ferrajoli reconoce que solamente la ciudadanía es superable y, en consecuencia, hacia dicho objetivo deben encaminarse los esfuerzos de las democracias actuales.

Si bien los estatus determinan una clasificación de los derechos fundamentales en virtud de los sujetos titulares de los mismos y, por tanto, al grado de extensión de su universalidad (*subjetiva*, como lo vimos anteriormente), el contenido o el tipo de expectativa que generan tales derechos determinan una segunda clasificación, que puede

de estatus, jurídico o no, de las que todos virtualmente podemos ser titulares: como la condición de trabajador dependiente, de enfermo, de incapacitado para el trabajo, de empresario mercantil, de cónyuge, de imputado u otras similares».

66. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 21-22: «La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de *status* que aún delimitan la igualdad de las personas humanas».

llamarse *objetiva*, en parte independiente y en parte entrelazada con la primera, de carácter en cambio «*subjetivo*» y que viene a «reflejar la distinción entre “derechos positivos” y “derechos negativos” y, dentro de estos últimos, entre “derechos-inmunidad”, “derechos-facultad” y “derechos-potestad”»⁶⁷. En síntesis, los derechos fundamentales pueden estar integrados en dos grandes divisiones: (a) una subjetiva, relativa a las clases de sujetos a los que se atribuyen tales derechos y (b) una objetiva, relativa a los tipos de comportamiento que son el contenido de dichos derechos⁶⁸.

En la primera división —subjetiva—, las clases de sujetos están referidas a los estatus de persona, ciudadano y capaz de obrar, el primero de los cuales incluye a los otros dos. Tomando en consideración la relevancia o irrelevancia que los estatus de ciudadano y de capaz de obrar generan, se obtienen cuatro clases de estos derechos: (a) los derechos humanos, pertenecientes a todas las personas, independientemente de que sean ciudadanos o capaces de obrar; (b) los derechos civiles, pertenecientes a las personas que son capaces de obrar con independencia de la ciudadanía; (c) los derechos públicos, correspondientes a los ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; y (d) los derechos políticos, correspondientes solo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar⁶⁹.

67. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 701.

68. FERRAJOLI, Luigi, «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, pp. 292-293.

69. *Ibid.*, p. 293.

Por tanto, no todos los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos y no todos los seres humanos son titulares de los derechos fundamentales, ya que derechos humanos como la vida y las libertades fundamentales, el *habeas corpus* y las demás garantías penales y procesales corresponden a todos los seres humanos; derechos fundamentales como el derecho-potestad a disponer con autonomía de los propios bienes corresponde solo a las personas con capacidad de obrar; y algunos derechos políticos, derechos sociales y la libertad de circulación, por lo general, corresponden únicamente a los ciudadanos⁷⁰.

Para Ferrajoli, el conjunto de las dos primeras clases de derechos, que corresponden a todas las personas independientemente de la ciudadanía, son *derechos de la persona* o *derechos de la personalidad*, y el conjunto de las otras dos clases de derechos, correspondientes solo a los ciudadanos, son *derechos del ciudadano* o *de ciudadanía*. A su vez, al conjunto de la primera y la tercera clase de derechos, pertenecientes a todas las personas con independencia de su capacidad de obrar, les denomina *derechos primarios* o *sustanciales*, y al conjunto de la segunda y cuarta clases de derechos, correspondientes solo a las personas capaces de obrar, les denomina *derechos secundarios* o *formales*. Ambos conjuntos de derechos equivalen a otras distinciones de derechos fundamentales: (a) entre derechos de la persona

70. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. *Teoría del derecho...* op. cit., p. 686.

y derechos del ciudadano, y (b) entre derechos primarios y derechos secundarios⁷¹.

Según el profesor italiano, al combinar estas dos últimas distinciones, se obtienen las cuatro clases de derechos antes señaladas, y cada una de ellas corresponde «al producto lógico de cada clase del primer conjunto con cada clase del segundo»; de esta forma, los derechos primarios de la persona son los *derechos humanos*, los derechos primarios del ciudadano son los *derechos públicos*, los derechos secundarios de la persona son los *derechos civiles*, y los derechos secundarios del ciudadano son los *derechos políticos*⁷².

En consecuencia, los *derechos humanos* corresponden a todas las personas independientemente de que sean ciudadanos o tengan capacidad de obrar, siendo emblemático el derecho a la vida y algunos derechos sociales como el derecho a la salud y a la educación; los *derechos públicos* atañen solo a los ciudadanos, como por ejemplo el derecho de residencia y circulación, y algunos derechos sociales, como el trabajo y la asistencia en caso de desempleo; los *derechos civiles* corresponden a las personas que tienen capacidad de obrar, como por

71. FERRAJOLI, Luigi, «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, p. 293; FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...* *op. cit.*, p. 691.

72. FERRAJOLI, Luigi, «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, pp. 292-293. La cita textual corresponde a la p. 292; FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...* *op. cit.*, p. 696.

ejemplo, el derecho de accionar en juicio y la libertad de elegir y cambiar trabajo; y finalmente los *derechos políticos*, adscritos únicamente a los ciudadanos capaces de obrar, como el derecho a elegir y ser electo. Por otra parte, para Ferrajoli, los *derechos civiles* y los *derechos políticos* forman parte de la clase de los *derechos-poder* o *derechos de autonomía*, los primeros ejercidos en la esfera privada y los segundos en la esfera pública; y los *derechos de libertad*, junto con los *derechos sociales*, forman la clase de los *derechos-expectativa*; los primeros consistentes en expectativas negativas y los segundos en expectativas positivas, lo que implica para los poderes públicos la prohibición de interferencia y la obligación de prestaciones, respectivamente⁷³.

Pues bien, el profesor italiano sostiene que el mérito de su definición y de la tipología de derechos fundamentales propuesta, radica en su valor meramente teórico y, por tanto, independiente de cualquier sistema jurídico y político concreto. Consecuentemente, mientras se observen los criterios de estatus y universalidad, tanto la definición como la tipología pueden ser válidas para cualquier contexto. Y en ese sentido, «al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien la mayor parte limitados a clases bastante restringidas de sujetos»⁷⁴.

Podríamos decir que, para Ferrajoli, los estatus establecidos por los ordenamientos jurídicos son los

73. FERRAJOLI, Luigi, «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, pp. 104-105.

74. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos...* *op. cit.*, p. 23.

que determinan el tipo de sistema político y su nivel de legitimidad, ya que actúan como «parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad»⁷⁵.

De este modo señala que, a través de la historia, las desigualdades se han expresado mediante la negación de la identidad de persona, tal como sucedió con los esclavos, los indígenas y los negros, y de la negación de la capacidad de obrar y de ciudadanía, como pasó con los niños y con las mujeres, y que pasa hoy con los extranjeros. Pero en nuestros días, cuando teóricamente la capacidad de obrar se ha extendido a todos (con excepción de los menores y enfermos mentales), el único criterio que sigue expresando desigualdad es la ciudadanía⁷⁶, sobre todo ahora que el fenómeno de la migración está poniendo a prueba los valores de libertad e igualdad que acompañan los discursos de las sociedades democráticas.

En conclusión, para Ferrajoli, los criterios (estatus) de atribución de los derechos fundamentales no han cambiado a lo largo de la historia, sino que simplemente su significado se ha ido ampliando con la tendencia de ser universal⁷⁷, aunque en la actualidad el criterio de la ciudadanía parece fortalecerse cada vez más, sobre todo en los países y bloques de países más ricos, lo cual está generando una nueva «clase» de sujetos que viven bajo la

75. *Ibíd.*, pp. 23-24.

76. *Ibíd.*, p. 24.

77. *Ídem.*

sombra de la «ilegalidad» como producto de la migración indocumentada y su tratamiento⁷⁸.

De esta forma, la visión de los derechos como universales se quiebra ante la imposibilidad de reconocerlos a los no ciudadanos —los extranjeros—, lo cual suscita un problema democrático relacionado con la vulneración del principio de igualdad y del principio de control popular; el primero resulta vulnerado en tanto que existe una distinción en derechos entre inmigrantes y ciudadanos, y entre los mismos inmigrantes (es decir, entre los documentados y los indocumentados); el segundo, en tanto existe un sector de la población (inmigrante) que, a pesar de ser afectado por las decisiones políticas, no cuenta con los mecanismos (derechos) para controlarlas a través de su participación⁷⁹.

En esa línea, el tema de la migración y los derechos fundamentales, conectados con el concepto de ciudadanía, ocupan un importante apartado en el pensamiento de Ferrajoli, para quien la ciudadanía ya no es un factor de

78. Solanes sostiene que «[e]l aumento de los flujos migratorios ha determinado que, cada vez más, los ordenamientos jurídicos europeos potencien en la práctica (otra cuestión es que se dé el reconocimiento teórico sin ninguna medida posterior que lo haga eficaz) una mayor satisfacción de los derechos de los ciudadanos en detrimento de los de la persona», SOLANES CORELLA, Ángeles, «El acceso a los derechos sociales por parte de los inmigrantes: la vivienda», en AÑÓN ROIG, María José, *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 262.

79. ZAPATA-BARRERO, Ricard, «La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos», en AÑÓN ROIG, María José, *La universalidad de los derechos sociales...*, op. cit., p. 210.

inclusión y de igualdad como sucedía en los orígenes del Estado moderno, sino un criterio de exclusión y discriminación al haberse constituido en un privilegio de estatus de aquellos que son ciudadanos de los países ricos, lo cual contrasta abiertamente con el universalismo de los derechos, proclamado y reconocido en las constituciones políticas y en los instrumentos internacionales que constituyen la Carta Internacional de los Derechos Humanos⁸⁰.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Ferrajoli, a través de su propuesta, introduce un ejercicio de vinculación y desvinculación de los derechos fundamentales. Por un lado, se centra en desvincular la categoría de estos derechos de la de los «derechos patrimoniales», y por otro, insiste en vincular los «derechos fundamentales» con la categoría de los «derechos subjetivos».

En este contexto señala que, aunque los derechos fundamentales comparten con los derechos patrimoniales su calidad de derechos subjetivos, entre ellos existen

80. FERRAJOLI, Luigi, «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, pp. 116-117. Se denomina «Carta Internacional de Derechos Humanos» al conjunto de los tres instrumentos internacionales más importantes en materia de derechos humanos, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los dos Pactos Internacionales, uno referido a los derechos civiles y políticos, y el otro referido a los derechos económicos, sociales y culturales (1966).

varias diferencias sustanciales que hacen de los segundos derechos no fundamentales. Estas diferencias consisten en que los primeros son universales, indisponibles, inalienables e innegociables, mientras que los segundos son singulares, disponibles, alienables y negociables.

Nuestro autor advierte que estas diferencias siempre han estado ocultas debido al uso de la expresión «derecho subjetivo» para designar realidades jurídicas diversas y opuestas entre sí, lo cual se explica con las distintas ascendencias teóricas de las dos categorías de derechos: la filosofía iusnaturalista y contractualista de los siglos XVII y XVIII por lo que se refiere a los derechos fundamentales, y la tradición civilista y romanista en relación con los derechos patrimoniales⁸¹.

En tal sentido, esta mezcla de ambas categorías está presente en pensadores tan influyentes como Locke, quien a la pregunta ¿cuáles son los derechos fundamentales?, responde que son la vida, la libertad y la propiedad privada⁸². Desde ese momento esta última es considerada como un derecho natural, a tal punto que se ha hecho omnipresente en todas las cartas de derechos humanos, desde

81. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 25.

82. LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 38: «[...] y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones»; en general, sobre la propiedad, véase el capítulo V, pp. 55-75.

la Declaración de 1789, hasta la Declaración Universal de 1948, así como en la totalidad de las constituciones políticas de las sociedades contemporáneas.

No obstante, hay que matizar que este derecho de propiedad también es reconocido, fomentado y garantizado en su más amplio concepto de función social y limitado por motivos de necesidad o de interés público (constituciones hondureña, española, entre otras) o tiene un estatuto secundario que no le atribuye la protección mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Constitución española).

De cualquier manera, es de advertir que esta inclusión filosófica de la propiedad privada dentro de la categoría de los derechos fundamentales ha servido de fundamento clave para sostener el tradicional discurso liberal que tiende a mercantilizar varias esferas de la vida y que convierte la fuerza laboral en una mercancía más⁸³.

Por ello, al dar una mirada actualizada al pensamiento de Locke, se comprende que su discurso está en la base del capitalismo como modelo de las relaciones sociales en el que el trabajador vende su fuerza de trabajo al capital a cambio de un salario; como lo señala Macpherson, este «carácter posesivo se halla en la concepción democrático-liberal del individuo que es visto esencialmente como

83. *Ibíd.*, p. 56: «Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo».

propietario de su propia persona o de sus capacidades sin que deba nada a la sociedad por ellas»⁸⁴.

Este pensamiento ha influido decisivamente para que el derecho de propiedad ocupe un lugar muy importante en el pensamiento político-jurídico desde Locke hasta nuestros días, incluso que sea considerado más fundamental que otros contenidos e intereses esenciales para la dignidad humana. En ese sentido, si lo comparamos con la mayoría de los derechos sociales, su protección y garantía se ha positivizado de tal forma que se ha convertido en un derecho más consistente a la hora de acudir ante las instancias jurisdiccionales. Aunado a lo anterior, hay que tener en cuenta que la cuestión de la propiedad abarca toda una serie de problemáticas que no se limitan al mero conflicto de la tierra, sino que también implica serias restricciones a otros derechos fundamentales.

Por poner un ejemplo, la problemática de la tierra que se vive en Brasil, México o Centroamérica, particularmente Honduras, no solo está limitada a la reforma agraria o al respeto de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y tribales, sino que en su contorno subsisten causas y consecuencias que tienen que ver con la protección del ambiente, la migración del campo a la ciudad, la formación de cinturones de miseria alrededor de las grandes ciudades que no pueden responder a las necesidades de empleo, vivienda, salud, seguridad, escolaridad, etc.,

84. MACPHERSON, C. B., *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a LOCKE*, trad. de Juan Ramón Capella, Trotta, Madrid, 2005, p. 15.

de los nuevos contingentes migratorios, y sobre todo, la violencia institucional y la desidia del Estado ante la violencia organizada en contra de campesinos, indígenas y defensores del medio ambiente. Por tanto, es evidente que la cuestión de la propiedad privada y los conflictos que genera, afectan directamente tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos sociales.

2.1. Universalidad versus singularidad

La primera diferencia que Ferrajoli señala es la universalidad de unos frente a la singularidad de los otros. En esa línea, los derechos fundamentales son «universales» (*omnium*) en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que ostentan su titularidad; mientras que los derechos patrimoniales son derechos «singulares» (*singuli*), en el mismo sentido lógico de que para cada sujeto existe un titular determinado con exclusión de todos los demás. Por tanto, «los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad»⁸⁵.

Esta universalidad puede ser entendida en tres sentidos: (a) universales no solo por ser nunca realizables de una vez y perfectamente para todos y ser en consecuencia permanentemente normativos, sino también porque corresponden igualmente a todos; (b) no son

85. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd., Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 30.

intercambiables ni acumulables, sino que permanecen siempre iguales a sí mismos para cada persona; y (c) por ser personalísimos, son indivisibles en el sentido de que su falta o su injusta privación viola el propio valor de la persona y, por consiguiente, el de todas las personas⁸⁶.

Debido a ello, los derechos fundamentales también son «inclusivos» y fundamentan la «igualdad jurídica o en derechos», mientras que los derechos patrimoniales son «exclusivos» y se encuentran en la base de la «desigualdad jurídica o en derechos»; en ese sentido, todos somos igualmente libres de profesar nuestra propia religión, de no ser sometidos a torturas, de disponer de nuestras pertenencias e igualmente del derecho a la asistencia sanitaria o a la educación. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa: yo soy propietario de este vestido mío o de la casa en que habito, o sea, de objetos distintos de aquellos de que otros, y no yo, son propietarios⁸⁷.

Con esta clarificación, Ferrajoli cree resolver algunas aparentes aporías, dado que cuando hablamos del «derecho de propiedad» como un derecho civil semejante a los derechos de libertad, se alude implícitamente al derecho a convertirse en propietario vinculado a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de su propiedad, ligado a la capacidad de obrar⁸⁸.

Así como estos dos derechos fundamentales son diversos de los derechos reales (*ius in re*) sobre un bien

86. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 911.

87. *Ídem*.

88. *Ibíd.*, p. 31.

determinado, también el derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones es desemejante del derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño. Además, si se asume que la universalidad es característica de los derechos fundamentales, entonces no hay razón para excluir de esta categoría a los derechos sociales, cuya universalidad no está en duda⁸⁹.

Por tanto, los derechos fundamentales son personalísimos —al contrario de los derechos patrimoniales—, por lo que su nexos con el valor de la persona y con la igualdad permite identificar a su conjunto con la esfera de la tolerancia, y a sus violaciones con la esfera de lo intolerable⁹⁰.

A la par de esta distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, Ferrajoli también distingue los bienes en dos grandes clases: los *bienes patrimoniales*, en tanto objeto de derechos patrimoniales, y los *bienes fundamentales*, en tanto objeto de derechos fundamentales, particularmente los derechos primarios, que nuestro autor ha dividido en “libertades frente a”, “libertades de” y “derechos sociales”. A partir de esta distinción tripartita de tales derechos, él distingue a su vez los bienes fundamentales en (a) *bienes personalísimos*, los cuales son objeto de “libertades frente a”, es decir, de inmunidades *erga omnes*, siendo utilizables y accesibles únicamente por quien los posee como partes integrantes de su cuerpo, tales como sus órganos y su integridad; (b)

89. *Ídem*.

90. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, p. 908

bienes comunes, que son objeto de “libertades de”, es decir, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos a acceder a su uso y disfrute, como el medio ambiente; y (c) *bienes sociales*, los cuales son objeto de derechos sociales, como el agua o la alimentación⁹¹.

Aunque más adelante volveremos sobre el tema de los bienes, antes de concluir este apartado se debe reafirmar que, aunque la definición teórica de Ferrajoli no nos dice nada sobre los contenidos e intereses a proteger, sí nos permite identificar la estructura de los derechos fundamentales y, por tanto, garantizar su sustracción de la disponibilidad política y mercantil a través de su formulación en forma de regla general y, por consiguiente, de su concesión igual a todas las personas⁹².

2.2. *Indisponibilidad e inalienabilidad activa y pasiva*

La segunda diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales se encuentra intrínsecamente unida a la primera, y está referida a la indisponibilidad, inalienabilidad, inviolabilidad e intransigibilidad de los primeros, frente a la disponibilidad, negociabilidad y alienabilidad natural de los segundos. En ese sentido, los derechos fundamentales son personalísimos y permane-

91. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho...* op. cit., pp. 733-734.

92. FERRAJOLI, Luigi, «Sobre los derechos fundamentales»... op. cit., p. 117.

cen invariables, mientras que los derechos patrimoniales se acumulan, pueden venderse o cambiarse⁹³.

Los derechos patrimoniales sufren alteraciones y pueden extinguirse por su ejercicio, mientras que los derechos fundamentales permanecen invariables, independientemente de la forma en que son ejercidos. «Se consume, se vende, se permuta o se da en arrendamiento un bien de propiedad. En cambio, no se consumen y tampoco pueden venderse el derecho a la vida, los derechos a la integridad personal o los derechos civiles y políticos»⁹⁴. En esa línea, mientras los derechos patrimoniales son poderes que se adquieren mediante un título que es ejercido a través de actos potestativos, los derechos fundamentales son inmunidades o facultades reconocidas a todos con independencia de cualquier título⁹⁵.

La indisponibilidad de los derechos fundamentales implica que: (a) los sujetos titulares de los mismos no gozan de la potestad para alienarlos en virtud de la indisponibilidad activa; y que (b) otros sujetos, incluido el Estado, no tienen la autoridad para expropiarlos o limitarlos, en virtud de su indisponibilidad pasiva. De ahí que estos derechos impongan límites a sus propios titulares y a otros sujetos, en el sentido de imposibilitar su enajenación por parte de los primeros, y su privación por parte de los segundos⁹⁶.

93. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 31.

94. *Ibíd.*, p. 32.

95. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 908-909.

96. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 32.

Es evidente la vinculación de esta diferencia con la primera, dado que la singularidad de los derechos patrimoniales permite que puedan ser objeto de cambio en el mundo mercantil y susceptible de expropiación por causa de utilidad pública, como sucede con el derecho de propiedad en la mayoría de las constituciones contemporáneas; mientras que la universalidad de los derechos fundamentales los excluye de dicho mundo⁹⁷.

De este modo, para Ferrajoli, estas diferencias convalidan su noción formal de derechos fundamentales, ya que su fundamentalidad no radica en los valores que protegen, sino en que son universales e indisponibles. Por tanto, estos derechos constituyen un límite a los poderes públicos y a la autonomía de sus propios titulares, lo cual puede ser considerado como una insuperable cuestión paternalista, pues, sin esos límites, los derechos serían alienables y, en consecuencia, «también la libertad de alienar la propia libertad de alienar sería alienable, con un doble resultado: que todos los derechos fundamentales cesarían de ser universales [...] y que la libertad de alienar los propios derechos [...] comportaría el triunfo de la ley del más fuerte, el fin de todas las libertades y del mercado mismo y, en último análisis, la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza»⁹⁸.

Para finalizar este apartado es preciso volver a la distinción que Ferrajoli hace entre bienes personalísimos, bienes comunes y bienes sociales, ya que para él existe

97. *Ídem*.

98. *Ibíd.*, pp. 32-33.

una profunda diferencia de estructura entre ellos, la cual reside en su indisponibilidad. Así, los dos primeros —personalísimos y comunes— son objeto de derechos individuales negativos a los que llama *derechos biológicos* a la integridad personal y *derechos ecológicos*, consistentes en expectativas negativas a los que corresponden, como garantías, los límites fundamentales especificados por las respectivas prohibiciones *erga omnes* de lesión, entendida también como su autónoma disposición de hecho, debido a la indisponibilidad jurídica de los respectivos derechos. En cambio, los bienes sociales son objeto de derechos positivos consistentes en «expectativas positivas a las que corresponden, como garantías, los vínculos fundamentales especificados por las respectivas obligaciones públicas, igualmente *erga omnes*, de proporcionar las prestaciones pertinentes»⁹⁹.

Bajo estos parámetros, los bienes sociales son objeto de los derechos sociales a su prestación, en tanto no pertenecen y no son accesibles naturalmente a cuantos hacen uso de ellos; por ejemplo, los alimentos o los fármacos esenciales que no son bienes ontológicamente fundamentales sino que, por lo común, son bienes patrimoniales y artificiales y, por tanto, disponibles, pero que se transforman en bienes fundamentales gracias a las normas tético-deónticas que disponen los derechos sociales que los tienen por objeto. Al contrario, los bienes personalísimos y los comunes son bienes naturales

99. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 735.

cuya garantía, como objetos de otros tantos derechos negativos, reside en su indisponibilidad, la cual, en el caso de los primeros (personalísimos) se halla conectada al hecho de que el cuerpo humano «forma un todo con la persona, y por tanto al principio de que las personas no son objetos ni cosas», mientras que en el caso de los segundos (comunes), la indisponibilidad está conectada al hecho de que son patrimonio común de la humanidad «compuesta por los derechos de uso y disfrute adscritos a todos los seres humanos en cuanto componentes del género humano»¹⁰⁰.

En conclusión, esta indisponibilidad de los bienes es diferente a la que se predica de la de los derechos fundamentales, pues mientras la indisponibilidad de tales derechos y la disponibilidad de los derechos patrimoniales son de tipo alético —en el sentido de que son el resultado de la universalidad de los primeros y de la singularidad de los segundos—, «la indisponibilidad de los bienes personalísimos y de algunos de los comunes es de tipo deóntico, consistiendo en el hecho de que su disposición está excluida en virtud de una prohibición absoluta o *erga omnes*»¹⁰¹.

2.3. Normas téticas y normas hipotéticas

La tercera diferencia se relaciona con la estructura jurídica de los derechos, pues, en el caso de los derechos

100. *Ibíd.*, pp. 735-736. Las citas textuales corresponden a la p. 736.

101. *Ibíd.*, p. 736.

patrimoniales, su disponibilidad hace que cedan ante cualquier acontecimiento jurídico que constituya una modificación o extinción; en otras palabras, tienen por título actos de tipo negocial, como los contratos o los testamentos, a diferencia de los derechos fundamentales que «tienen su título inmediatamente en la ley, en el sentido de que son todos *ex lege*, o sea, conferidos a través de reglas generales de rango habitualmente constitucional»¹⁰².

Mientras los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas; es decir, los primeros se identifican plenamente con las propias normas que los atribuyen, y los segundos son siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y predispuestas por las normas que los prevén como sus efectos. De esta forma, las del primer género son normas téticas, mientras que las segundas son normas hipotéticas. Es importante advertir que, dentro de las normas téticas, también se incluyen las que imponen obligaciones o prohibiciones y, dentro de las segundas, no solamente las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también las que predisponen obligaciones civiles como efectos de actos contractuales¹⁰³.

Además, mientras las primeras expresan la dimensión nomoestática del ordenamiento, las segundas enuncian su dimensión nomodinámica, y ello significa que mientras el

102. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 33.

103. *Ibíd.*, pp. 33-34.

ejercicio de los derechos patrimoniales puede producir derechos y obligaciones tanto en la esfera jurídica propia como en la de otros, el ejercicio de los derechos fundamentales consiste en simples comportamientos despojados de efectos jurídicos en el ámbito de otros sujetos¹⁰⁴.

En conclusión, para el profesor italiano los derechos fundamentales (a) son ellos mismos normas téticas, pues se identifican con las reglas que los establecen, a diferencia de los derechos patrimoniales, que están no dispuestas sino pre-dispuestas por normas hipotéticas como efectos de los actos negociales por ellas previstos; y (b) son normas sustantivas sobre la producción legislativa, «dado que disciplinan no ya la forma, sino la sustancia de las normas producidas, vinculándola a la garantía de la paz y de los derechos vitales en la que reside la razón social de la democracia constitucional». Sobre esto volveremos más adelante. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión no es más que el significado del artículo de la Constitución que enuncia la norma constitucional mediante la que tal derecho es conferido, mientras que un derecho patrimonial nunca es él mismo una norma, sino que solo está «predispuesto por una norma como efecto de los actos por ella tomados como hipótesis»¹⁰⁵.

Ante la afirmación de Ferrajoli de que los derechos fundamentales son normas, considero importante resal-

104. *Ibíd.*, p. 34.

105. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia... op. cit.*, p. 22.

tar que Robert Alexy plantea que, aunque existen estrechas conexiones entre el concepto de norma de derecho fundamental y el de derecho fundamental, ello no significa que no exista la necesidad de distinguir un concepto del otro. En esa línea, señala que «siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho [...] y que] es dudoso que valga lo inverso»¹⁰⁶.

Por tanto, si la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de su correspondiente norma de derecho fundamental, es necesario determinar exactamente qué es este tipo de norma. En ese sentido, es evidente que toda norma de derecho fundamental es, en primer lugar, una norma. Consecuentemente, las mismas comparten los problemas similares del concepto de norma en general, debido a que es usada con diferentes significados tanto en el lenguaje común como en el lenguaje de otras ciencias¹⁰⁷.

Para lo que aquí nos interesa, la pregunta ¿qué son normas de derecho fundamental? puede ser planteada de forma abstracta cuando los criterios que definen una norma iusfundamental son independientes de su pertenencia a un orden jurídico determinado; y de forma concreta, cuando nos preguntamos qué normas son o no son fundamentales en un ordenamiento jurídico preciso (el español, el alemán, el hondureño, etc.)¹⁰⁸.

106. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, p. 47.

107. Aquí no nos detendremos a determinar el concepto de norma y de norma de derecho fundamental, para ello remitimos a *Ibíd.*, pp. 47-80.

108. *Ibíd.*, p. 62.

Tomando en consideración lo anterior, en primer lugar me parece que Ferrajoli no se detiene en la distinción entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental propiamente dicho, tal como lo sugiere Alexy¹⁰⁹ y, en segundo lugar, deduzco que realiza la pregunta ¿qué son normas iusfundamentales? desde un ámbito abstracto, dado que estipula sus criterios definitorios, independientemente de que estén formulados o no en cartas constitucionales o en normas de derecho internacional.

2.4. Verticalidad y horizontalidad

Finalmente, para Ferrajoli, la cuarta diferencia nos ayuda a comprender la estructura del Estado constitucional de derecho y consiste en que mientras los derechos patrimoniales son horizontales, los derechos fundamentales son verticales¹¹⁰.

109. El propio Ferrajoli señala que, a diferencia suya, Alexy distingue expresamente entre derechos fundamentales y normas sobre derechos fundamentales; también en otro momento plantea que «las normas sobre derechos fundamentales están dotadas de rigidez absoluta porque no son más que los mismos derechos fundamentales establecidos como *inviolables* [...] ellos mismos *son* normas; FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 33, nota de pie de página 18 y p. 38; a su vez, en otro lugar plantea que si las normas constitucionales sustanciales no son sino los derechos fundamentales, estas nos pertenecen a todos, quienes somos sus titulares; FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho... op. cit.*, p. 172.

110. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 34.

Esto en un doble sentido, (a) mientras las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista, las relaciones entre los titulares de los derechos fundamentales son de tipo publicista; y (b) mientras a los derechos patrimoniales les corresponde la obligación general de no lesión en el caso de los derechos reales, y la obligación de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales, cuando tengan expresión en normas constitucionales, les atañen prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado. En tal sentido, estos se constituyen en condición de legitimidad de los poderes públicos y determinan la sustancialidad de la democracia¹¹¹.

Aunque Ferrajoli sostiene que la correlación de los derechos con los deberes sirve para redefinir la extensión de los primeros en las relaciones entre particulares¹¹², no me resulta claro si cuando señala que los derechos fundamentales son verticales, al ser relaciones del individuo solo o también frente al Estado, descarta la posibilidad del efecto horizontal de los mismos; si fuera así, es preciso realizar una matización al respecto.

La constitucionalización e internacionalización de los derechos fundamentales ha permitido reconocer, en mayor o menor grado, la eficacia de estos en las relaciones entre particulares, como lo demuestra la llamada

111. *Ibíd.*, pp. 34-35.

112. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 616.

Drittwirkung de la doctrina constitucional alemana, así como los avances jurisprudenciales en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Ambos aspectos nos hacen pensar que la línea divisoria entre la horizontalidad y la verticalidad que aparentemente plantea Ferrajoli, tiende a difuminarse.

En relación con la *Drittwirkung*, Alexy señala que si ante la pregunta sobre la influencia de las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico se responde que se limita simplemente a la relación entre el Estado y los ciudadanos, esta respuesta es incompleta, ya que el hecho de que a los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los otros ciudadanos y a determinados contenidos del derecho civil, demuestra que las normas iusfundamentales también tienen influencia en la relación ciudadano/ciudadano¹¹³.

No obstante, el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no es del todo pacífico, ya que se objeta especialmente que la teoría de la *Drittwirkung* es incompatible

113. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 506-507: «Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil. Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que sus fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas iusfundamentales en las normas del derecho civil y, con ello, en la relación ciudadano/ciudadano». Para una visión general de los derechos de protección, véase pp. 435-454; y para un análisis ampliado sobre la horizontalidad de los derechos fundamentales, véase, pp. 506-524.

con el principio de autonomía privada que habilita a los individuos a regular el contenido de sus relaciones con otros. Frente a ello, hay que señalar que tal incompatibilidad solo se manifiesta si concebimos el principio de autonomía de forma absoluta (concepción clásica), y no como se entiende hoy, condicionado por los principios de justicia y de utilidad, y por tanto, limitando el alcance de la voluntad de las partes, justamente para garantizar que su consentimiento sea la auténtica expresión de la autonomía¹¹⁴.

En ese orden de ideas, Alexy concluye que es generalmente aceptado que las normas iusfundamentales tienen un efecto horizontal y que lo que realmente está en discusión es cómo y en qué medida ejercen tal influencia en las relaciones entre particulares. En relación con el *cómo*, considera que se trata de un problema de construcción, mientras que en relación con *en qué medida*, se trata de un problema de colisión. Ambos problemas resultan de una distinción elemental en las relaciones entre los sujetos implicados, dado que en la relación Estado/ciudadano,

114. VENEGAS GRAU, María, «Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada», en *Seminario de Filosofía del Derecho*, Sesión N° 7, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 22 de mayo de 2000, pp. 20-21. Para un análisis más amplio véase, VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004; y Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

el primero es un no-titular de derecho fundamental, y el segundo es un titular de derecho fundamental, mientras que en la relación ciudadano/ciudadano, ambos sujetos son titulares de derechos fundamentales.

Sin permitirme entrar en el fondo de la cuestión, Alexy plantea que se pueden distinguir tres teorías de la construcción: (a) la del efecto mediato a terceros; (b) la del efecto inmediato; y (c) la del efecto producido a través de derechos frente al Estado. Baste decir que todas tienen alcances diferentes, pues mientras la primera y la segunda apuntan al juez, la tercera abarca tanto al legislador como al juez. Estas tres teorías, al aceptar que los sujetos (ciudadano/ciudadano) son titulares de derechos fundamentales, admiten gradaciones en su eficacia y consideran la medida del efecto como una cuestión de ponderación¹¹⁵.

También es importante señalar que, el considerar cada teoría por separado como si fuera la correcta, en exclusión de las otras, las hace a todas inadecuadas, ya que cada una de ellas acentúa correctamente algunos de los aspectos de las relaciones horizontales. Ante ello, Alexy cree necesario esbozar los rasgos esenciales que abarquen todos los aspectos para obtener una solución completa.

Por ello, propone un modelo que se divida en tres niveles: (a) el de los deberes del Estado; (b) el de los derechos frente al Estado; y (c) el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Gracias a estos tres niveles, el efecto en terceros es siempre inmediato,

115. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 511-514.

entendido no como si solo existiera el nivel del efecto inmediato en terceros en sentido estricto, sino teniendo en cuenta la existencia de los tres niveles, cada uno referido a un aspecto específico. En ese sentido, la elección del nivel pertinente en cada caso en la respectiva fundamentación jurídica, será una cuestión de funcionalidad, pero sin que ello implique primacía de ninguno de ellos sobre el resto¹¹⁶.

Es importante resaltar que la cuestión sobre la *Dritt-wirkung* se sitúa dentro de un análisis más general acerca de la influencia de la constitución en las leyes inferiores y sobre la concepción de los derechos fundamentales como principios básicos del orden constitucional que les permite tener una eficacia irradiadora sobre el resto del ordenamiento jurídico (dimensión objetiva)¹¹⁷.

Por ello, Böckenförde también señala que «la denominada *eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales* es el hijo legítimo del efecto de irradiación, en el fondo nada más que un intento de elaborarla dogmáticamente», por lo que la disputa sobre la eficacia directa o indirecta frente a terceros, es al final un problema secundario, si no marginal¹¹⁸.

116. *Ibid.*, pp. 515-524.

117. VENEGAS GRAU, María, «Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada»... *op. cit.*, p. 24.

118. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», en *Íd.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993. La cita textual corresponde a la p. 112.

Finalmente, en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, hay datos que nos muestran, con ciertos matices, que los derechos previstos en estos tratados tienen eficacia entre particulares¹¹⁹. De forma general, me permito señalar algunas de estas normas internacionales que establecen derechos cuyo sujeto pasivo es un particular; por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el PIDESC) en su artículo 7 señala que los derechos laborales reconocidos en el mismo no se refieren solamente a los casos en que el Estado es el empleador, sino principalmente a los casos en los que el empleador es un sujeto privado.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula en su artículo 26.1 el derecho de rectificación o respuesta que está destinado a ser efectivo ante un particular; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece, en numerosas cláusulas, obligaciones dirigidas a los particulares, ejemplo de ello es la obligación de los padres frente a sus hijos menores; la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer establece prohibiciones

119. Para un análisis ampliado sobre el efecto *horizontal* de estas normas, véase COURTIS, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares. Nuevos horizontes*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, pp. 49-78. Véase también MEJÍA R., Joaquín A., «Tratados de libre comercio y derechos humanos: Un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año IV, núm. 5, San José, Costa Rica, diciembre de 2009, pp. 1-12.

y obligaciones tanto al Estado como a los particulares.

Además, en relación con alguna jurisprudencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el Comité DESC) ha señalado que el artículo 22 del PIDESC tiene efectividad no sólo para los Estados Partes, sino también para diversos órganos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional quienes, además, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la alimentación en sus políticas crediticias y de reajustes relacionados con la deuda externa¹²⁰.

En el ámbito regional americano, la Corte IDH ha sostenido que

[...] en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos

120. Comité DESC, *Observación General N° 2 (1990). Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto)*, párr. 2 y 9; Comité DESC, *Observación General N° 12 (1999). El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, párr. 41.

como por los particulares en relación con otros particulares¹²¹.

Para reafirmar lo anterior, el juez Cançado Trindade señala que «en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes partes* bajo un tratado de derechos humanos como la Convención Americana también asumen especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), inclusive particulares (v.g., en las relaciones laborales)»¹²².

En esa misma línea, el juez Salgado Pesantes ratifica que «la obligación de respetar los derechos humanos no es sólo del Estado, es también de los particulares en su interrelación con otros particulares. El ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos [...ya que] los destinatarios de los derechos humanos — además del Estado (ámbito público)— son también los terceros (ámbito privado), que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares»¹²³.

121. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, párr. 140; véase a su vez, párr. 110, 133, 151 y 152; también véase, Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 04 de julio de 2006, párr. 86-90 y 141-146.

122. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos...* *op. cit.*, voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 83.

123. *Ibíd.*, voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, párr. 18 y 19.

Por tanto, tomando en consideración que una vez que estos tratados internacionales son ratificados por los Estados y pasan a formar parte del derecho interno, tanto sus estipulaciones como la jurisprudencia de los órganos encargados de su vigilancia, nos evidencian que los derechos fundamentales también tienen un efecto horizontal.

En términos generales podemos concluir que la definición formal de derecho fundamental de Ferrajoli resulta sumamente atractiva, debido a que permite identificar en estos la base de la igualdad jurídica en virtud de su carácter universal; es decir, que son adscritos a «todos» en cuanto pertenecientes a cierta clase de sujetos a quienes se les reconoce su titularidad en un ordenamiento determinado, y además, permite fundar cuatro tesis que, como el propio profesor italiano señala, son indispensables para una teoría de la democracia constitucional.

Como ya lo hemos expuesto, estas tesis se refieren a la diferencia estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales; la no necesaria coincidencia entre los derechos fundamentales con la ciudadanía; la separación entre derechos y garantías; y la identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia¹²⁴.

A pesar de las críticas a su definición, que más adelante analizaremos, la propuesta de Ferrajoli plantea de manera innovadora algunas cuestiones que se consideran problemáticas en relación con los derechos sociales, como

124. FERRAJOLI, Luigi, «Derechos Fundamentales», en *Íd., Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 25.

el tema de su papel en las sociedades democráticas y la cuestión de sus garantías.

En relación con lo primero, su concepción de democracia va más allá del mero elemento procedimental y de la regla de la mayoría¹²⁵, donde los derechos fundamentales juegan un papel de límites y vínculos a la misma en el sentido de integrar ciertos contenidos considerados importantes y que, por tanto, forman tres esferas que condicionan las decisiones políticas: la esfera de *lo indecidible*, constituida por los derechos de libertad y de autonomía; la esfera de *lo indecidible que no*, constituida por los derechos sociales; y la esfera de *lo decidible*, constituida por el legítimo ejercicio de los derechos de autonomía política y privada¹²⁶.

125. Ferrajoli sostiene que «[c]on frecuencia confundimos, en razón de una larga tradición politológica, la democracia con la voluntad de la mayoría. A la mayoría o, si se quiere, al pueblo soberano, todo le estaría permitido, en razón de una suerte de presunción apriorística de legitimidad de la voluntad popular. Un equívoco al que también ha contribuido la concepción del proceso constituyente inducida, directa o indirectamente, por las doctrinas contractualistas. Se supone que el contrato social, es decir, el pacto constituyente, es un contrato suscrito por la mayoría, o al menos que expresa su voluntad profunda y auténtica, interpretada por los padres constituyentes. Y se ven sus límites —piénsese en ciertas tesis del pensamiento feminista— en la medida en que entre los contrayentes, o si se quiere, entre la mayoría que ha estipulado el contrato, se encuentren o hayan sido excluidos sectores relevantes de la sociedad», FERRAJOLI, Luigi, «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, p. 368.

126. FERRAJOLI, Luigi, «Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, México, 2003, pp. 230-231.

En ese sentido, Ferrajoli define la democracia como un «sistema frágil y complejo de separación y de equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación contra sus violaciones»¹²⁷. Esta tesis será desarrollada más adelante.

En relación con lo segundo, el profesor italiano plantea la separación entre los derechos y sus garantías, por lo que es posible que existan las expectativas que contienen los derechos pero no sus garantías; en consecuencia, estaríamos ante una laguna que los poderes públicos tienen la obligación de colmar y no ante un no-derecho.

La distinción entre ambos conceptos permite refutar algunas opiniones que consideran que los derechos sociales, por no contar a veces con sus debidas garantías, son «derechos de papel», «derechos de segunda clase» o simples principios políticos de carácter programático, lo cual es una visión reduccionista de la existencia del derecho a la efectividad de su garantía. Esta tesis la desarrollaremos con mayor profundidad en el siguiente apartado.

127. FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho...* op. cit., p. 144.

II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS: LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

El reconocimiento internacional y la incorporación constitucional de los derechos sociales no han sido acompañados de la elaboración de las respectivas garantías¹²⁸ que, entre otras cosas, no les permiten ser justiciables, razón por la cual muchas veces se cuestiona su naturaleza de fundamental¹²⁹.

128. Ferrajoli sostiene que «Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo», en FERRAJOLI, L., «Garantías», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 38, Madrid, 2000, p. 39. Por su parte, Peña Freire sostiene que «Garantía [...] son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional», PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, prólogo de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Trotta, Madrid, 1997, pp. 28-29.

129. Por ejemplo, Hayek sostiene que el reconocimiento de los derechos sociales en el ámbito internacional no es más que un «espectáculo de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Es sabido que esta falta de garantías se debe más que todo a que los medios jurídicos (especialmente jurisdiccionales) existentes fueron diseñados para tutelar los derechos de libertad como únicos herederos de la estructura del Estado liberal del siglo XIX. Por ello, Ferrajoli señala que hasta el momento no se ha construido una estructura garantista que permita proteger y, en su caso, reparar las violaciones de los derechos sociales de una forma análoga a como se hace con los derechos civiles y políticos¹³⁰.

[que mina] el respeto que debería merecer, [pues fomenta] el ingenuo prejuicio de que se puede crear cualquier situación que se considera deseable simplemente decretando su existencia, cayendo en el engaño de poder beneficiarse del orden espontáneo de la sociedad y al mismo tiempo modelarlo a placer [...] El concepto de “derecho universal” que garantice al campesino, al esquimal y acaso también al Abominable Hombre de las Nieves “vacaciones periódicas pagadas” muestra lo absurdo de todo esto. Incluso un adarme de buen sentido habría podido sugerir a los autores de este documento [la Declaración Universal de los Derechos Humanos] que lo que decretaban como derechos universales era, en el presente y para todo futuro previsible, absolutamente imposible de alcanzar. Proclamarlos solemnemente como derechos significaba jugar irresponsablemente con el concepto de “derecho”, lo cual sólo puede conducir a menoscar el respeto que el derecho merece», HAYEK, Friedrich A. von, «El espejismo de la justicia social», en Íd., *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006, pp. 303-308.

130. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 863 y 912; este autor también señala que la categoría de «derecho subjetivo» es una construcción moderna, fruto de las doctrinas de los «derechos naturales» desarrolladas en los siglos XVII y XVIII. «Su sistematización dogmática se llevó a cabo, sin embargo, por

No obstante, con la definición formal de derechos fundamentales que él propone, queda claro que las garantías no convierten en fundamental a un derecho, sino el hecho de que estén adscritos universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de los estatus de persona, ciudadano y capaz de obrar, en virtud de lo cual, los poderes públicos deben garantizarlos.

Para Ferrajoli, una de las ventajas de su definición es que permite fundar cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional, las cuales se refieren a la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, la no necesaria coincidencia entre los primeros con la ciudadanía, su identificación con la democracia sustancial, y finalmente, la relacionada con la distinción entre derechos y garantías, la cual plantea desafíos importantes para la ciencia jurídica de cara a la protección de los derechos sociales.

1. UNA CONCEPCIÓN AMPLIA DE DERECHO SUBJETIVO

Antes de profundizar en la distinción entre derechos y garantías, es necesario destacar que el tema del derecho subjetivo siempre ha sido una cuestión muy controvertida y hasta el momento no ha conducido a un consenso, debido, entre otras cosas, a la «falta de un cuestionamiento correcto y preciso», y a que en la discusión actual se

la ciencia jurídica decimonónica, que injertó en ella una segunda operación: la calificación de los derechos fundamentales dentro de la categoría más amplia de los “derechos públicos subjetivos”, ya no fundantes sino fundados por el Estado».

analizan cuestiones sumamente diferentes cuando nos referimos al concepto de derecho subjetivo¹³¹.

Una de las construcciones teóricas más importantes sobre el concepto de derecho subjetivo fue realizada por Hans Kelsen, quien la desarrolló partiendo de la crítica a las teorías dominantes de ese momento (del interés de Jhering, de la voluntad de Windscheid y de la combinación de Jellinek)¹³².

131. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 173-185. La cita textual corresponde a la p. 173. Para este autor se distinguen tres tipos de cuestiones: normativas (ético-filosóficas y jurídico-dogmáticas), empíricas (sobre el surgimiento, la historia y la función social) y analíticas (posiciones y relaciones jurídicas); con base en esta última cuestión, Alexy plantea que «si se entiende a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas [...] es posible distinguir entre (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imposibilidad jurídica de los derechos subjetivos [...] La distinción insuficiente entre estas tres cosas es una de las causas esenciales de la interminable polémica acerca del concepto del derecho subjetivo [...]».

132. Sobre un análisis general de las críticas de Kelsen a estas y otras teorías, véase CRUZ PARCERO, Juan A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, prólogo de Manuel Atienza, Fontamara, México, 2004, pp. 26-37; también véase, PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 135-141. Por su parte, Ferrajoli sostiene que el esquema privatista del derecho subjetivo se revela de una desconcertante fragilidad, tanto en su configuración como «potestad de querer» (Windscheid), como en la de «interés jurídicamente protegido» (Jhering). Más tarde, según el esquema del interés jurídicamente protegido, se configuraron como «derechos públicos subjetivos», producidos por «una auto-obligación» o «auto-limitación» del Estado (Jellinek).

Para Kelsen, un derecho subjetivo en sentido técnico consiste en el poder jurídico que tiene un sujeto de accionar ante un órgano determinado para demandar la sanción de otro sujeto que, estando jurídicamente obligado, no ha cumplido con su deber¹³³. En ese sentido, este autor identifica básicamente el derecho subjetivo con la facultad procesal del titular de recurrir a los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de una obligación correlativa¹³⁴.

Y en relación con los derechos fundamentales, Kelsen sostiene que solo se constituyen en derechos subjetivos en el sentido de tal poder jurídico, cuando una norma otorga a un sujeto que es afectado por una ley inconstitucional, la facultad procesal para exigir y lograr la supresión de la misma, «puesto que el sentido del acto mediante el cual se elimina una norma, es él mismo una norma, la libertad garantizada consiste en el poder intervenir en la producción de esas normas»¹³⁵.

Finalmente, «la noción fue marginada como conceptualmente inconsistente a causa de su carácter genérico o, a lo sumo, rebajada a un presupuesto técnico de la aplicación de la sanción» (Kelsen), FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, p. 913.

133. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho... op. cit.*, pp. 146-147; véanse también pp. 156-157; para este autor, hay otros cuatro sentidos en que se puede decir que una persona tiene un derecho subjetivo: (a) derecho subjetivo como reflejo de una obligación jurídica; (b) derecho político; (c) derecho o libertad fundamental; y (d) derecho subjetivo como permisión positiva.

134. *Ibíd.*, p. 147: «Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico encontramos en el derecho en sentido subjetivo, diferente de la obligación jurídica, un derecho subjetivo en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación».

135. *Ibíd.*, p. 155.

Alexy considera que identificar el derecho subjetivo (fundamental) con la capacidad para su imposición en virtud del cumplimiento de un deber, tal como lo hace Kelsen, no da cuenta de que los derechos fundamentales contienen un haz de posiciones iusfundamentales que pueden ser tanto una libertad jurídica como un derecho a acciones negativas o positivas del Estado¹³⁶, así como en virtud de la teoría de los principios, una imposición de principios de mandato y de directrices.

136. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...* *op. cit.*, pp. 181-183 y 241-242. Hohfeld también señala que el término «derecho subjetivo» se utiliza sin advertir que a veces se trata de cuestiones distintas como privilegio, inmunidad, potestad o poder, HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1991, pp. 46-50; también Ferrajoli sostiene que se da un uso indiscriminado a la palabra «derecho subjetivo» referida a un similar cúmulo de figuras heterogéneas, viendo en ese uso el vehículo de una secular operación de mistificación a la que han contribuido tanto la tradición liberal como la socialista, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* *op. cit.*, p. 909. Peña Freire sostiene que la relación entre derechos fundamentales y derechos subjetivos se puede entender en dos sentidos contrapuestos: (a) que el derecho subjetivo es idóneo para ser vehículo de expresión de todos los atributos de la personalidad humana y (b) que es un expediente técnico-jurídico que designa una determinada relación jurídica entre dos sujetos en atención a determinados intereses personales que, además, en la mayoría de los casos, son de naturaleza privada o patrimonial. «Si se opta por la primera de las posiciones señaladas, se concluirá que los derechos humanos son especies cualificadas de los subjetivos. Sin embargo, si se piensa en el segundo sentido, se tenderá a afirmar que entre ambas figuras no existe más relación que la puntual y coyuntural construcción de determinados derechos fundamentales como derechos subjetivos, pero que, en el fondo, nos hallamos ante categorías jurídicas netamente diferentes», PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional...* *op. cit.*, p. 129.

Si tomamos en cuenta que el modelo kelseniano de derecho subjetivo es el más generalizado, no es de extrañar que ante la pregunta de si los derechos sociales son auténticos derechos, en su sentido técnico, la respuesta sería que muy pocos de ellos; es decir, los que pueden ser tutelados jurisdiccionalmente y, por tanto, la noción de derechos sociales sería una contradicción en los términos, pues no reúne los requerimientos necesarios para hablar de un derecho subjetivo en sentido estricto¹³⁷.

Frente a esta opinión generalizada en relación con los derechos subjetivos, Ferrajoli plantea una de sus propuestas más importantes relacionada con la distinción entre derechos y garantías, al establecer que los derechos subjetivos (fundamentales) producidos por normas técnicas pueden existir sin que hayan sido producidas las correspondientes obligaciones o prohibiciones que son sus garantías. De un lado, las *garantías de los derechos subjetivos*, a las que llama *garantías primarias*, de *primer grado* o *sustanciales*, cuya actuación equivale a una efectividad sustancial o de primer grado de los derechos mismos; y de otro lado, las *garantías de la anulabilidad y de la responsabilidad*, a las que llama *garantías secundarias*, de *segundo grado*, *instrumentales* o *jurisdiccio-*

137. ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?» en *Discusiones*, núm. 4, 2004, pp. 15 y 23. Como señala este autor, tradicionalmente se ha considerado que para que podamos hablar de un derecho subjetivo es necesario que una persona (a) tenga una obligación; (b) cuya exigibilidad esté jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra; y (c) que sea reconocida por el derecho en atención al interés de esa otra; véase en la misma publicación el debate al respecto.

nales, que intervienen en caso de falta de actuación o de efectividad de las garantías del primer tipo. En síntesis, las garantías primarias son las garantías de los derechos, mientras que las garantías secundarias son las garantías de la anulabilidad y de la responsabilidad frente a las posibles violaciones de las primeras a consecuencia de actos inválidos o de actos ilícitos¹³⁸.

Bajo estos parámetros, los derechos fundamentales consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). A las obligaciones o deberes de prestación y a las prohibiciones o deberes de no lesión, Ferrajoli las llama *garantías primarias* o *sustanciales*; y a las obligaciones o deberes de sancionar judicialmente y reparar las violaciones de las garantías primarias, las llama *garantías secundarias* o *procedimentales*. Tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo (garantías primarias) como las obligaciones del segundo (garantías secundarias), no solamente pueden ser vulneradas, sino que a veces ni siquiera se encuentran establecidas normativamente. En síntesis, garantizar un derecho implica determinar quién debe satisfacerlo o no violarlo y cómo debe ser reparada o sancionada su falta de satisfacción o violación¹³⁹.

138. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 618 y 631.

139. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 26; en general, también puede verse, *Íd.*, «Derechos fundamentales», en *Íd.*, *Derechos y garantías... op. cit.*, pp. 43 y 59-65. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 637.

Como en términos generales los derechos fundamentales se dividen en individuales y sociales, los deberes fundamentales correspondientes son el conjunto de los límites y los vínculos fundamentales que constituyen las garantías primarias de todos estos derechos. En concreto, los derechos individuales, al consistir en derechos negativos, encuentran sus posibles garantías en límites fundamentales consistentes en la prohibición absoluta (*erga omnes*) de su lesión, mientras que los derechos sociales, al consistir en derechos positivos, las encuentran en vínculos fundamentales consistentes en la obligación absoluta (*erga omnes*) de las prestaciones que los satisfacen¹⁴⁰.

Para el profesor Italiano, las garantías secundarias pueden ser de dos tipos, dependiendo del tipo de violación; así, están: (a) la garantía dirigida a actuar la *responsabilidad* para reparar, mediante una condena o sanción, una violación consistente en un acto ilícito (informal); y (b) la garantía dirigida a actuar la *anulabilidad* para reparar, mediante un pronunciamiento de anulación, una violación consistente en un acto inválido (formal). Ambas categorías están orientadas a la actuación de la justicia-bilidad de las violaciones jurídicas, ya sean actos ilícitos o actos inválidos. En síntesis, la primera garantía de un derecho radica en el hecho de que alguien sea titular del deber correlativo; la segunda reside en el hecho de que alguien sea titular del deber de actuar la *responsabilidad* o la *anulabilidad* resultante de la violación del derecho¹⁴¹.

140. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 731.

141. *Ibid.*, pp. 634 y 637.

En conclusión, la actuación de estas garantías requiere siempre la intermediación de un juicio en el que se constaten sus presupuestos mediante un procedimiento normativamente regulado, activado por quien tiene el poder para ello, y destinado a culminar con un pronunciamiento de anulación o de condena. Por ello es que se puede decir que las garantías secundarias articulan una compleja serie de subgarantías que, sin contar con las garantías procesales predispuestas a favor del demandado y el demandante, son: (a) el derecho de acción, que constituye, respecto de los derechos violados, un meta-derecho activo —de actuar— y positivo —a obtener justicia—; (b) la obligación correlativa del juez de pronunciar una anulación o una condena; (c) la obligatoriedad de la acción penal, del consiguiente juicio y de la irrogación de la pena; y (d) la obligación de acordar la ejecución forzosa cuando la sanción civil no sea espontáneamente cumplida por el responsable¹⁴².

También es importante destacar que Ferrajoli establece una serie de diferencias entre las garantías primarias y las secundarias, a saber: (a) las primarias están encaminadas a la inmediata tutela o satisfacción de los respectivos derechos mediante la obediencia a las correspondientes obligaciones o prohibiciones, mientras que las secundarias son garantías reparadoras dirigidas a eliminar o reducir el daño producido, o a intimidar y castigar a los responsables; (b) las primarias consisten en la inmediata satisfacción o no violación de los derechos, es decir, en la obediencia de los deberes correspondientes a los mismos;

142. *Ibid.*, p. 639.

las secundarias consisten en la garantía de la anulabilidad de los actos inválidos y de la responsabilidad por los actos ilícitos que constituyen las desobediencias de las garantías primarias; y (c) la falta de garantías primarias, en tanto suponen la previsión de obligaciones o prohibiciones atribuidas a sujetos determinados, puede ser remediable a través de la actividad interpretativa o la actividad normativa, mientras que la falta de garantías secundarias, al suponer la material institución de los sujetos a cargo de los deberes, o sea, la creación de los aparatos judiciales idóneos para aplicarlas apropiadamente, no se remedia con la simple actividad interpretativa o incluso solo con la actividad normativa, ya que dicha ausencia no es debida únicamente a la estructura nomodinámica del derecho positivo¹⁴³.

De esta forma, nuestro autor sostiene que la negación de los derechos en ausencia de sus garantías es producto de la confusión entre ambos conceptos, por lo cual es necesario advertir que la ausencia de las garantías no condiciona la existencia del derecho, pues sobre la base de la tesis de distinción entre ambos, la ausencia de las correspondientes garantías solamente consiste en una *laguna*¹⁴⁴ que debe ser resuelta, sea por el intérprete o

143. *Ibíd.*, pp. 637-638.

144. *Ibíd.*, p. 646: «Laguna» es el vicio producido por la indebida omisión de la adopción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma ausente [...]. El rasgo característico de las lagunas reside en cambio en la falta de producción, en violación de una norma sobre la producción, sea formal o sustantiva, de una segunda norma, de cuya introducción depende

sea por el legislador, pues no implica la inexistencia del derecho¹⁴⁵.

Para Ferrajoli es claro que, ante tales lagunas, existe la obligación del legislador de introducir las garantías ausentes, sean primarias o secundarias, la cual él llama *garantía débil*, en oposición a las *garantías fuertes* que la misma impone introducir, y llama, «correlativamente, *derechos débiles* a los derechos correspondientes, en oposición a los *derechos fuertes* acompañados de las respectivas garantías primarias y secundarias»¹⁴⁶.

Sobre esta base teórico-jurídica es que descansa la tesis generalizada, de origen kelseniano¹⁴⁷, de que tanto los derechos sociales como los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales (de libertad o sociales) no son realmente derechos, ya que al estar privados de

la aplicación de la primera [...]. Lo que se lamenta con la laguna es la omisión de una decisión obligatoria». Para un análisis más detallado de las antinomias y las lagunas, véanse en esta misma obra, pp. 644-654.

145. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 26. Es importante resaltar que Ferrajoli también identifica al *intérprete*, junto al legislador, como sujeto obligado para colmar las lagunas, Íd., «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho», trad. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, Alicante, 1997, p. 251.

146. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 654.

147. Esta tesis se concreta en la afirmación de que, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho; véase, KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho... op. cit.*, pp. 138-157.

las debidas garantías no pueden ser jurisdiccionalmente protegidos o reparados en caso de violación. Para el profesor italiano, esta posición es producto de la confusión entre derechos y sus garantías, que consecuentemente descalifica, en el plano jurídico, las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales y el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, pues al ser reducidos a la existencia de sus garantías, se convierten en simple retórica convencional y constitucional¹⁴⁸.

Por ello es necesario hacer la distinción conceptual entre los *derechos subjetivos* que son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y los *deberes* que constituyen las garantías (primarias o secundarias) también dictadas por una norma jurídica. Para reafirmar lo anterior, Ferrajoli distingue entre los sistemas *nomoestáticos* como la moral, y los *nomodinámicos* como el derecho positivo; en los primeros (nomoestáticos), las relaciones entre figuras deónticas son puramente lógicas, es decir: (a) al darse un derecho, existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente; (b) al darse un permiso, se da un comportamiento no prohibido (no existe una obligación correlativa); y (c) al darse una obligación, no está permitida la omisión del comportamiento obligatorio y, por consiguiente, no existe el correlativo

148. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 45.

permiso negativo, mientras que sí existe el correspondiente permiso positivo¹⁴⁹.

En cambio, en los segundos (nomodinámicos), la existencia o inexistencia de una obligación, prohibición o permiso, depende exclusivamente de la existencia de una norma positiva que la prevea, «que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción». Por tanto, es posible encontrarnos con un derecho subjetivo que no cuente con su garantía por la inexistencia de la norma que la prevé. De ahí que, mientras en los sistemas nomoestáticos no existen antinomias ni lagunas pues, cuando dos normas se contradicen, una de ellas es excluida como inexistente más que como inválida; en los sistemas nomodinámicos las lagunas y las antinomias son inevitables, ya que es algo intrínseco a la propia normatividad del derecho, que no desaparece cuando su objeto es el propio derecho¹⁵⁰.

De tal forma, la distinción entre derechos y sus garantías permite rebatir la tesis extendida que sostiene que los derechos no garantizados son no-derechos, pues es claro que tanto los derechos como las garantías necesitan ser establecidos normativamente; por tanto, es posible que existan los primeros pero no los segundos, con lo cual no nos encontraríamos frente a un no-derecho, sino ante una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar. Con esta posición, Ferrajoli detecta dos reduc-

149. *Ídem*.

150. *Ibíd.*, p. 46. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho... op. cit.*, p. 644.

ciones del derecho subjetivo en la noción kelseniana: (a) la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en la relación jurídica con su titular (que en la tesis del profesor italiano sería la garantía primaria); y (b) la del derecho subjetivo al deber que incumbe al juez de aplicar una sanción en caso de violación (que en la tesis de Ferrajoli sería la garantía secundaria)¹⁵¹.

Con base en lo anterior, nuestro autor plantea que los principios de no contradicción y de plenitud se constituyen en principios teóricos normativos, ya que en virtud del primero es posible que en un sistema de derecho positivo existan antinomias o contradicciones entre normas, y en virtud del segundo, es posible que existan lagunas (primarias y secundarias). Por ejemplo, en relación con las antinomias, puede ser que junto a la libertad de expresión (permiso) existan también los delitos de injuria y difamación (prohibición), sin que se niegue la existencia de ambas; en referencia a las lagunas, es posible que no exista la obligación o la prohibición correlativa (lagunas primarias por falta de garantías primarias) a un derecho subjetivo y, más todavía, que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro (lagunas

151. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 47; para Kelsen «es impensable un orden jurídico y aun una simple norma de Derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión al Derecho; y en esta sumisión o vinculación jurídica radica la esencia del Derecho, considerado tanto en su conjunto como en cada una de sus normas», KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, 15ª ed., imp. 1983, México, p. 79.

secundarias por falta de garantías secundarias), sin que tampoco se niegue la existencia del derecho subjetivo por carecer de las debidas garantías que el legislador tiene la obligación de satisfacer¹⁵².

Para Ferrajoli, la posición reducida del derecho subjetivo en Kelsen se debe a dos razones. En primer lugar, este autor toma como parámetro del derecho subjetivo a la figura de los derechos patrimoniales que, al ser pre-dispuestos por normas hipotéticas como efectos de contratos, estos últimos sirven como fuente de las obligaciones correlativas que forman sus garantías primarias; en segundo lugar, existe una tradición milenaria en materia civilista que siempre ha relacionado rígidamente estos derechos patrimoniales con el derecho de acción (justiciabilidad) como técnica de garantía secundaria¹⁵³.

Lo contrario sucede con los derechos fundamentales que, al ser dispuestos (inmediatamente) por normas téticas, la existencia de sus garantías primarias y secundarias no puede darse por descontada, ya que su disposición depende de la adopción de otras normas jurídicas distintas de las que los atribuyen; en consecuencia, la estructura nomodinámica del derecho moderno impone distinguir entre derechos y garantías, por lo que, en virtud del principio de legalidad, la existencia de los derechos debe ser reconocida desde el momento en que están normativamente establecidos y con independencia de la constitución de

152. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 48.

153. *Ibíd.*, p. 49.

sus garantías, que también pueden existir si son adscritas por una norma jurídica¹⁵⁴.

Cabe preguntarnos, ¿qué consecuencias trae esta distinción entre derechos y garantías? Ferrajoli responde colocándose en dos planos: (a) en el plano teórico implica que el vínculo entre derechos y garantías tiene una naturaleza normativa, que puede ser contradicho por la existencia de las primeras y por la inexistencia de las segundas, y dicha ausencia debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos tienen la obligación de colmar, de la misma forma que las violaciones de derechos deben ser concebidas como antinomias que es obligatorio «sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos»; y (b) en el plano metateórico esta distinción requiere un papel crítico (denunciar las lagunas y las antinomias) y normativo (respecto de la legislación y la jurisdicción a las que la misma impone cubrir las primeras y reparar las segundas) de la ciencia jurídica¹⁵⁵.

2. LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOCIALES

En relación con los derechos sociales, el profesor italiano sostiene que su incorporación al ordenamiento

154. *Ibíd.*, pp. 49-50.

155. *Ibíd.* La cita textual corresponde a la p. 50; por eso sostiene que «las lagunas de garantía, o su imperfección y más aún su violación, en lugar de encontrar en la teoría un instrumento de análisis crítico, acaban siendo ignoradas y, en la práctica, de forma “realista”, avaladas», FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, p. 109.

constitucional no ha sido acompañada por la elaboración de las garantías respectivas, pues el edificio normativo sobre el que descansan estos derechos no fue modificado con su reconocimiento, sino que mantuvo las mismas estructuras que sí son adecuadas para los llamados derechos de libertad, y por tanto, la consecución de los derechos sociales ha dependido más de la ampliación discrecional de las funciones de los entes políticos y administrativos.

En consecuencia, con estos parámetros es complicado reparar la vulneración de los derechos sociales pues, al asumir la forma de *expectativas positivas* que imponen deberes de hacer, su violación se manifiesta a través de «lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables», al contrario de la vulneración de los derechos de libertad que, al asumir la forma de *expectativas negativas* que imponen deberes de no hacer, su violación se manifiesta en la falta de validez de actos (legislativos, administrativos, o judiciales) que pueden ser anulados por vía jurisdiccional¹⁵⁶.

156. FERRAJOLI, Luigi, «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, p. 109. Atria sostiene que «el discurso jurídico no puede acomodar los derechos sociales como puede acomodar los derechos civiles y políticos no es sólo un hecho casual: tiene que ver con el concepto mismo de derecho (subjetivo). Aun cuando la idea de derecho subjetivo propia del derecho privado ha mutado, se dice, en algo distinto cuando se utiliza para referirse no al derecho del comprador a que le entreguen la cosa vendida, sino al derecho “humano” a la integridad física o a la participación política, lo que importa es lo que no ha mutado», ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?»... *op. cit.*, pp. 51-52.

Por eso es importante distinguir entre posibilidades de realización técnica y posibilidades de realización política. En relación con lo primero, Ferrajoli defiende que no hay razones técnicas para negar que los derechos sociales sean garantizables de la misma forma que los demás derechos, pues las acciones requeridas para ello serían inevitablemente discrecionales y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales, (a) tesis que no vale para todas las formas de garantía *ex lege* que podrían realizarse a través de prestaciones gratuitas y obligatorias como en el caso de la educación pública, la asistencia sanitaria o la renta mínima garantizada; (b) sobre la imposibilidad de su tutela judicial, la experiencia de los últimos años demuestra que existen distintas formas en que estos derechos pueden ser susceptibles de protección jurisdiccional¹⁵⁷; y (c) también, estos derechos tienen el valor de principios que informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto, pueden ser utilizados por los tribunales en la resolución de los conflictos que son puestos a su conocimiento¹⁵⁸.

157. Para un panorama general, véase LANGFORD, Malcom (Ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trend in international and comparative law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008. En el caso del derecho internacional, un ejemplo contundente lo representa el recién aprobado mecanismo de comunicaciones individuales contenido en el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, véase al respecto MEJÍA R., Joaquín A., *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito convencional de la ONU*, Editorial Casa San Ignacio, Tegucigalpa, 2011.

158. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 50-51. En contra

En esa línea, Ferrajoli también plantea que hay dos principios que, correctamente adaptados, podrían ser extensibles a los derechos sociales: en primer lugar, el *principio de legalidad*, en virtud del cual las leyes deberían establecer unívocamente sus presupuestos vinculantes e identificar con claridad sus órganos y procedimientos; en segundo lugar, el principio de *jurisdiccionalidad*, en virtud del cual las leyes en materia de servicios públicos, además de establecer los contenidos y presupuestos de cada derecho social, identifiquen los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales y permita la acción judicial¹⁵⁹.

del reconocimiento de los derechos sociales como derechos, Sartori considera que estas expectativas (que él llama derechos materiales) son «debidas» cuando las arcas están llenas, no cuando están vacías. «Equiparar los derechos materiales con los derechos formales no es solamente un error de concepto, es también una estupidez práctica que transforma una sociedad de beneficiarios en una sociedad de la protesta de los descontentos», SARTORI, Giovanni, *La democracia después del comunismo*, trad. de María Luz Morán Calvo-Sotelo, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 123; a su vez, Hayek considera la aceptación de estos derechos por parte de la mayoría de «moralistas» como una falta de perspicacia crítica de estos pensadores, HAYEK, Friedrich A. von, «El espejismo de la justicia social», en Íd., *Derecho, legislación y libertad... op. cit.*, p. 308.

159. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 917-918. Este autor reconoce que «para algunos derechos sociales, como el derecho a la subsistencia, la cosa es relativamente simple, pues basta la previsión legal de subsidios o salarios mínimos para todas las personas que no cuenten con los mínimos vitales y la atribución a las mismas de un derecho de crédito correlativo. Menos simples, pero igualmente practicables, son las garantías legales de los derechos a la educación y a la salud. En cambio, para otros derechos, como el derecho al trabajo o a la vivienda,

En el marco de lo anterior, Ferrajoli plantea que la ausencia de las garantías primarias de los derechos sociales no tiene nada de inevitable, pues puede ser superada con una legislación de actuación, en virtud de la cual se introduzcan las instituciones y las funciones de garantía encargadas de satisfacerlos; y ante la ausencia de las garantías secundarias, además del control de constitucionalidad por omisión, se pueden establecer constitucionalmente «rígidos vínculos presupuestarios en materia de gasto social, mediante la estipulación para cada derecho social constitucionalmente establecido de la cuota mínima del presupuesto del Estado que debe destinarse a su garantía»¹⁶⁰.

Así, por ejemplo, el artículo 78 de la Constitución de Costa Rica sanciona que la inversión pública en educación no puede ser inferior del 6% anual del Producto Interno

es mucho más difícil una legislación social, aunque sólo sea por el carácter irrealizable de su satisfacción igual, ni siquiera mínima [...] que toda omisión o violación de tales obligaciones diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la participación política en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada participación judicial de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos».

160. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia... op. cit.*, pp. 386-388.

Bruto; y el artículo 71 de la Constitución de Ecuador ordena que en el presupuesto general se asigne no menos del 30% de los ingresos corrientes totales para la educación y la erradicación del analfabetismo. Estos vínculos presupuestarios, unidos al control de constitucionalidad, permitirían exigir judicialmente el cumplimiento de las premisas constitucionales en materia de derechos sociales, puesto que el alcance del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitado ni absoluto, y *todos los derechos fundamentales «afectan a veces su competencia presupuestaria»*¹⁶¹.

Además, resalta que no hay ningún impedimento para ampliar los poderes de los jueces civiles y administrativos hasta facultarlos de controlar las decisiones y actos de la administración pública cuando impliquen la violación de un derecho social. En definitiva, lo ideal sería el diseño de una nueva y más compleja articulación de las instituciones de garantía secundaria; por ejemplo, el establecimiento «de una específica jurisdicción social o de derecho objetivo, activable no sólo por los particulares sino de oficio por un defensor cívico o un ministerio público creados para ese fin, con objeto de detectar y prevenir ilícitas lesiones o incumplimientos de derechos sociales o de intereses públicos, algo que va mucho más allá de la intervención casual, costosa y escasamente eficiente de la justicia civil, penal o administrativa»¹⁶².

161. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...* *op. cit.*, p. 495.

162. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia...* *op. cit.*, p. 389.

En relación con las posibilidades de realización política de los derechos sociales en el ámbito nacional e internacional, Ferrajoli sostiene que evidentemente su satisfacción es costosa y exige la obtención y la distribución de recursos, lo cual es incompatible con el discurso dominante del mercado bajo la lógica del modelo neoliberal¹⁶³.

Pero también comparte que ello es una cuestión de *tomar en serio* la necesidad de cambiar el actual modelo de relaciones internacionales desiguales, de la ayuda al desarrollo que muchas veces es sustituida por la conce-

163. En esa línea, de Lucas sostiene que los derechos sociales están siendo sustituidos gradualmente por otras nociones mediante una estrategia semántica y política por parte del neoliberalismo, cuya argumentación es la siguiente: «1) El punto de partida es que la crisis del Estado del bienestar evidencia que no se puede fomentar “irresponsablemente” expectativas ilimitadas de satisfacción de necesidades y menos aún de simples deseos que ni siquiera son necesidades, sino el ansia incontenible del ciudadano mal criado, consumidor irrefrenable e insatisfecho; 2) el siguiente paso es negar la universalidad de sus destinatarios, como lo hace la 3ª vía de Blair: sólo son titulares de esos derechos los que los necesiten responsablemente; 3) a continuación, se niega su carácter mismo de derechos en cuanto no son tales necesidades: no son equiparables a la libertad, a la vida. De inmediato, se rebaja su satisfacción al ámbito de los “servicios sociales”, de forma que ya no son un deber exigible frente a los poderes públicos y frente a terceros; 4) finalmente, se plantea su adquisición como mercancías mediante el fenómeno de una “actitud de previsión responsable”: hágase los planes de pensiones, suscríbese a una mutua de salud [...]», en LUCAS, Javier de, «Reconocimiento, inclusión y ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes», en AÑÓN ROIG, María José, *La universalidad de los derechos sociales...*, op. cit., p. 32.

sión de préstamos en condiciones severas, de reconocer la ilegitimidad e ilegalidad de la deuda externa, de cambiar el intercambio comercial perfectamente diseñado para garantizar a las grandes empresas y a los países más ricos actuar con total libertad y sin ningún tipo de obstáculo ético o jurídico, condenando a los países más pobres a la continua dependencia y subdesarrollo. En este sentido, la satisfacción de estos derechos implica no solo una lucha por la elaboración de garantías jurídicas, sino también una lucha política por crear las condiciones necesarias para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad, pues, independientemente de los problemas para su satisfacción, lo que no puede permitirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista que identifica lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer¹⁶⁴.

No obstante, es preciso señalar que no solamente los derechos sociales requieren de importantes recursos financieros, pues el análisis presupuestario de muchos países nos puede revelar que la inversión pública para garantizar los derechos civiles y políticos, a veces supera a la inversión social¹⁶⁵; lo que sucede es que bajo el argumento de la escasez de recursos, se le niega la calidad de derechos a los sociales, sin tomar en consideración que

164. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 52; Íd., *Derecho y razón... op. cit.*, p. 908.

165. Al respecto, véase HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, Nueva York-Londres, 1999.

muchos de los derechos civiles y políticos también exigen considerables gastos estatales; y se puede afirmar que detrás de este argumento de la imposibilidad fáctica, hay un criterio sobre cuánto y en qué es apropiado invertir¹⁶⁶.

En ese sentido, el goce de los derechos sociales no solo depende de la disponibilidad de recursos, sino también de la asignación de los recursos disponibles¹⁶⁷. Con ello no se pretende minimizar el hecho de que los problemas relacionados con los derechos sociales son, en gran medida, de naturaleza económica y política; no obstante, de acuerdo con Ferrajoli, si su satisfacción se reconociera bajo el paradigma de la igualdad que caracteriza la forma universal de los demás derechos fundamentales, la misma sería «más completa, sencilla y eficaz desde el punto de vista jurídico, menos costosa en el plano económico, más distante de la discrecionalidad político-administrativa y, por tanto, más alejada de la selectividad y posible corrupción que ésta alimenta»¹⁶⁸.

166. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 85.

167. CARAZO, Rodrigo Alberto, «Los derechos económicos, sociales y culturales», en, AA. VV., *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999, p. 190; GOMES CANOTILHO, José Joaquín, «Metodología “Fuzzy” y “Camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales», trad. de Francisco Astudillo, en *Derechos y Libertades*, núm. 6, Año III, Madrid, febrero 1998, p. 45.

168. FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, pp. 110-112.

Sin embargo, aunque es claro que han existido y existen experiencias de elaboración de técnicas de garantía para los derechos sociales¹⁶⁹, con ello no se solventan algunas cuestiones controvertidas relacionadas con la forma en que son incardinados en la estructura de una constitución democrática y fundamentada en el principio del Estado de derecho.

Böckenförde señala que es muy corriente incluir sencillamente los derechos sociales en la constitución, dotarlos de la misma aplicabilidad de los derechos de libertad y dejar el resto a la concretización a través del legislador, la Administración y los tribunales. Para él, de esta forma, se pasan por alto las diferencias estructurales entre ambos derechos, lo cual debería llevar consecuentemente a otra forma de garantía jurídica. Si tal como lo ha señalado Ferrajoli, los derechos sociales asumen la forma de *expectativas positivas* que imponen deberes

169. Ferrajoli nos recuerda que, en Italia, las normas del Estatuto de los Trabajadores de 1970 introdujeron originales instrumentos de tutela de la libertad sindical y del derecho a la salud y a la educación en el puesto de trabajo, así como el recurso al procedimiento de urgencia previsto por el artículo 700 del Código Procesal Civil, para muchos derechos sociales que aún no han sido satisfechos, *Ibid.*, p. 109. Sobre algunos ejemplos latinoamericanos, especialmente en el ámbito colombiano, véase ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 59-90 y 159-218; sobre algunos ejemplos generales de varios continentes, véase SQUIRES, John, *et al.*, (Ed.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales/Centre on Housing Rights and Evictions, Australia, 2005.

de hacer, y los derechos de libertad asumen la forma de *expectativas negativas* que imponen deberes de no hacer, entonces dicha diferencia de estructura hace que: (a) los derechos sociales no puedan ser realizables directamente en el nivel constitucional mediante pretensiones jurídicas concretas, y (b) que sean de realización costosa, por lo que las decisiones sobre su realización entran en el ámbito presupuestario que, en virtud del principio de articulación de poderes, son tareas que corresponden en primer lugar al legislador legitimado democráticamente de forma directa y, en segundo lugar, a la Administración. En consecuencia, su efectividad o su realización no puede ser una cuestión sometida a la interpretación constitucional que formula un derecho social¹⁷⁰.

Con estos parámetros, para Böckenförde, la única forma de caracterizar a los derechos sociales constitucionalmente reconocidos es como *mandato constitucional*, cuya vinculación jurídica efectiva se puede enmarcar en tres aspectos: (a) el fin o programa que supone un derecho social es sustraído a la, en otro caso, libertad del legislador; (b) la inadmisibilidad de una inactividad o desatención evidente y grosera de los poderes públicos; y (c) la satisfacción conferida a un derecho social, una vez estipulada, debe ser relativamente irreversible, ya que no puede ser suprimida definitivamente o reducida

170. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución», en Íd., *Escritos sobre derechos... op. cit.*, pp. 75-77.

hasta el punto que degenera en una desatención grosera (principio de no regresividad)¹⁷¹.

Finalmente, me gustaría plantear la duda que me surge cuando Ferrajoli afirma que los derechos sociales, «más allá de su justiciabilidad, [...] tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales»¹⁷², cuando reconoce el valor jurídico de principios como el de igualdad y el de tolerancia¹⁷³, y cuando señala que la calificación constitucional de los derechos sociales no supone solo la obligación de colmar las lagunas de garantías con disposiciones normativas y políticas presupuestarias, sino también mediante el establecimiento de *directivas* dotadas de relevancia

171. *Ibíd.*, pp. 80-81. «Los mandatos constitucionales son deberes jurídico-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales en la legislación y la administración, deberes de actuar para la realización del fin o del programa formulados en el mandato a través de las medidas apropiadas, con lo que se dejan al parecer y entender del juicio político del órgano actuante, y con ello al proceso político, la vía, la dimensión y las modalidades de la realización».

172. FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, p. 51.

173. Para él, el principio de tolerancia sirve de base de los derechos fundamentales en el sentido de que todo aquello que está en la base de los derechos de libertad (proyectos de vida, creencias políticas o religiosas, etc.) debe ser tolerado, y que todo lo que está en la base de los derechos sociales (pobreza, falta de satisfacción de las necesidades básicas, etc.) no debe ser tolerado, ya que es una *obligación* de los poderes públicos remover los «obstáculos de orden económico y social» que impiden el pleno desarrollo de la persona humana, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* *op. cit.*, pp. 907-908 y 934.

decisiva en la interpretación de los tribunales ordinarios y constitucionales¹⁷⁴.

¿Acaso en estos planteamientos hay una cierta deferencia a la doble naturaleza (objetiva/subjetiva) de los derechos fundamentales? Si la respuesta es afirmativa, la protección de los derechos sociales nos plantea algunas cuestiones que deben ser analizadas en cada uno de las configuraciones de los derechos. Así, desde su «cara subjetiva», ya hemos señalado que para Ferrajoli no hay razones técnicas para negar que los derechos sociales puedan ser garantizados en una forma parecida a los demás derechos.

Pero desde su «cara objetiva»¹⁷⁵, es decir, como principios supremos del ordenamiento jurídico que actúa en todos los ámbitos del derecho, también nos plantea otras cuestiones relacionadas con la estructura de la constitución y con la función de los tribunales, especialmente los constitucionales, lo que implica, por un lado, la necesaria utilización del principio de proporcionalidad con su con-

174. FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, pp. 109-110. Incluso pone como ejemplo el derecho al trabajo en la constitución italiana, que a pesar de ser una norma más retórica que efectiva, ha permitido que la Corte constitucional establezca que el derecho de rescisión de un contrato de trabajo por el empresario no es ilimitado y que algunas discriminaciones en los despidos son arbitrarias.

175. Para Prieto Sanchís, en los derechos sociales tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva, lo cual es una cuestión de grado y no un elemento esencial que permita trazar una nítida frontera entre los distintos derechos, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 79.

secuente ejercicio de ponderación, y, por otro, una transformación de la relación entre legislación y jurisdicción constitucional¹⁷⁶.

Böckenförde plantea que, en relación con la estructura de la constitución, es necesario determinar si esta es considerada como (a) un ordenamiento marco o como (b) un ordenamiento jurídico en su conjunto (ordenamiento fundamental en palabras de Alexy). Si se considera como un orden marco, en el sentido que organiza la vida político-estatal y regula la relación Estado-ciudadano, entonces los derechos fundamentales se conciben como derechos subjetivos de libertad dirigidos a la defensa frente al Estado, y el Tribunal Constitucional tiene vedada por principio la intervención en el proceso de llenado de dicho marco; en cambio, si se considera como un orden fundamental, entonces es una constitución dirigente que fuerza a la realización de los principios básicos en ella contenidos, por lo cual, los derechos fundamentales son concebidas como normas objetivas de principio que actúan en todos los ámbitos del derecho, y el Tribunal Constitucional también tiene la función de determinación de las posiciones jurídicas singulares en la medida que se trate de contenidos jurídicos sustanciales. En ese sentido, la única solución

176. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», en Íd., *Escritos sobre derechos... op. cit.*, pp. 95-131; sobre los derechos fundamentales como normas-principio, véase ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 86 y ss.

posible es decidirse entre un Estado legislativo o un Estado jurisdiccional¹⁷⁷.

En virtud de lo anterior, es importante preguntarnos qué modelo de constitución concibe Ferrajoli. A la pregunta ¿qué es una constitución?, él responde que es un sistema de reglas formales y sustanciales que, además de ser el complemento del Estado de derecho, es un programa jurídico y político para el futuro, cuya naturaleza rígida y de pacto fundacional está dirigida a asegurar la paz y la convivencia civil. Por tanto, se constituye en la norma suprema a la cual todas las demás quedan rígidamente subordinadas, so pena de invalidez si no son coherentes con los principios de justicia contenidos en ella¹⁷⁸, dado que el fundamento de su legitimidad radica en la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales como límites y vínculos frente a las leyes y los actos de los poderes públicos y privados, los cuales resultan funcionalizados por éstos¹⁷⁹. De esta

177. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental»... *op. cit.*, pp. 137-138. «La cuestión decisiva de la que se trata consiste, en último término, en si bajo el punto de vista de la democracia y del Estado de Derecho debe corresponder a la libertad política y ciudadana el conformar el ordenamiento jurídico en lo que afecta a sus contenidos sustanciales. ¿Se confía para esto el ciudadano al legislador parlamentario elegido o se confía al Tribunal Constitucional?».

178. FERRAJOLI, L., *El garantismo y la Filosofía del Derecho*... *op. cit.*, pp. 135, 167-172.

179. FERRAJOLI, L., «Pasado y futuro del Estado de Derecho», trad. de Pilar Allegue, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2005, p.

forma, en el modelo del profesor italiano, el juez asume una posición crítica frente a las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional¹⁸⁰.

Aunado a lo anterior, si tomamos como base la lista de siete condiciones que Guastini señala para considerar que un ordenamiento está «impregnado» por las normas constitucionales, es decir: (a) la rigidez constitucional; (b) la garantía jurisdiccional de la constitución; (c) la fuerza vinculante de la constitución; (d) la sobreinterpretación de la constitución; (e) la aplicación directa de las normas constitucionales; (f) la interpretación de la ley a la luz de la constitución; y (g) la influencia constitucional en las relaciones políticas¹⁸¹, no sería arriesgado decir que Ferrajoli concibe la constitución como un orden fundamental; y con ello, asoman nuevamente los «problemas» que con Böckenförde hemos señalado anteriormente.

Sin embargo, como responde Alexy a las críticas de Habermas y Böckenförde a su modelo de los principios¹⁸²,

28; FERRAJOLI, L., «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho... op. cit.*, p. 24.

180. FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías», en Íd., *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 26.

181. GUASTINI, Riccardo, «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano», trad. de José María Lujambio, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)..., op. cit.*, pp. 50-58.

182. Sobre algunas de estas críticas véase HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introducción y trad. sobre la 4ª ed. revisada de Manuel Jiménez

dichos problemas surgen dependiendo de los conceptos de orden marco y orden fundamental que se manejen; en ese sentido, el concepto de orden marco debe ser diferenciado de los diversos criterios que determinan su contenido. Alexy señala tres criterios específicos a los que denomina (a) una reducción liberal de la constitución; (b) una general reducción de la constitución; y (c) una reducción metodológica de la constitución. Sin profundizar en los últimos dos, me permito destacar que para Alexy, el primero corresponde a la concepción de Böckenförde, en el que se eliminan las nuevas funciones de los derechos, tales como la eficacia horizontal y la de ser fuente de deberes de protección a cargo del Estado, ya que los derechos fundamentales se conciben en su función clásica de derechos de defensa frente al poder estatal¹⁸³.

A su vez, es preciso diferenciar este tipo de criterios para la determinación del contenido de una constitución

Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 281, 327 y ss; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental»... *op. cit.*, pp. 100 y 124-127.

183. ALEXY, R., *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles en España, Madrid, 2004, pp. 21-23. Alexy plantea que «el concepto de orden marco se ha convertido en algo así como una bandera común de los más diversos opositores a la idea de optimización. La teoría de los principios es una víctima fácil, si se examina a partir de este fundamento. Si la teoría de los principios llevara consigo necesariamente a una Constitución que ya contuviera todo el ordenamiento jurídico, el Legislador estaría condenado sólo a declarar, bajo vigilancia de la Jurisdicción, aquello que ya habría sido decidido por la Constitución».

como orden marco, del concepto de orden marco como tal. Este último concepto permanece idéntico en todas las concepciones del marco y es, en esta medida, de carácter formal, que en la relación entre constitución y legislación, pueden diferenciarse entre tres constelaciones fundamentales. En la primera constelación se confía todo a la discrecionalidad del legislador (modelo puramente procedimental de la constitución); en la segunda, no se confía nada a su discrecionalidad (modelo puramente material de la constitución); y en la tercera, algunas cosas se confían a su discrecionalidad y otras no, ya que hay algunas que están ordenadas o prohibidas (modelo material-procedimental de la constitución)¹⁸⁴.

En relación con el concepto de orden fundamental, Alexy plantea que puede concebirse de manera cuantitativa o cualitativa. (a) Una constitución es un orden fundamental en sentido cuantitativo si no confía nada a la discrecionalidad del legislador (para todo tiene previsto un mandato o una prohibición), por lo cual no es compatible con el concepto de orden marco; y (b) una constitución es un orden fundamental en sentido cualitativo o sustancial si, mediante ella, se deciden asuntos fundamentales para la comunidad, es decir, puede decidir cuestiones esenciales (ser un orden fundamental) y a la vez dejar muchos asuntos abiertos (ser un orden marco). Obviamente, este concepto sí es compatible con el de orden marco¹⁸⁵.

184. *Ibíd.*, pp. 24-28; véase también, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 503-506.

185. ALEXY, R., *Epílogo a la Teoría de los Derechos... op. cit.*, pp. 30-31.

Por tanto, se puede concluir que una «buena constitución» debe combinar ambos aspectos, lo cual es posible si (a) la constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; (b) confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y (c) si mediante sus mandatos y prohibiciones, decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una constitución¹⁸⁶.

Sobre estas bases, tal parece que el modelo constitucional de Ferrajoli se acerca a la propuesta anterior, ya que establece un *marco* en el que los derechos fundamentales determinan una esfera de lo indecible, es decir, *lo no decidible que* (prohibiciones en virtud de los derechos de libertad) y *lo no decidible que no* (obligaciones en virtud de los derechos sociales); el proyecto constitucional vincula a la política (legislador), pero sin reducir los amplios márgenes de autonomía y discrecionalidad que tiene; y el juez asume un papel crítico en el sentido de declarar la invalidez y la inconstitucionalidad de las normas o actos incoherentes con la constitución.

Ahora bien, hemos visto que para Ferrajoli no existen razones técnicas para negar que los derechos sociales puedan garantizarse de la misma forma que los derechos de libertad pues, entre otras cosas, en virtud de los principios de legalidad y jurisdiccionalidad, puede establecerse claramente en las leyes los presupuestos vinculantes y los órganos y procedimientos correspondientes, así como los

186. *Ibíd.*, p. 31.

contenidos de cada derecho y los sujetos obligados, todo lo cual permitiría la acción judicial¹⁸⁷.

En ese sentido, las objeciones contra la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos pueden superarse (a) a través de la actividad jurisprudencial, de forma que los tribunales determinen el contenido preciso y el sujeto obligado a satisfacer un derecho social; y (b) mediante la precisión constitucional, ya que no es difícil que una constitución establezca con precisión el contenido de un derecho social y el sujeto obligado a satisfacerlo¹⁸⁸.

Sin duda, el papel de los tribunales en la determinación del contenido y del sujeto obligado para la satisfacción de un derecho social trae nuevamente a cuenta las objeciones sobre la falta de legitimidad democrática del juez; frente a ello, es necesario recordar que con la superación de la *infallibilidad del legislador* y de la *inatacabilidad de sus decisiones*, dogmas propios de la ideología liberal-positivista, se han creado los mecanismos de control de las normas legales que garantizan la primacía constitucional como característica esencial del Estado constitucional de derecho y, en ese sentido, el papel del juez ya no se limita a ser la *boca de la ley*,

187. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 917-918.

188. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad* (inédito). Agradezco al autor que ha tenido la gentileza de permitirme consultar este trabajo, el cual constituyó su ponencia en el III Congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional en Santiago de Chile, 21 de agosto de 2007.

sino a contrastar críticamente las actuaciones de todos los poderes públicos con la constitución.

Por tanto, el control de constitucionalidad de las leyes está justificado por la posibilidad de desviación práctica legislativa y por el sometimiento de todos los poderes, incluido el legislativo, a la constitución; en consecuencia, dicho control se constituye en la *garantía* frente a estas desviaciones irregulares que se pueden manifestar a través de la existencia de normas vigentes pero no válidas (antinomias) y mediante la inactividad del legislativo (lagunas)¹⁸⁹.

En relación con las antinomias, se pueden plantear dos situaciones: (a) la existencia de una norma legal contraria a una norma constitucional o iusfundamental; y (b) la existencia de una norma legal contraria a los principios constitucionales. En ambos casos es claro que, en virtud de la supremacía constitucional, las normas y principios constitucionales priman sobre el resto de normas inferiores del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la declaración de invalidez de estas últimas será más o menos problemática dependiendo de si se trata de normas o de principios constitucionales. Si se trata de una norma legal que se opone a una norma constitucional o iusfundamental, la declaración de invalidez por los tribunales no presenta mayores problemas, pues la conformidad a la constitución es condición de validez de toda ley¹⁹⁰.

189. PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 211-213.

190. Esta garantía corresponde al *contenido esencial* de los derechos fundamentales que el legislador no puede transgredir. *Ibid.*, p. 214.

Pero si se trata del control de constitucionalidad por aplicación de los principios constitucionales, la declaración de invalidez presenta mayores problemas ya que «no estamos ante un juicio técnico en el que se opongan manifiestamente las determinaciones precisas de la norma constitucional con las contenidas en la norma legal [sino que se requiere de] un proceso intelectual por el que habrá determinado, para el caso concreto, el sentido del principio en colisión con la norma legal para concluir afirmando la oposición entre ambos». Este juicio de invalidez no se asemeja técnicamente al primero, ya que al no ser una oposición norma (constitucional)-norma (legal), sino una oposición entre un principio (constitucional) y una norma (legal), el juez tendrá que valorar primero el sentido preciso del principio y luego determinar su incompatibilidad con la norma legal, «al tiempo que se impugna la valoración que del mismo hubiera realizado el legislador y que le movió a dar la norma discutida en el sentido en que lo hizo»¹⁹¹.

191. PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional... op. cit.*, pp. 214-216. Las citas textuales corresponden a la p. 215. Señala este autor que se supone «que el legislador, al emitir la norma, valoró las normas constitucionales, incluidos los principios, en una valoración global que denominábamos determinación del sentido político del ordenamiento para la que es el único competente. Ahora afirmamos que el órgano de control de constitucionalidad puede impugnar la validez de una norma legal, así dictada, tras realizar una valoración y ponderación de un principio constitucional mediante la que concluirá afirmando la incompatibilidad entre el principio y la norma legal».

Por tanto, el problema vital se encuentra en la similitud de la valoración del sentido preciso del principio constitucional por parte del juez con la valoración política realizada por el legislador al momento de aprobar la norma legal. En tal sentido, la cuestión está en determinar si con la declaración de invalidez de la norma legal por aplicación de un principio constitucional, se ha afectado la competencia del poder legislativo para determinar *el sentido político* del ordenamiento jurídico y que solo puede ser sometido a control por parte de los ciudadanos en los procesos electorales¹⁹².

No obstante, en virtud de la supremacía de los principios constitucionales, el modelo de validez en los ordenamientos contemporáneos, el sometimiento de todos los poderes a la constitución, incluido el legislativo, y la distinción entre valoraciones políticas y valoraciones jurídicas, es justificable este tipo de control de constitucionalidad y no constituye ninguna vulneración o afectación de las competencias del poder legislativo por parte de los jueces¹⁹³, dado que, a pesar de la amplia autonomía

192. *Ibid.*, p. 216.

193. «El poder legislativo tiene asignada la función de valorar, globalmente y en cada momento de acuerdo a las concretas condiciones sociales o políticas, el conjunto de valores y principios constitucionales para elaborar un programa de desarrollo legislativo de la constitución que habrá de ser ejecutado por los órganos competentes [...] El ejecutivo, así está vinculado a la constitución, al derecho y al sentido político que se le haya dado al mismo por parte del poder legislativo donde se encuentran representados el conjunto de los ciudadanos. El ejecutivo, aun cuando goce de ciertas facultades de apreciación que configuren una cierta autonomía instrumental, las ejercerá por delega-

del legislador para ejecutar y desarrollar un programa normativo-constitucional, tal función no es absoluta ni ilimitada por lo que siempre está supeditada al control del derecho y a la constitución (control jurídico) por parte de un poder independiente (judicial); en tal sentido, el control es jurídico y no político pues, de lo que se trata, es «de verificar que las opciones realizadas por el legislador que determinan el sentido político del ordenamiento están entre las jurídicamente posibles según la constitución»¹⁹⁴.

ción legal y además conforme al sentido político determinado por la ley. Su grado de vinculación con el poder superior es, al tiempo, jurídico y político, mientras que el poder legislativo se encuentra sometido sólo a la constitución si bien la opción entre los criterios políticos legítimos que adopte en la ejecución de la misma es susceptible de control, bien popular a través de los procesos electorales correspondientes, bien a partir de la actividad de un órgano específico encargado del control de constitucionalidad», en *Ibíd.*, p. 201.

194. *Ibíd.*, pp. 202-203. «En estas condiciones, la reserva de la ley como obligatoriedad de regulación según esta norma específica, caracterizada por su aprobación en sede legislativa y por su fuerza irresistible, tienen considerable importancia como garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos». No es baladí recordar que las decisiones de ese poder independiente (el juez constitucional) no son libres en el sentido de que está constitucionalmente condicionada y se realizará en el marco de los parámetros que determinan los derechos fundamentales; por tanto, el juez está sometido doblemente en el Estado constitucional de derecho, tanto al derecho como tal y al sentido constitucional del ordenamiento que le obliga a la interpretación del primero en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como también sus actos y decisiones están limitados por el control social de la ciudadanía (pp. 218 y 260).

Ahora bien, en referencia a las lagunas debido a la omisión del legislador, esta tiene repercusiones distintas ya sea que se trate de derechos de libertad o de derechos sociales puesto que, como lo hemos señalado en otro momento, los instrumentos de garantía incluidos en la constitución para los primeros son más idóneos para lograr su efectividad, mientras que para los segundos sucede lo contrario, ya que siempre ha sido difícil exigir al legislador el cumplimiento de su obligación constitucional de activar normativamente y, en consecuencia, hacer efectivos tales derechos porque se argumenta que no se trata de un incumplimiento de dicho deber constitucional, sino simplemente de un aplazamiento legítimo de acuerdo a la valoración del interés general, tomando en cuenta distintos factores de oportunidad política o de posibilidades fácticas. Sin embargo, hemos insistido en que el legislador está vinculado por todos los derechos fundamentales y en ese sentido, si este se mantiene en el incumplimiento de su deber constitucional de desarrollar, en este caso, los derechos sociales, entonces la actuación del poder judicial (en especial del Tribunal Constitucional) está justificada como garante de la defensa de la constitución y de los derechos fundamentales¹⁹⁵.

Por ello es que Ferrajoli insiste en que cuando un derecho está previsto por una norma jurídica positiva, la realización de la expectativa contenida en él no puede ser ignorada por la teoría y, en tal sentido, la laguna debe ser resuelta por el legislador o por el intérprete, ya que «es

195. *Ibíd.*, pp. 220-221.

precisamente este deber ser de su solución donde reside la obligación implicada por el derecho proclamado: que es una relación por así decir de segundo grado, dado que opera sobre el intérprete y/o el legislador como “obligación de obligar”, o sea de introducir la modalidad imperativa que forma la garantía que falta»¹⁹⁶.

Obviamente, esta afirmación nos plantea nuevamente los argumentos sobre la falta de legitimidad democrática de los jueces, frente a lo cual Ferrajoli plantea que, a diferencia de los otros poderes, el consenso del electorado, además de ser innecesario, es peligroso para el correcto ejercicio de las funciones de tutela de los derechos fundamentales que le competen al poder judicial, ya que este únicamente debe estar sometido a la ley, lo que implica que incluso pueda entrar en conflicto con las orientaciones de las mayorías (electorales) cuando se trate de garantizar los derechos fundamentales¹⁹⁷.

Además, con la expansión del principio de legalidad, mientras más se limite y se sujete todo poder al derecho, inevitablemente habrá una mayor expansión de los espacios de la jurisdicción. En ese sentido, los límites y vínculos a la mayoría establecidos por la constitución, es decir, la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley, ambos valores como expresión del principio de igualdad, sumados al principio de independencia judicial frente a las mayorías,

196. FERRAJOLI, L., «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho»... *op. cit.*, p. 251.

197. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* *op. cit.*, p. 595.

determinan el carácter *democrático* y garantista de la jurisdicción¹⁹⁸.

En ese orden de ideas, Peña Freire sostiene que este problema de la legitimación jurisdiccional puede ser abordado desde un punto de vista funcional, constitucional y democrático, todos ellos vinculados entre sí; y que para los efectos de este apartado, nos centraremos en el último, es decir, el democrático, frente al cual se argumenta que solamente la legitimación *electoral* determina el carácter democrático de un poder, lo cual implica un reduccionismo que niega otras formas de legitimación que no sea la *mayoritaria*, y que lleva a concebir como un mismo aspecto la legitimidad democrática y la legitimidad mayoritaria. De esta forma, se puede sostener que si bien el poder judicial no está legitimado mayoritariamente, no se puede deducir de ello que no está legitimado democráticamente¹⁹⁹.

Lo anterior se debe a que la naturaleza del poder judicial, por sí sola, es suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de su legitimación y para fundar su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. «Precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender

198. FERRAJOLI, L., «Jurisdicción y democracia», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 29, Madrid, julio 1997, pp. 3-6.

199. PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional...* *op. cit.*, pp. 237-244.

del consenso de la mayoría, que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero»²⁰⁰, y ello hace que sea una garantía de la propia democracia y de los derechos fundamentales de todas las personas.

Matizados los argumentos que niegan la legitimidad de los tribunales para corregir las desviaciones de los poderes, ya sea por acción o por omisión, es importante destacar que la configuración de los derechos fundamentales (y en especial los sociales) como derechos subjetivos no puede ser considerada como el único medio para garantizarlos, pues si así fuera, se limitaría su carácter emancipatorio y su efecto movilizador de las fuerzas sociales y políticas para lograr el pleno desarrollo de la dignidad humana mediante la atribución de todos los derechos fundamentales a todas las personas, en palabras de Ferrajoli, mediante el aseguramiento de la igualdad en derechos y, en consecuencia, de la igual libertad de todos²⁰¹.

200. FERRAJOLI, L., «Jurisdicción y democracia»... *op. cit.*, p. 6.

201. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad...* *op. cit.* Este autor sostiene que la configuración de los derechos sociales como subjetivos es una cuestión técnica referida al modo en que deben articularse estos derechos y no a los fines que persiguen, por lo que es importante distinguir entre «los fines que queremos conseguir y los instrumentos de que disponemos para ello. Bien puede suceder que nos propongamos un fin para el que no disponemos de instrumentos, o que, en un ámbito determinado (digamos el ámbito jurídico), nos propongamos un fin para el que los instrumentos disponibles (digamos los propios de la técnica jurídica) no sean apropiados».

De ahí que el carácter subjetivo de los derechos fundamentales representa solo uno de tantos mecanismos que permiten asegurar su efectividad, ya que la sola atribución de derechos subjetivos como garantía liberal clásica de los derechos fundamentales es insuficiente para asegurar las diversas formas en que se manifiestan las exigencias que contienen, especialmente en el caso de los derechos sociales.

En el mismo sentido, Peña Freire sostiene que, para construir un sistema de garantía basado solo en la figura del derecho subjetivo, existen dificultades de tipo político, axiológico, estructural, y las que se deducen del carácter negativo o reaccional de los derechos. En relación con la dificultad política, es inadecuado que el control de la función de garantía de los derechos fundamentales esté en manos de los poderes legislativo o ejecutivo, pues ambos son parte en los procesos en que se pueden dar violaciones a los derechos de las personas, por lo que es necesario un poder independiente, desvinculado del sentido político del ordenamiento y que esté funcionalizado al único fin de la tutela de tales derechos²⁰².

En relación con la dificultad axiológica, existe una incompatibilidad entre los valores externos que garantizan los derechos fundamentales y los otros valores o situaciones jurídicas garantizadas por los derechos subjetivos; por tanto, si los primeros corresponden a todos por igual como garantía de la igualdad, quedan

202. PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional...* op. cit., pp. 130-162.

excluidos de su ámbito todas las posiciones, situaciones, privilegios o facultades que supongan desigualdad entre los individuos, tal como sucede con el derecho subjetivo que se basa en la determinación de un estatus jurídico preciso que respalda una determinada posición individual de su titular frente a terceros, y que implica un factor de desigualdad, dada la posibilidad de disposición y acumulación de este tipo de derechos²⁰³.

En relación con la dificultad estructural, existen tres diferencias básicas entre derechos fundamentales y derechos subjetivos: (a) las que se derivan de su distinto origen, (b) las referidas a su titularidad, y (c) las que afectan a la posibilidad de disposición respecto del objeto de ambas categorías; y finalmente, en relación con el carácter reaccional o negativo de los derechos subjetivos, son una garantía válida para las relaciones con las mismas características, pero no son adecuados para las diversas formas de protección que exigen los derechos fundamentales. No se niega que una de estas formas de protección es la atribución de un derecho subjetivo como una de las garantías básicas de los derechos de libertad; sin embargo, cuando se trata de los derechos sociales especialmente, el mecanismo del derecho subjetivo es tendencialmente ineficaz para asegurar un elevado grado de garantía, puesto que «no es posible delimitar ni precisar normativamente las facultades inherentes al derecho —además de ir referido a obligaciones de un sujeto distinto al titular— como tampoco es posible enumerar

203. *Ídem.*

los presupuestos de la vulneración [por lo que] entender que los derechos sociales sólo se garantizan a través de derechos subjetivos es una forma de colaborar a su endémica inefectividad»²⁰⁴.

En ese sentido, los derechos fundamentales en general, y los derechos sociales en especial, requieren de un diverso y complejo sistema de garantías, por lo que es necesaria una «reconstrucción» de las garantías de todos los derechos fundamentales en el sentido de que sea (a) una reconstrucción unitaria, es decir, que parta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles, políticos y sociales; (b) una reconstrucción compleja, tanto en lo que respecta a los sujetos obligados, como a las escalas en que dicha tutela puede tener lugar; y (c) una reconstrucción más participativa y menos institucionalista. De esta forma, dicha reconstrucción podría partir de la determinación de varias distinciones conceptuales: (a) Desde el punto de vista de los sujetos obligados a tutelar los derechos, se podrían distinguir (a.1) garantías institucionales (políticas, semipolíticas, jurisdiccionales, semijurisdiccionales) y (a.2.) garantías extrainstitucionales; (b) desde el punto de vista del alcance de los medios de tutela, se podrían distinguir (b.1) garantías primarias y (b.2) garantías secundarias; y finalmente, (c) desde el punto de vista de las escalas en que actúen los mecanismos de tutela, se podrían distinguir (c.1) garantías estatales y (c.2) garantías supraestatales²⁰⁵.

204. *Ídem*.

205. PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías... op. cit.*, pp. 111-136.

Aunado a lo anterior, es sumamente importante la *garantía social* de la auditoría y la promoción ciudadana de la efectividad de todos los derechos fundamentales, pues no se puede caer en el error de permanecer pasivos ante la creencia de que la existencia de los derechos sociales se resume simplemente en un deber a cargo del Estado, que debe orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece²⁰⁶. Los ciudadanos deben jugar un papel protagónico en la transformación de las situaciones que producen la intolerable desigualdad en derechos, y ello implica la toma de conciencia del carácter emancipatorio de los derechos fundamentales, por lo que, en el caso de los derechos sociales, solo podrán realizarse plenamente si se producen profundos cambios estructurales, institucionales y culturales, como sucedió en los siglos XVII y XVIII con el reconocimiento e implementación de los primeros derechos fundamentales²⁰⁷.

En ese orden de ideas, podríamos decir que en los derechos fundamentales en general se pueden encontrar dos facetas: una *conservadora* y otra *emancipatoria*; la primera en el sentido de que «el interés que protegen está socialmente asentado, forma parte del orden social existente y [es] considerado correcto por el sistema normativo»; la segunda en el sentido de que «expresan estados de cosas deseables pero inexistentes, esto es, cuando

206. Corte IDH, *Caso «Cinco Pensionistas» vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, punto 3.

207. BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. Propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 40.

expresan criterios de reordenación social». En el primer caso, la tutela judicial puede resultar adecuada ya que, ante la violación de un derecho fundamental, la acción procesal busca la «reparación de aquel aspecto del orden existente que ha sido alterado: el juez sabe, con precisión, qué es lo que ha de hacer»; en el segundo caso, la tutela judicial no es suficientemente adecuada, ya que «en la medida en que un derecho fundamental exige cambios sociales y no sólo la restauración puntual del orden alterado, es difícil que un juez pueda hacer mucho, porque lo que la pretensión que el derecho fundamental contiene no está definida, ni tampoco lo está el modo en que ha de ser satisfecha ni, a menudo, quién ha de ser el sujeto obligado a satisfacerla (a salvo de una genérica referencia a los poderes públicos, al estado o al gobierno)²⁰⁸.

Es claro que, en muchos casos, los derechos sociales expresan estados de cosas deseables pero inexistentes, en mayor medida en que lo hacen los derechos de libertad, por lo que la sola técnica del derecho subjetivo resulta insuficiente, a menos que admitamos una concepción mínima de tal «estado de cosas deseable», y de esta forma, si está determinado un nivel mínimo de prestación de un derecho social, el juez puede determinar su incumplimiento

208. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad... op. cit.* «Por tanto, y en principio, la configuración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos no depende tanto de si estamos ante derechos liberales o derechos sociales cuanto de si esos derechos reflejan un orden de cosas realmente existente o no, es decir, si esos derechos apuntan hacia la conservación o hacia el cambio social».

y prescribir su satisfacción o reparación²⁰⁹. Sin embargo, si tenemos una concepción de los derechos sociales cuyo contenido consiste en una prestación máxima, el juez no puede ordenar la satisfacción o reparación del nivel máximo puesto que, «nadie puede precisar cuál es ese nivel máximo, ni su consecución es el resultado de una acción u omisión determinada de un sujeto determinado al que pudiera ordenársele hacer o dejar de hacer algo»²¹⁰.

Por tanto, la realización de los derechos sociales, además de ser una cuestión jurídica, también es política, ya que solo a través de la lucha por ellos, «que quiere decir su constante ejercicio y su defensa tenaz frente a todo posible obstáculo, amenaza o violación, puede garantizarse su posesión efectiva y la consiguiente valorización de la persona. Un derecho no ejercitado o no defendido está en realidad destinado a decaer y finalmente a sucumbir. De la libertad de pensamiento y de prensa a los derechos políticos, de la libertad personal a los derechos sociales, la efectividad de los derechos de la persona no está nunca garantizada de una vez por todas como graciosa concesión

209. Atria plantea que «[l]o que llega al tribunal no es un derecho social, no *puede ser* un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás [...] Los derechos sociales *no pueden* ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos [...]», ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?»... *op. cit.*, pp. 64-47.

210. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad...* *op. cit.*

jurídica, sino que es siempre el efecto de cotidianas y a veces costosas conquistas»²¹¹.

En ese sentido, la garantía de los derechos fundamentales también se traslada a los espacios democráticos de participación política institucional y social, con lo que se fortalece la relación de interdependencia entre la democracia y los derechos fundamentales, dado que la primera garantiza la lucha por los segundos, y estos, a su vez, garantizan la democracia y se constituyen en parámetros y criterios de legitimidad política, relación que analizaremos en el siguiente apartado.

211. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.* pp. 944-945.

III

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1. DE LA FORMALIDAD A LA SUSTANCIALIDAD

Para Ferrajoli, la inclusión de los derechos fundamentales como elementos vinculantes en el proceso decisorio, ha favorecido la comprensión de la democracia como un «régimen político que permite el desarrollo pacífico de los conflictos y, por su cauce, las transformaciones sociales e institucionales», dado que, en definitiva, la democracia legitima el cambio a través del disenso²¹².

En ese sentido, así como la democracia garantiza las luchas por los derechos fundamentales, estas garantizan a su vez la democracia; la primera ofrece a la otra los espacios y los instrumentos jurídicos, y las segundas «aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y alimentan su desarrollo y su realización»; además, se constituyen en una forma de

212. En la misma línea, Touraine señala que «lo propio de la democracia es reducir la violencia, como lo es también limitar el poder absoluto. La democracia no es capaz de defenderse a sí misma salvo que incrementa sus capacidades de reducir la injusticia y la violencia», TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Mauro Armiño, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 132 y 136.

democracia política que se desarrolla paralelamente a la institucional y representativa, permitiendo que el debate político también salga de las paredes de los parlamentos, y que la participación de los titulares de los derechos se vuelva más *directa*; de esa forma, se puede ejercer un mayor control de las decisiones parlamentarias para orientar a los poderes públicos a la plena satisfacción de todos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente²¹³.

En ese orden de ideas, para el profesor italiano, esta tensión constante entre el poder político representado en el Estado, y el poder social identificado con el ejercicio de los derechos fundamentales, hace que advirtamos que tanto la «democracia representativa» como la «democracia directa» no son dos formas alternativas, sino que están interrelacionadas entre sí y se enriquecen mutuamente. A falta de la primera, la segunda solamente «puede va-

213. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 946-947; en el mismo sentido, Touraine sostiene que a falta de la presión social y moral, la democracia se transforma en oligarquía, por la asociación del poder político y de todas las demás formas de dominación social; por ello, «la democracia nunca se reduce a procedimiento o incluso a instituciones; es la fuerza social y política que lucha por transformar el Estado de Derecho en un sentido que corresponda a los intereses de los dominados [...] La democracia no triunfa cuando la acción política prevalece sobre la lucha social, sino, en el caso contrario, cuando el actor de clase es definido lo bastante positivamente como para ordenar la acción política y para legitimar su acción en términos de derechos fundamentales y de construcción de nueva ciudadanía», TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?...* *op. cit.*, pp. 52 y 203.

lirse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles»; a falta de la segunda, la primera «está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas»²¹⁴.

De este modo, Ferrajoli plantea que la *garantía* de los derechos fundamentales se asegura tanto en el ámbito de las decisiones parlamentarias (democracia representativa) como en el ámbito de la lucha social (democracia directa). Así, aunque este modelo de democracia sea imperfecto y difícil por definición, lo más importante es que es un modelo perfeccionable en cuanto está anclado de forma permanente en la voluntad y las necesidades vitales de las personas²¹⁵.

Por tal razón, la democracia se puede concebir como un «proceso siempre abierto» institucionalizado jurídicamente en el Estado de derecho, en el que los sujetos pueden participar (a) en las decisiones jurídico-políticas, lo que también implica una participación en el tejido social, y (b) en los resultados «medidos tanto en consecuencias más directamente económicas como en reconocimiento de derechos y libertades de muy diferente índole»²¹⁶.

214. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, ambas citas textuales corresponden a las pp. 947-948.

215. *Ibíd.*, p. 948.

216. DÍAZ, Elías, «Estado de Derecho y Democracia», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002, p. 207.

En relación con el primer ámbito (la democracia representativa), Ferrajoli sostiene que su definición *formal* de derechos fundamentales permite fundar cuatro tesis que son esenciales para lo que él llama una teoría de la democracia constitucional, una de las cuales está referida al papel que desempeñan los derechos fundamentales como límites y parámetros de las decisiones de la mayoría, o en otras palabras, referida al valor de estos como dimensión sustancial de la propia democracia. En ese sentido, Ferrajoli señala que sobre la base de su clasificación cuatripartita de los derechos fundamentales que analizamos al inicio de este trabajo, se puede fundamentar las distintas fuentes de legitimación del sistema político, así como las diversas dimensiones de la democracia²¹⁷.

De esta forma, (a) los derechos civiles y los derechos políticos (que forman la clase de los derechos-poderes o derechos de autonomía), son derechos formales en cuanto permiten fundar y legitimar las formas, *el quién y el cómo*, de las decisiones de la democracia *formal* en el campo de la política y la economía; y (b) los derechos de libertad y los derechos sociales (que forman la clase de los derechos-expectativa), legitiman el contenido, *el qué*, de las decisiones, y por tanto fundan la dimensión *sustancial* de la democracia²¹⁸.

217. FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, p. 104.

218. *Ibíd.*; por ello señala que es necesario redefinir el concepto de «democracia», por lo cual, llama democracia sustancial o social al *Estado de derecho* dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al

Antes de profundizar en el alcance de esta dimensión sustancial, considero necesario plantear algunas cuestiones relacionadas con el concepto de democracia y sus implicaciones para el Estado de derecho y para los propios derechos fundamentales.

En la cultura jurídico-política contemporánea, estos tres conceptos —democracia, Estado de derecho y derechos fundamentales— se han constituido en los elementos esenciales de legitimación y deslegitimación del poder, y entre ellos mantienen una relación triádica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros²¹⁹. Por ello, en la actualidad es muy difícil encontrarnos con algún gobierno que no se autodefina como democrático, y que no contemple dentro de sus prioridades (aunque sea de manera formal) la defensa de los derechos fundamentales de la población.

Estado político representativo, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad; de tal forma, el *Estado de derecho* «requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos y sean por tanto legítimas en cuanto tutelen y realicen concretamente tales intereses», y el *Estado político representativo* «supone que la soberanía resida en el pueblo y que, por consiguiente, su ejercicio sea legítimo en cuanto represente la voluntad de la mayoría», Íd., *Derecho y razón...* pp. 864-865. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia...* op. cit., p. 23.

219. Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/1987 del 30 de enero de 1987, párr. 26.

No obstante, también hay que reconocer que esta relación no es totalmente pacífica, especialmente entre los derechos fundamentales y la democracia, relación que, según Alexy, puede ser contemplada desde tres formas: (a) la ingenua, que considera la inexistencia de conflictos entre ambos y por tanto se pueden tener juntas sin límite alguno; (b) la idealista, en la que el pueblo y sus representantes no están en absoluto interesados en lesionar los derechos fundamentales por medio del proceso democrático, ya que su protección constituye para todos una eficaz motivación política; y (c) la realista, que reconoce que la relación entre los derechos fundamentales y la democracia se caracteriza por dos realidades opuestas: (a) *los derechos fundamentales son profundamente democráticos* porque aseguran el desarrollo de las personas gracias a la garantía de los derechos de libertad y de igualdad, capaces por lo general de mantener estable el proceso democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento de dicho proceso mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas; y (b) *los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos* porque desconfían del proceso democrático y, por ello, someten al legislativo privándolo del poder de decisión de la mayoría parlamentariamente legitimada²²⁰.

220. ALEXY, R., «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», trad. de Alfonso García Figueroa, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)...*, op. cit., pp. 37-38; según este autor, «por esta razón, para el que pretenda actuar y no sólo soñar, sólo la concepción *realista* es correcta».

Aunado a lo anterior, la relación entre estos tres elementos también se torna compleja cuando (a) hay que determinar lo que se entiende por democracia y cuando (b) hay que ponerse de acuerdo sobre cuáles son los derechos fundamentales necesarios para poder hablar de un Estado de derecho y de un sistema democrático.

En relación con el primer aspecto, lograr un acuerdo sobre el contenido de la democracia es una tarea ardua ya que ni siquiera en el ámbito académico existe un consenso al respecto. Una de las razones para que se dé esta falta de acuerdo es que en las últimas décadas muchos países de América Latina, África, Asia y de Europa del Este han experimentado un importante proceso de democratización, cuyos regímenes, a pesar de compartir varios atributos con las democracias del mundo industrializado, también difieren de ellas en muchos aspectos, a tal punto de que surge la duda de si son completamente democráticos²²¹.

Frente a ello, muchos teóricos han tenido que revisar el concepto de democracia para poder desarrollar una nueva conceptualización que incluya las particularidades de estas nuevas experiencias políticas. Sin embargo, este esfuerzo ha permitido la multiplicación de formas alternativas del concepto, incluyendo un sorprendente número de subtipos como «democracia electoral», «democracia delegativa», «democracia plebiscitaria», «democracia formal», «democracia deliberativa», entre otros, a tal punto

221. COLLIER, David y LEVITSKY, Steve, «Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research», en *World Politics*, núm. 3, vol. 49, abril de 1997, p. 430.

que el examen de la literatura reciente revela que existen más de 550 ejemplos de democracia «con adjetivos»²²².

Por ello, Bobbio plantea que el discurso sobre el significado de la democracia no puede considerarse concluido debido a que en el lenguaje político no se habla de la misma, únicamente en relación con ¿quién gobierna? y ¿cómo se gobierna?, sino que también en relación con los fines o valores cuya realización se persigue²²³.

Ferrajoli, con su propuesta de democracia *sustancial* no es que sume un «adjetivo» más²²⁴ al concepto

222. *Ídem.*, véase también, pp. 432-448; Bovero plantea que los adjetivos de la democracia pueden ser clasificados en tres grupos: (a) adjetivos que indican las diversas especies o variantes institucionales de la democracia, comprendidas las eventuales conjugaciones o mezclas entre algunas de ellas; (b) atributos que pretenden designar diferentes dimensiones o articulaciones del ordenamiento democrático; (c) calificativos que pretenden identificar concepciones alternativas y recíprocamente excluyentes de la democracia; BOVERO, Michelangelo, «Democracia y derechos fundamentales», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, México, abril de 2002, p. 8; para Sartori, el término «democracia» sin adjetivos se entiende como «democracia política» que desde siempre ha indicado una entidad política, una forma de Estado y de gobierno, SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Taurus, Madrid, 2003, pp. 17-18.

223. BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 221.

224. Ferrajoli reconoce que la expresión «democracia sustancial» puede parecer singular debido a sus múltiples usos ideológicos en el pasado, FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 36. Bovero señala que este tipo de expresión es inadecuada, pues

para caracterizar a un régimen determinado, sino que esta sustancialidad representa un elemento intrínseco y particular de las democracias constitucionales contemporáneas, pues implica un procedimiento democrático vinculado a unos derechos (civiles, políticos y sociales) sobre los que no se puede decidir ni dejar de decidir, lo cual polemiza tanto con (a) una concepción generalizada de la democracia como mero procedimiento²²⁵ y también con (b) una concepción del Estado de derecho que solamente incluye los derechos civiles y políticos.

Por poner un par de ejemplos en relación con la primera cuestión, Norberto Bobbio concibe la democracia en su definición mínima como «un conjunto de reglas (primarias o básicas) que establecen *quién* tiene autorización para tomar decisiones colectivas y *qué* procedimientos se han de emplear». Para él, dichas reglas pueden clasificarse en (a) aquellas relacionadas con el *quién decide*, las cuales deben garantizar la participación directa o

el adjetivo que la caracteriza es incompatible con el sustantivo «democracia», es decir, indica cualidades que la democracia no puede tener, BOVERO, Michelangelo, «Democracia y derechos fundamentales»... *op. cit.*, p. 8.

225. Ferrajoli sostiene que la definición dominante de la democracia consiste en concebirla únicamente como «un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder —directo o a través de representantes— de asumir decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica de “democracia”, sino también la concepción unánimemente compartida —desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl— de la teoría y de la filosofía política», FERRAJOLI, L., «Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero»... *op. cit.*, p. 227.

indirecta de un número muy elevado de ciudadanos; (b) las relacionadas con el *cómo se decide* o reglas procesales que exigen como mínimo que las decisiones sean adoptadas al menos por la mayoría de quienes deben tomar la decisión; y (c) las reglas que garantizan la libertad de elección y decisión entre varias alternativas²²⁶. Como consecuencia de esta definición mínima, los derechos sociales solo aparecen como simple complemento, ya que para Bobbio la democracia tiene como fundamento el reconocimiento de los derechos de libertad²²⁷.

De lo anterior se desprende que para Bobbio existen ciertos derechos que son necesarios para el ejercicio del poder democrático, (a) los derechos políticos relacionados con las reglas del primer tipo, encaminadas a garantizar la igual participación política en la formación de la voluntad general, y (b) otros derechos de libertad referentes a las reglas del tercer tipo, destinadas a garantizar la libertad de elección y decisión entre alternativas reales (libertad de opinión, de expresión, de reunión, de asociación, entre otras)²²⁸.

226. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, pp. 24-25. La cita textual corresponde a la p. 24.

227. BOBBIO, Norberto, «Sobre los derechos sociales», en *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2003, p. 539: «Se puede decir que la democracia tiene como fundamento el reconocimiento de derechos de libertad y que admite como natural complemento el reconocimiento de derechos sociales o de justicia».

228. BOBBIO, N., *El futuro de la democracia... op. cit.*, p. 26; para García Manrique, «la definición “mínima” de democracia de Bobbio, o bien no es mínima, o bien no es una definición, sino la enunciación de ciertas condiciones necesarias de todo sistema de-

Por su parte, Robert Dahl sostiene que el gobierno democrático se caracteriza por su continua aptitud para responder por igual a las preferencias ciudadanas; en ese sentido, todos los ciudadanos deben tener igual oportunidad de (a) formular sus preferencias; (b) manifestar públicamente las mismas; y (c) ser tratado de igual manera que al resto. Para que se den estas tres condiciones es necesario que se garantice (a) la libertad de asociación; (b) la libertad de expresión; (c) la libertad de voto; (d) la elegibilidad para el servicio público; (e) el derecho de los líderes políticos para competir en busca de votos; (f) la existencia de diversas fuentes de información; (g) elecciones libres e imparciales; y (h) instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias²²⁹.

mocrático [...] En conclusión, creo que sólo existe un concepto de democracia en la obra de Bobbio, y éste no tiene carácter mínimo. Para Bobbio, la democracia es un ideal político al que se acercan en diverso grado los sistemas políticos realmente existentes, que se define complejamente y que encuentra dificultades grandes y diversas para su plena realización», GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, «Democracia mínima y tránsito al socialismo en Bobbio», en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 36, Madrid, noviembre de 1999, pp. 34-37.

229. DAHL, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 266-267; este autor señala que en el mundo, en vez de sistemas democráticos completos, existen *Poliarquías* que se caracterizan por extender la ciudadanía a una proporción comparativamente alta de adultos, y por reconocer entre los derechos de la ciudadanía, el de oponerse a los altos funcionarios del gobierno y hacerlos abandonar sus cargos mediante el voto. «Como sistema de democracia en gran escala perteneciente al mundo real, la poliarquía es hasta la fecha el mejor, pero medido según normas ideales no es sino una preferencia secundaria».

Para este autor, la relación teórica entre democracia y derechos fundamentales puede ser considerada desde distintas perspectivas y a veces contrapuestas: (a) los derechos fundamentales son considerados anteriores a la democracia (teoría de los derechos previos), algunos de los cuales son incluso superiores a esta; por tanto, actúan como límites a lo que se puede hacer o decidir²³⁰. De esta forma, el proceso democrático es visto como una amenaza potencial a la libertad que los derechos permiten y por ello es necesario protegerlos de las decisiones de la mayoría; y (b) los derechos fundamentales comprenden todos los derechos necesarios para el proceso democrático, por un lado, los que forman parte integral de dicho proceso, y por otro, los que son exteriores al mismo, pero indispensables para que funcione²³¹.

Dentro del primer tipo se encuentran los que él llama los «derechos prioritarios»²³², como el derecho a autogo-

230. En el mismo sentido, Bobbio afirma que los derechos (de libertad y políticos) son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mecanismos que caracterizan un régimen democrático, por lo que las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego, son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego, BOBBIO, N., *El futuro de la democracia... op. cit.*, p. 26.

231. DAHL, Robert A., *La democracia económica. Una aproximación*, prólogo de Miquel Caminal, trad. de Mireia Bofia, Editorial Hacer, Barcelona, 2002, pp. 24-25.

232. Böckenförde los llama «derechos fundamentales democráticos» que, junto al derecho de sufragio y de acceso a los cargos públicos, la libertad de opinión (incluyendo la libertad de información y de prensa), la libertad de reunión y la libertad de asociación, tienen el carácter de derechos «constitutivos por antonomasia» para la democracia, por lo cual, son derechos fundamentales de naturaleza tanto *liberal* como *democrática*,

bernarse, y ciertos derechos políticos derivados de este, los cuales, al ser parte integral del proceso democrático no pueden ser amenazados por este²³³. Por ende, sería erróneo interpretar que un conflicto entre reclamos *sustantivos* y el proceso democrático sea un conflicto entre derechos fundamentales, por un lado, y un mero procedimiento, por el otro, ya que cuando surge este tipo de conflictos, se da «entre un derecho o interés y otro derecho o interés que es uno de los fundamentales que posee un ser humano, un derecho tan básico que ha sido calificado de inalienable: el derecho de las personas a autogobernarse»²³⁴. Para él, este último planteamiento resulta más coherente con las ideas democráticas.

lo cual no implica que cada una de ellas garantiza un contenido diferente, al contrario, son derechos unitarios que despliegan su contenido garantista (a) hacia la protección de las libertades comunicativas de los individuos contra intentos de intromisión y abuso por parte del Estado, y (b) hacia la puesta en marcha de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas de abajo arriba, es decir, desde los individuos y desde la sociedad hacia el poder político de decisión del Estado, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «La democracia como principio constitucional», en Íd., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y trad. de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 78-79.

233. DAHL, R. A., *La democracia y sus críticos... op. cit.*, pp. 203-210 y ss.

234. DAHL, R. A., *La democracia económica... op. cit.*, pp. 24-25; al contrario de lo que plantea Ferrajoli, Dahl sostiene que «aseverar que un derecho o interés determinado debería ser inviolable por el proceso democrático no equivale, como a veces se dice, a plantear un derecho “contra el Estado”, como si “el Estado” fuese cualquier Estado; más bien equivale a afirmar un derecho contra el proceso democrático en el gobierno de un Estado democrático, que presumiblemente será un buen Estado, quizás el mejor posible», Íd., *La democracia y sus críticos... op. cit.*, pp. 230-231.

Finalmente, Dahl reconoce que desde la antigüedad hasta el presente, todos los defensores sensatos del gobierno democrático han subrayado que la desigualdad en los recursos económicos constituye una seria amenaza para la democracia, por lo que un país democrático avanzado debe dar prioridad en su programa de acción al mejor modo de alcanzar un sistema económico que fortalezca el proceso democrático, aunque lógicamente, estas son condiciones externas que no son *necesariamente* vinculantes²³⁵.

Ambas concepciones de la democracia coinciden con la de Ferrajoli en que existe la necesidad de promover ciertos presupuestos relacionados con el bienestar material, pues es indudable que la desigualdad económica y social genera una inevitable desigualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales y, por tanto, se limita la partici-

235. DAHL, R. A., *La democracia y sus críticos... op. cit.*, p. 399; también señala que «un orden económico que genere una amplia distribución de los recursos económicos, constituiría un fundamento social y económico adecuado para un orden democrático», Íd., *La democracia económica... op. cit.*, p. 144. Por su parte, Amartya Sen señala que existe una estrecha relación entre los derechos políticos y las necesidades económicas y que «las hambrunas nunca han afectado a ningún país independiente que va a elecciones con regularidad, que tiene partidos de oposición que externan críticas, que permite a los periódicos reportar con libertad y cuestionar la sabiduría de las políticas gubernamentales sin censura», por lo que todo movimiento democrático tiene que ser juzgado según dicha relación, SEN, Amartya, «Hambre, prensa y democracia», trad. de Marta Vasallo, en *Diario El Clarín*, Buenos Aires, 18 de octubre de 1998, consultado el 24 de agosto de 2007, accesible en <http://www.clarin.com/suplementos/economico/98-10-18/o-02002e.htm>

pación política, con su consecuente efecto en la calidad de la voluntad general y de la democracia²³⁶. Asimismo, la exclusión de grandes sectores de la población del desarrollo económico y del bienestar puede neutralizar la existencia de las actitudes que son necesarias para el nacimiento de ese tipo de voluntad común²³⁷.

Sin embargo, estas concepciones se diferencian de la de Ferrajoli en lo referente a la naturaleza y al papel de esos presupuestos —relacionados con los derechos sociales— en el proceso democrático, pues para uno (Bobbio), son un complemento, y para el otro (Dahl), son condiciones externas de la democracia. En cambio, para Ferrajoli, tomando en cuenta que se mueve en un plano teórico, dichos presupuestos tienen el rango de derechos y *todos* juegan un papel importante en las decisiones democráticas como vínculos y límites sustanciales de la democracia.

236. En ese sentido, Touraine sostiene que «la democracia está tan amenazada en los países desarrollados como en los otros, sea por dictaduras totalitarias, sea por un *laisser-faire* que favorece el crecimiento de las desigualdades y de la concentración del poder en manos de grupos restringidos», TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?... op. cit.*, pp. 41 y 284-291.

237. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «La democracia como principio constitucional»... *op. cit.*, p. 103; Böckenförde sostiene que los presupuestos de la democracia como forma de Estado y de gobierno se pueden dividir en (a) socioculturales, (b) político-estructurales, y (c) éticos. Los primeros incluyen otros tantos presupuestos, dentro de los cuales es fundamental la homogeneidad relativa dentro de la sociedad que incluye, entre otras cosas, aspectos relacionados con los derechos sociales como un sistema educativo desarrollado y la lucha contra el analfabetismo, el cual, según él, es enemigo de cualquier democracia y de cualquier desarrollo de la democracia; véanse pp. 99-118.

Obviamente, esta dimensión sustancial no es un elemento contrapuesto a la democracia formal, pues no desconoce su aspecto procedimental, sino que se constituye en su necesario complemento²³⁸, aunque en el plano axiológico la primera (democracia sustancial) incorpora valores más importantes, y por tanto previos, en relación con la segunda (democracia formal). Como consecuencia, el principio de la democracia política, relativo al quién decide, está subordinado a los principios de la democracia social relativos a qué no es lícito decidir y a qué es lícito dejar de decidir²³⁹.

En ese sentido, los derechos fundamentales, al ser incorporados en la constitución, hacen que esta se constituya en la principal garantía de la democracia en sus dos dimensiones, formal (conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría) y sustancial (derechos fundamentales que garantizan la igualdad y las necesidades vitales de todos)²⁴⁰, por todo lo cual, ninguna mayoría podría decidir la condena de un inocente o la privación de los derechos de una minoría, y tampoco podría dejar

238. FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías»... *op. cit.*, p. 23.

239. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* *op. cit.*, p. 865.

240. FERRAJOLI, L., «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho...* *op. cit.*, p. 22; Bobbio señala que «una democracia perfecta debería ser al mismo tiempo formal y sustancial; mas, un régimen de este tipo pertenece por ahora al género del futuro», BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y Sociedad...* *op. cit.*, p. 222.

de decidir las medidas necesarias para que a una persona le sea asegurada su subsistencia en condiciones de dignidad²⁴¹.

Recordemos ahora que la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli permite fundar cuatro tesis esenciales para su teoría de democracia constitucional: (a) la diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; (b) los derechos fundamentales como dimensión sustancial de la democracia; (c) la no necesaria coincidencia de los derechos fundamentales con la ciudadanía; y (d) la distinción entre derechos y garantías. El profesor italiano desarrolla su segunda tesis estableciendo la forma en que los derechos fundamentales expresan la dimensión sustancial de la democracia en oposición a la dimensión formal, y reconoce que dicha expresión es relativa al plano de los contenidos de los mismos (necesidades e intereses protegidos por ellos), dado que en virtud de sus características de universalidad, indisponibilidad y de rango habitualmente constitucional, se constituyen en parámetros de validez del ejercicio de los poderes públicos y se configuran como vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado, pues son fundamentales para la convivencia en comunidad y son a la vez la razón de ser del Estado²⁴².

241. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, p. 865.

242. FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 35-36; en ese sentido, Pisarello sostiene que en las condiciones actuales, los ciudadanos se enfrentan a las amenazas provenientes de dos frentes: (a) la amenaza de los poderes públicos y (b) la amenaza

Por ello considera que la democracia formal o procedimental es una concepción inconclusa que debe ser completada para que responda no solamente a las preguntas del *quién* y del *cómo*, sino también sobre el *qué*, ya que la carencia del contenido de lo que se puede o no decidir podría degenerar en lo que se suele llamar «la tiranía de las mayorías»²⁴³, lo cual contrasta con el esfuerzo teórico de Ferrajoli de limitar toda clase de poder, incluso el democrático. La dimensión sustancial de la democracia impone límites a su dimensión formal o procedimental mediante la delimitación de aquello sobre lo que no se puede decidir (los derechos de libertad) y sobre lo que no se puede dejar de decidir (los derechos sociales). De esta forma, la relación Estado de derecho-democracia política se redefine en el sentido de que el primero, como resultado del conjunto de garantías liberales y sociales, se configura como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la segunda, por lo que en un sentido

de los poderes económicos privados. Por tanto, para protegerse de los primeros (del Estado), es necesario «garantizar la división y el control de esos poderes, sustrayendo de las mayorías legislativas coyunturales ciertos derechos de libertad que delimiten un ámbito de no injerencia para los individuos»; y para protegerse de los segundos, además de controles, se requieren unas prestaciones de «bienes y servicios básicos por parte del Estado, que los ponga a salvo de los desequilibrios de los poderes del mercado», PISARELLO, Gerardo, «Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)», en *Sistema*, núm. 144, Madrid, 1998, p. 106.

243. Véase al respecto, SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?...op. cit.*, pp. 131-135; TOURAINE, A., *¿Qué es la democracia?... op. cit.*, p. 180-187.

sustancial y social de «democracia», el Estado de derecho equivale a la democracia misma pues refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos²⁴⁴.

Por tanto, dentro del paradigma de la democracia constitucional, la garantía de los derechos de libertad y de autonomía exige una serie de límites fundamentales impuestos a la autonomía privada y pública, como con-

244. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, p. 864; para Elías Díaz, el Estado de derecho es la institucionalización jurídica de la democracia, DÍAZ, Elías, «Estado de Derecho y Democracia»... *op. cit.*, pp. 203 y 205. En contra, Böckenförde plantea que «la democracia responde a la pregunta de quién es el portador y el titular del poder que ejerce el dominio estatal, no a la de cuál es su contenido; y, por lo tanto, se refiere a la formación, a la legitimación y al control de los órganos que ejercen el poder organizado del Estado y que llevan a cabo las tareas encomendadas a este. Es así un principio configurador de carácter orgánico y formal. El Estado de Derecho, por el contrario, responde a la cuestión del contenido, del ámbito y del modo de proceder de la actividad estatal. Tiende a la limitación y vinculación del poder del Estado, con el fin de garantizar la libertad individual y social —particularmente mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales, la legalidad de la Administración y la protección jurídica a través de tribunales independientes—, y en esa medida es un principio configurador de naturaleza material y procedimental», BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «La democracia como principio constitucional»... *op. cit.*, p. 119; también Dharendorf señala que «el orden liberal está compuesto por dos elementos distintos: uno es la democracia, el otro es el Estado de derecho, es decir, el sometimiento de todos los ciudadanos sin excepción a la ley. Ambos son importantes pero no son la misma cosa», DAHRENDORF, Ralf, *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Editorial Crítica, Barcelona, 2002, pp. 12-13.

diciones de la que Ferrajoli llama *legitimación sustancial negativa*; mientras que la garantía de los derechos sociales exige una serie de vínculos fundamentales que él llama *legitimación sustancial positiva*²⁴⁵.

En este orden de ideas, ante la pregunta ¿qué son los derechos fundamentales?, el profesor italiano plantea que en el plano de su forma ya se respondió *a priori*, estableciendo sus características estructurales; pero que en el plano de los contenidos, solo se puede responder *a posteriori* dado que, cuando se quiere garantizar un interés o una necesidad considerada fundamental para la comunidad, se les sustrae tanto de los poderes públicos (decisiones de la mayoría) como de los poderes privados (el mercado, por ejemplo)²⁴⁶.

En consecuencia, sostiene que la clasificación cuatripartita de derechos fundamentales que ha propuesto (civiles, políticos, liberales y sociales) permite fundar cuatro dimensiones de la democracia: (a) la democracia civil asegurada por los derechos civiles; (b) la democracia política, garantizada por los derechos políticos; (c) la democracia liberal, asegurada por los derechos de libertad; y (d) la democracia social, garantizada por los derechos sociales²⁴⁷.

245. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia... op. cit.*, p. 28.

246. FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 36.

247. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», en *Ibíd.*, p. 166.

De esta forma, los primeros dos (civiles y políticos) son derechos formales en cuanto determinan *el quién y el cómo* de las decisiones democráticas (democracia formal o política); y los dos últimos derechos (de libertad y sociales) determinan *el qué* (democracia sustancial)²⁴⁸.

Es en este sentido que los derechos fundamentales imprimen una dimensión sustancial al Estado de derecho y a la democracia, ya que las normas que los reconocen determinan no tanto la forma (quién decide y cómo se decide) sino el contenido o la sustancia de las decisiones (qué no es lícito decidir o no decidir). Así, y como ya lo hemos afirmado, la posición de Ferrajoli se contrapone a la concepción de la democracia como mero procedimiento cuyo respeto de sus reglas permite a las mayorías tomar cualquier decisión. Del mismo modo señala que, mientras las reglas de la representación y el principio de las mayorías permiten establecer lo que es decidible, los derechos fundamentales determinan la esfera de lo indecidible, que incluye «lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales»²⁴⁹.

248. FERRAJOLI, L., «De los derechos del ciudadano a los de la persona»... *op. cit.*, p. 104.

249. FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos...* *op. cit.*, p. 36. Por su parte, Greppi plantea que «[l]a legitimidad de las instituciones democráticas tiene un doble origen: por un lado, el principio de la soberanía popular, que se expresa a través de la voluntad de las mayorías y sus representantes; por otro, la garantía de ciertos bienes e intereses —derechos y libertades— considerados

Por tanto, la constitucionalización de los derechos fundamentales ha generado dos esferas de decisión: (a) En primer lugar, una *esfera de lo indecible*, que contiene al mismo tiempo (a.1) la esfera de lo *indecible que*, es decir, de lo que no está permitido o está prohibido decidir, definida por los *derechos individuales* que excluyen, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan dañarlos, tergiversarlos o disminuirlos; y (a.2) la esfera

fundamentales. De estas dos fuentes, la primera ha de hacer frente en nuestro tiempo a graves amenazas. Lejos de encarnar el ideal de la autodeterminación democrática, la voluntad popular tiende a identificarse con la voluntad de mayorías miopes, dominadas por los deseos irracionales de las masas irresponsables y despolitizadas, incapaces de hacer frente a las malas artes del líder carismático, fascista o populista. Es cierto que la desconfianza frente a las mayorías siempre asoma en el horizonte del pensamiento democrático, pero el hecho es que ahora se dan ciertas condiciones objetivas para que pueda intensificarse. Bloqueada la vía democrática, la otra vía, la de la constitución y los derechos, recobra su atractivo y se presenta como alternativa para reparar la dañada legitimidad de un sistema político que se ha vuelto cada vez menos representativo. Es cierto que muchas de las instituciones del Estado constitucional tienen un carácter abiertamente contramayoritario, pero se estima que no hay más remedio que pagar el precio de un relativo debilitamiento del principio democrático. La voz del pueblo suena cada vez más lejana y la teoría no puede seguir invocándola en vano. Por supuesto, no todos los teóricos contemporáneos comparten este espíritu, pero ni siquiera los más hostiles se atreven ya a poner en duda una constatación fundamental: en nuestro contexto, el marco normativo del Estado de derecho delimita el terreno sobre el que se juega el debate en torno al valor de la democracia», GREPPI, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Trotta, Madrid, 2006, p. 25.

de lo *indecidible que no*, es decir, de lo que es obligatorio decidir o no está permitido no decidir, determinada por los *derechos sociales* que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones eficaces para satisfacerlos. Y (b) en segundo lugar, una *esfera de lo decidible*, «dentro de la cual es legítimo el ejercicio de los derechos secundarios, instrumentales o de autonomía; de la autonomía política, habitualmente mediada por la representación política, en la producción de las decisiones legislativas y de gobierno; y de la autonomía privada, como se desarrolla sobre todo en los intercambios de mercado, en la producción de las decisiones privadas»²⁵⁰.

Para Ferrajoli, las normas formales sobre la *vigencia* se identifican con las reglas de la democracia *formal*, mientras que las normas sustanciales sobre la *validez* se identifican con las reglas de la democracia *sustancial*. Las primeras aseguran el procedimiento para que las decisiones sean la expresión de la voluntad de la mayoría; las segundas aseguran, so pena de invalidez, que las decisiones de la mayoría estén vinculadas al respeto de los derechos fundamentales. Por consiguiente, según Ferrajoli, el paradigma de la democracia constitucional de nuestros tiempos se concreta en la sujeción del derecho al derecho mediante la separación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, y entre legitimación formal y legitimación sustancial, dado que el principio de soberanía

250. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia...* op. cit., p. 22.

popular y la regla de la mayoría se subordinan a los derechos fundamentales como principios sustanciales que determinan los ámbitos de las decisiones democráticas, y en consecuencia, se constituyen en fuentes de deslegitimación más que de legitimación²⁵¹.

Los derechos fundamentales, al representar un sistema de límites y de vínculos para el Estado, cambian la relación entre este y los sujetos sometidos a su jurisdicción en el sentido de que al ser estos últimos, titulares más que destinatarios, el Estado se ve obligado a promover las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de esos derechos, lo cual no solo incluye vínculos y límites normativos al propio Estado, sino también vínculos y límites normativos a los poderes de los propios ciudadanos²⁵².

Así, de acuerdo al profesor italiano, el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista pues (a) las constituciones son contratos sociales en los que se determinan las condiciones para la convivencia social; y (b) esta idea del contrato social es una metáfora de la democracia *política* porque se refiere al consenso de los contratantes, lo que constituye una legitimación del poder político desde abajo, pero a su vez es una metáfora de la democracia *sustancial*, debido a que dicho contrato incluye un contenido considerado fundamental para la comunidad; por consiguiente, su

251. FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 37.

252. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, p. 935.

violación legítima la ruptura del mismo y el ejercicio del derecho de resistencia²⁵³.

Ferrajoli señala que los contenidos de las constituciones como pactos fundantes son producto de las luchas sociales y políticas de diversos movimientos que, desde la Revolución francesa hasta nuestros días, han permitido que se hayan desarrollado los procesos que Peces-Barba llama de positivación, generalización, internacionalización y especificación²⁵⁴, mediante los cuales se han reconocido primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y después los derechos sociales. En la

253. FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 38.

254. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III, Madrid, 1999, pp. 156-199; por su parte, Bobbio también plantea que «el desarrollo de los derechos humanos ha pasado a través de tres fases: en un primer tiempo, se han afirmado los derechos de la libertad, es decir, todos aquellos que tienden a limitar el poder del Estado y a reservar al individuo o a los grupos particulares *una esfera de libertad respecto del Estado*; en un segundo tiempo se han propugnado los derechos políticos, que —al concebirse la libertad no sólo negativamente como no impedimentos, sino positivamente como autonomía— han tenido por consecuencia la participación cada vez más amplia en el poder político (es *la libertad en el Estado*); y finalmente, se han proclamado los derechos sociales, que expresan la maduración de nuevas exigencias (bienestar, igualdad real), que se podrían llamar *libertad a través o por medio del Estado*», BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 16.

actualidad son objeto de reivindicación algunos derechos nuevos como el derecho a la paz y al medio ambiente²⁵⁵ que, aunque reconocidos en el ámbito internacional y en algunas constituciones, no gozan de las garantías que aseguren su debida protección. En palabras del profesor italiano, «los derechos fundamentales se afirman siempre como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia»²⁵⁶.

Por tanto, el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, en términos de reconocimiento y positividad, ha implicado el progreso de la democracia desde una concepción formal a una concepción sustancial²⁵⁷, dado que la expansión de los derechos ha permitido la ampliación de la protección del Estado a ciertos ámbitos que anteriormente estaban vedados a su intervención, especialmente en lo referente a los derechos sociales. No obstante, el progreso de la democracia no solo se da con esta expansión de los derechos y su garantía, sino también mediante «la extensión del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder, con el fin de que también allí sean tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas. Son de hecho los poderes desregulados que se desarrollan en su interior los princi-

255. «Si en la época liberal sólo se consideraron vitales los derechos a la vida y a la libertad y en este siglo también el derecho a la vivienda, al trabajo, a la enseñanza y similares, hoy el catálogo de bienes fundamentales se ha ampliado, al haber crecido el número de las amenazas a las condiciones naturales de vida», FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* pp. 865-866.

256. FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos...* *op. cit.*, pp. 39-40.

257. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* *op. cit.*, p. 934.

pales “obstáculos de orden económico y social” que limitan “de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos”»²⁵⁸.

En síntesis, la concepción de la democracia de Ferrajoli implica un sistema complejo de separación y equilibrio de poderes, de límites de forma y contenido a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y compensación si son vulnerados y, en definitiva, la sustancia de la democracia está referida a un sistema en que «la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquella que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio y que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales —a la salud, a la escuela, a la prevención y a la subsistencia— que toda mayoría está obligada a satisfacer»²⁵⁹.

Con base en lo anterior, se puede sostener que en la relación Estado de derecho/democracia, el primero precede a la segunda en términos axiológicos, ya que es un conjunto de límites y vínculos a la democracia en el sentido de que las decisiones políticas no pueden restringir los derechos fundamentales, pues, al ser inviolables e inalienables, se estipulan contra la mayoría y contra cualquier poder en tutela de todos²⁶⁰. En otros términos,

258. FERRAJOLI, L., *El garantismo y la Filosofía del Derecho... op. cit.*, pp. 115-116.

259. *Ibid.*, pp. 144-145.

260. *Ibid.*, p. 174; Böckenförde plantea que las garantías del Estado de derecho (el reconocimiento de derechos fundamentales de tipo material y procesal, la garantía de determinadas formas de organización y tipos de procedimiento, la separación de la legislación y la ejecución de la ley, o la prohibición de la

la relación entre derecho y política se invierte en el sentido de que el primero ya no puede ser concebido como un instrumento de la primera, sino que la política tiene que ser asumida como instrumento para la actuación del derecho²⁶¹.

retroactividad, entre otras), no solo configuran de un modo más preciso el poder de decisión democrática, es decir, no solo lo ajustan a un orden y le dan forma, sino que además lo vinculan y limitan en cuanto a su contenido y alcance; por tanto, la democracia se convierte así en una democracia «moderada», limitada y equilibrada a través del Estado de derecho, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «La democracia como principio constitucional»... *op. cit.*, p. 125.

261. FERRAJOLI, L., «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho...* *op. cit.*, p. 24; en otro lugar, Ferrajoli señala que el cambio de paradigma que produce el constitucionalismo rígido se manifiesta en el plano de la teoría política cambiando la naturaleza misma de la democracia, dado que ella ya no se reduce «simplemente a su dimensión política, que procede de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, y que condiciona la vigencia de las leyes, sino que comprende también una dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales y en particular por los derechos fundamentales, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía», Íd., *El garantismo y la Filosofía del Derecho...* *op. cit.*, pp. 134. Por su parte, Atria sostiene que «se ha producido un cambio de valoración del derecho y su relación con la política. Hoy el derecho es visto como el *médium* de la acción política. Por supuesto, el derecho siempre estuvo relacionado con la política, al menos en el sentido de que el derecho era el resultado de la política. Pero en algún sentido importante la política gozaba de cierta prioridad frente al derecho. Hoy, sin embargo, la relación entre derecho y política se ha invertido y se nos invita a celebrar la sujeción de la política al derecho. A esta visión, que concibe al derecho

2. EL PAPEL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social (el Estado) que promueva y proteja los valores y necesidades fundamentales de la sociedad que, una vez incluidas en las constituciones, se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político²⁶². Por ello, con la constitucionalización de los derechos fundamentales, la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades sustanciales, lo cual «es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado»²⁶³. En ese sentido, Ferrajoli señala que el Estado

como lo que estructura, limita y ordena el conflicto político, la denominaré “legalismo”. El legalismo ya no concibe al derecho como el “gran ocultador de la opresión”, sino como el medio a través del cual la comunidad se constituye a sí misma. Ahora el derecho expresa “el pueblo que queremos ser y la comunidad que aspiramos a tener”. Liberales y republicanos celebran el potencial emancipador del derecho, aunque uno podría haber esperado algo distinto», ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?»... *op. cit.*, pp. 35-37.

262. Prieto Sanchis señala que bajo esta *concepción instrumental* del Estado y sus instituciones, su legitimidad descansa en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses (tanto los de libertad como los derechos sociales que procuran bienes materiales imprescindibles para todos), PRIETO SANCHÍS, Luis, «Derechos Fundamentales», en Íd., *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, pp. 19-20.

263. FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en Íd., *Los Fundamentos de los Derechos...* *op. cit.*, pp. 35-36.

y el derecho no son un hecho natural, sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los individuos para la tutela de sus necesidades y sus derechos, desde el derecho a la vida de acuerdo con Hobbes, los derechos de libertad y propiedad según Locke, y los derechos políticos y sociales que se han añadido con el constitucionalismo moderno²⁶⁴.

De esta forma, las constituciones se constituyen en un sistema de reglas, formales y sustanciales, cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro²⁶⁵. En tal sentido, las constituciones son algo más que una simple norma (aunque lo sean); son a su vez el diseño de cómo idealmente tendría que funcionar una sociedad²⁶⁶. Por ello, se puede decir que

264. FERRAJOLI, L., *El garantismo y la Filosofía del Derecho... op. cit.*, pp. 172-173.

265. *Ibid.*, p. 171: «Constituyen, por así decir, unas utopías de derecho positivo, que en cuanto nunca realizables perfectamente establecen, sin embargo, en cuanto derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección de la igualdad en los derechos fundamentales».

266. LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 111-112; Ferrajoli plantea que una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular; el fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo:

se pasa de un concepto formal de Estado de derecho a uno material, ya que la constitución no se restringe a establecer unos límites estatales frente a la libertad del ciudadano, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real²⁶⁷.

En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación estatal pues, mientras en el Estado de derecho liberal el poder público solamente tenía el deber de no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, en el Estado de derecho social el poder público también debe mejorarlas. Lógicamente, este cambio es producto de la clase de bienes o necesidades asegurados por dos tipos de garantías: (a) las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones que, según Ferrajoli, «sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia», tales como la vida y las libertades; y (b) las

la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías. FERRAJOLI, L., «Pasado y futuro del Estado de Derecho», trad. de Pilar Allegue, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)...*, op. cit., p. 28

267. GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 122-123; Böckenförde señala que ahora, en lugar del Estado de derecho en sentido formal, entra en juego el Estado material de derecho, y en lugar del Estado de derecho en sentido liberal, el Estado social de derecho, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho», en Íd., *Estudios sobre el Estado de Derecho... op. cit.*, p. 17.

garantías sociales o positivas, que sirven para adquirir condiciones de vida dignas, como la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda o la educación²⁶⁸.

Es indudable que, para nuestro autor, los derechos sociales juegan un papel esencial en las bases que sostienen un Estado democrático de derecho, pues sus garantías, junto a las liberales, expresan los derechos del ciudadano frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, o de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder económico. De esta forma, se puede sostener que «no existe diferencia, en este sentido, entre derechos de libertad y derechos sociales: también los derechos sociales, como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiende a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría»²⁶⁹.

A la vez, este papel esencial viene dado porque su protección y su extensión a «todos», permite la igualdad en los derechos (igualdad jurídica, tanto formal como sustancial) y por ende, mejoran la calidad de la democracia y del Estado de derecho. De este modo, todos los derechos fundamentales se constituyen en técnicas a través de las cuales la igualdad formal y sustancial resulta asegurada o perseguida. Por un lado, las garantías de los derechos

268. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, pp. 862-863. La cita textual corresponde a la p. 862.

269. *Ibíd.*, p. 864.

de libertad aseguran la igualdad formal o política, por el otro, la garantía de los derechos sociales posibilitan la igualdad sustancial o social. Las primeras tutelan las diferencias para las que promueven la tolerancia, por lo que son derechos a seguir siendo personas diferentes a las demás; las segundas remueven las desigualdades que se ven como intolerables, por lo que son derechos a ser personas iguales a las otras en las condiciones mínimas de vida y de dignidad²⁷⁰.

Y en ese sentido, estando los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, a la base de la igualdad *en droits*, «son siempre, directa o indirectamente, establecidos como garantía de la igualdad: de la igualdad política por medio del otorgamiento de los derechos políticos, de la igualdad civil a través de la garantía de los derechos civiles, de los niveles mínimos de igualdad social por medio de la satisfacción de los derechos sociales»²⁷¹. Por ello, Bobbio sostiene que el principio de los fines o valores que es adoptado para distinguir en su contenido un régimen democrático de uno no democrático es la igualdad, no solamente jurídica, sino también en cierta medida, económica y social²⁷².

270. *Ibid.*, p. 907; véase también FERRAJOLI, L., «Derechos Fundamentales», en *Íd.*, *Los Fundamentos de los Derechos...* *op. cit.*, pp. 21-22.

271. FERRAJOLI, L., *Epistemología jurídica...* *op. cit.*, pp. 273-274.

272. BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y Sociedad...* *op. cit.*, p. 221; en un sentido similar, Touraine sostiene que «un régimen que privilegia la libertad puede dejar que se incremente la desigualdad y, a la inversa, que la búsqueda de la igualdad pueda hacerse al precio de una renuncia a la libertad. Pero es

En síntesis, ante la pregunta sobre cuáles son los derechos indispensables para hablar de un Estado democrático de derecho, es evidente que para Ferrajoli la respuesta incluye tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, dado que en su propuesta la limitación del poder (público y privado) es fundamental²⁷³. Por eso entiende que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, junto a los tradicionales derechos de libertad, también se han reconocido los derechos sociales con rango constitucional que amplían el campo de intervención de las instituciones con funciones referentes al bienestar material de la población²⁷⁴.

Por tal razón, para Ferrajoli, un proyecto de democracia social forma un todo único con el de un Estado social

más cierto todavía que no hay democracia que no sea la combinación de esos dos objetivos y que no los una mediante la idea de fraternidad», TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?...* *op. cit.*, p. 162

273. «[...] toda la historia del estado de derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica», FERRAJOLI, L., «Jurisdicción y democracia»... *op. cit.*, p. 3; en la misma línea, Bobbio señala que «toda la historia del pensamiento político puede ser considerada como una larga, ininterrumpida y apasionada discusión en torno a las diversas maneras de limitar el poder: entre éstas se encuentra el método democrático», BOBBIO, N., *Estado, Gobierno y Sociedad...* *op. cit.*, p. 204.

274. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* *op. cit.*, p. 861; por su parte, Bovero plantea que la democracia necesita de *condiciones internas* que incluye a los derechos políticos, y de *precondiciones externas*, que incluye algunos derechos liberales y algunos derechos sociales, especialmente el derecho a la educación y el derecho a la subsistencia, BOVERO, Michelangelo, «Democracia y derechos fundamentales»... *op. cit.*, p. 37.

de derecho, pues consiste en la expansión de los derechos fundamentales (de libertad y sociales) y, correlativamente, de los deberes estatales; en otros términos, consiste «en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes»²⁷⁵.

Sin embargo, la inclusión de los derechos sociales como derechos que también legitiman al Estado de derecho nos plantea algunas cuestiones importantes. En primer lugar, dicha inclusión no es del todo pacífica frente a los argumentos esgrimidos por el liberalismo tradicional; y, en segundo lugar, todavía no existe un acuerdo sobre (a) la medida en que se pueden incorporar estructuralmente elementos «sociales» en el edificio constitucional del Estado de derecho sin que con ello se pongan en riesgo otros elementos esenciales de este último, y (b) sobre cuáles de entre estos elementos sociales se deben tomar en consideración²⁷⁶.

Por poner algunos ejemplos en relación con la primera cuestión, Robert Nozick, desde una revitalizada teoría de los derechos individuales, señala que un verdadero Estado de derecho es aquel que se limita a proteger a la persona de la fuerza, la violencia, el robo y el fraude, y que no está legitimado para usar su poder con fines (re) distributivos²⁷⁷.

275. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón... op. cit.*, p. 866.

276. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho»... *op. cit.*, p. 35.

277. NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*. Basil Blackwell, Oxford, 1974, pp. Ix y 168-172.

Por su parte, Friedrich Hayek entiende que un auténtico Estado de derecho se reduce a la máxima disminución de la discrecionalidad del Estado y al establecimiento previo de las reglas de juego que permitan al individuo procurar sus fines y deseos personales libremente²⁷⁸, aunque acepta el financiamiento y organización de la instrucción pública, la sanidad y la higiene²⁷⁹, pero condicionados al libre mercado y, por tanto, sin que estos derechos se constituyan en el criterio máximo de la legitimidad política.

En relación con la segunda cuestión, Ferrajoli reconoce que una de las crisis del derecho, incluso en las democracias avanzadas, está relacionada con la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Estado social. Esta inadecuación, frecuentemente, se asocia a una supuesta contradicción

278. HAYEK, Friedrich A., *Camino de Servidumbre*, trad. de José Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 103-113. Esta autor señala que «un resultado necesario, y sólo aparentemente paradójico, de lo dicho es que la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos, y que *toda política directamente dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho*. Darle a los diferentes individuos las mismas oportunidades objetivas no significa darles la misma *chance* subjetiva. No puede negarse que el Estado de Derecho produce desigualdades económicas; todo lo que puede alegarse en su favor es que esta desigualdad no pretende afectar de una manera determinada a individuos en particular». (La primera cursiva es añadida).

279. HAYEK, F. A., *Los Fundamentos de la Libertad*, trad. de José Vicente Torrente, Unión Editorial, Madrid, 7ª ed., 2006, pp. 304-306.

entre el primero (en su sentido clásico liberal), consistente en un conjunto de límites y prohibiciones impuesto a los poderes públicos a favor de la protección de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el segundo que, por el contrario, demanda la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas caracterizadas por ser discrecionales, contingentes y sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad²⁸⁰.

No obstante, para el profesor italiano, al ser el derecho una realidad artificial construida por las personas, incluidos los juristas, dicha crisis no es irremediable, ya que puede ser superada con la configuración y construcción de un derecho (que despunte más allá del modelo solo liberal) como un *sistema general de garantías* constitucionalmente pre ordenado a la tutela de todos los derechos fundamentales²⁸¹. En ese sentido, la expansión de la democracia es posible con la imposición de vínculos estructurales y funcionales a todos los poderes (públicos y privados) para la tutela de los derechos fundamentales y con la existencia de un sistema de técnicas garantistas adecuadas para asegurar una mayor efectividad²⁸².

Para el profesor italiano este sistema de garantías es posible gracias a la doble artificialidad que caracteriza al constitucionalismo rígido de las democracias contemporáneas; es decir, (a) el carácter positivo de las normas producidas, que es característico del *positivismo jurídico*, y en virtud del cual el «ser» del derecho no es derivado de

280. FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías»... *op. cit.*, p. 16.

281. *Ibid.*, pp. 16-19.

282. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...* *op. cit.*, p. 865.

la moral ni de la naturaleza, sino que es construido por las personas; y (b) la sujeción del derecho al derecho, que es característico del *Estado constitucional de derecho* (la producción jurídica se encuentra condicionada por normas formales y sustanciales), y en virtud del cual, también el «deber ser» del derecho (sus condiciones de validez), «resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos —igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales— por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas». En otros términos, el derecho no se limita a programar sus *formas* de producción, sino que también programa sus contenidos *sustanciales*, a los que vincula a los *principios* y a los *valores* constitucionales a través de las debidas técnicas de garantía²⁸³.

Bajo esas premisas, es indudable que los principios constitucionales y los derechos fundamentales, al estar incorporados en la norma más importante —la constitución—, juegan cada vez más un mayor protagonismo en muchos espacios significativos de los ordenamientos jurídicos²⁸⁴, a tal punto que algunos autores consideran

283. FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías»... *op. cit.*, pp. 19-20. La cita textual corresponde a la p. 19.

284. Por ello sostiene que los derechos fundamentales siempre se afirman como *leyes del más débil* tanto en el derecho penal, que tutela a la parte ofendida en el momento del delito, al imputado en el momento del proceso, al detenido en el momento de la ejecución penal; en el derecho del trabajo, que tutela a los trabajadores contra las razones del beneficio

que la concepción actual de los derechos fundamentales se caracteriza por una doble cualificación de los mismos, ya que, por un lado, se conciben como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, y por otro, como normas objetivas de principio y de decisiones axiológicas que tienen validez para todos los ámbitos del derecho²⁸⁵.

Además, se considera que los derechos fundamentales tienen el carácter de principios (y que estos son man-

económico y de la empresa; en el derecho de familia, que tutela a los hijos, a los progenitores o a los cónyuges contra los abusos y los incumplimientos de los parientes más fuertes; en el derecho civil, que tutela la propiedad contra la apropiación violenta; en el derecho público, constitucional y administrativo, que tutela a los ciudadanos contra el arbitrio de los poderes públicos; en el derecho internacional, que tutela a los individuos de la violencia de sus Estados, los Estados más débiles de aquellos más fuertes, la humanidad entera de la amenaza de la guerra, de la lógica, de otro modo desenfundada, del mercado y de los atentados contra el ambiente [...], FERRAJOLI, L., *El garantismo y la Filosofía del Derecho...* op. cit., pp. 179-180.

285. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental»... op. cit., p. 95; por su parte, Rafael de Asís sostiene que los derechos fundamentales cumplen (a) una función objetiva que devela su rol instrumental para garantizar la dignidad humana, y (b) una función subjetiva en su papel de límites y guía de toda la actuación estatal. En el ámbito de su función objetiva, al orientar y limitar el actuar público, se constituyen en criterio de legitimación de las instituciones del Estado. Por tanto, «toda producción normativa, toda interpretación, toda realización de un acto al que se le quiera atribuir consecuencias jurídicas, [debe estar] sujeta al respeto de [tales] derechos», en ASÍS ROIG, Rafael de, «Democracia, constitución y derechos», en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, REAL ALCALÁ, J. Alberto y RUIZ R., Ramón (Eds.), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 188.

datos de optimización), lo cual permite que se aclaren o se maticen algunos asuntos controvertidos para la teoría de los derechos fundamentales como la cuestión de los límites, las colisiones entre ellos, su papel en el sistema jurídico, el efecto en terceros y la división de competencias entre los tribunales, sobre todo los constitucionales, y los parlamentos²⁸⁶.

No obstante, esta cualidad dual de los derechos fundamentales no deja de ser controvertida, debido a que, de acuerdo con Böckenförde, subyace un problema central, y aún no resuelto de esta concepción de los derechos, consistente en que estos, por un lado, rigen como principios supremos del ordenamiento jurídico, no solo en la relación entre Estado/ciudadano sino también en la relación ciudadano/ciudadano, limitando su autonomía privada; y por otro, rigen no solo como normas de defensa de la libertad, sino también como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado, transformando de este modo la estructura de la constitución, que deja de ser ordenamiento jurídico fundamental del Estado para convertirse en ordenamiento jurídico fundamental para la comunidad, lo cual también afecta la función y la posición de los tribunales constitucionales²⁸⁷.

286. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...* *op. cit.*, pp. 81-172. Este autor señala que los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas.

287. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental»... *op. cit.*, p. 95 y 129. Este autor señala que, «en

Aunque Ferrajoli (a) resalta el papel de los *principios constitucionales* y de los derechos fundamentales como vínculos y límites a todos los poderes, sean públicos o sean privados, (b) concibe la constitución como la norma suprema que, como proyecto de futuro, contiene una serie de valores ético-políticos que condicionan al resto del ordenamiento jurídico so pena de invalidez, y (c) reconoce que los derechos fundamentales expresan unos *finés* a los que está orientado el Estado constitucional de derecho²⁸⁸, no me resulta claro si este autor reconoce de forma implícita en su constitucionalismo algunos de los rasgos que caracterizan a una teoría de los principios, o si comparte el reconocimiento de la doble naturaleza de los derechos fundamentales (objetiva/subjetiva).

Esta duda se debe a que también el profesor italiano defiende una idea de sólida coherencia de la constitución que minimiza la supuesta colisión entre derechos fundamentales, ya que considera que lo que se da es

el ámbito de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal ya no aplica únicamente contenidos previos de la Constitución, sino que se convierte en órgano de la concretización jurídico-creativa de la Constitución; ésta —referida al caso, pero vinculante con carácter general— se enriquece en cuanto al contenido y el legislador se ve vinculado a ella en virtud de la primacía de las decisiones del Tribunal Constitucional».

288. FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías»... *op. cit.*, p. 22; en ese sentido, Prieto Sanchís señala que el Estado social viene a acentuar la racionalidad teleológica, donde el sistema jurídico es contemplado como un instrumento para alcanzar ciertos fines sociales, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios...* *op. cit.*, p. 28.

una ordenación jerárquica como resultado de distinguir tres niveles de figuras deónticas: (a) la libertad natural o extrajurídica; (b) los poderes (privados y públicos) vinculados a los derechos de autonomía (civiles y políticos, respectivamente); y (c) los derechos de libertad²⁸⁹.

289. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, pp. 310-314.

IV

LUIGI FERRAJOLI Y SUS CRÍTICOS

Algunas de las críticas y comentarios a los planteamientos de Ferrajoli cuestionan, desde diferentes enfoques, las cuatro tesis que él ha planteado; es decir, (a) su definición de derechos fundamentales como universales e indisponibles que los diferencian de los derechos patrimoniales; (b) la relación de los derechos fundamentales con la democracia sustancial; (c) la no necesaria identificación de los derechos fundamentales con la ciudadanía; y (d) la distinción entre los derechos y sus garantías.

Antes de analizar algunas de ellas, es necesario abordar una cuestión previa que las condiciona y que va más allá del tema de los derechos fundamentales. Ferrajoli sostiene que muchos de los desacuerdos con su propuesta se deben, en gran parte, al análisis de las tesis formuladas desde diversos tipos o niveles del discurso, así como de las distintas concepciones que se tienen de la teoría del derecho, de la dogmática jurídica y de la axiología jurídica y política. En ese sentido, considera que la mejor forma de enfocar el asunto es partiendo del análisis metateórico de la definición teórica de «derechos fundamentales», la cual puede ser articulada en dos subcuestiones: (a) la del carácter «formal» (y no «sustancial») de su definición, mediante la cual responde a las críticas de Mario Jori,

Ermanno Vitale y Danilo Zolo, entre otros; y (b) la de su carácter «prescriptivo» (y no «descriptivo») en relación con su objeto de indagación, a través de la cual responde a las críticas de Riccardo Guastini. Nuestro autor reconoce que muchas de las críticas están justificadas debido a que a lo largo de su tesis, no siempre está bien precisada la distinción entre los planos o discursos que hemos mencionado, y también debido a que ha usado muchos términos (persona, ciudadano, capaz de obrar, etc.) sin haber explicitado exactamente las definiciones²⁹⁰.

Con estas premisas, en el presente apartado abordaremos algunas de las críticas y observaciones que algunos autores han hecho a la propuesta teórica de Ferrajoli, y cuyo análisis estará centrado en aquellas que tienen mayor relación con el objeto de este trabajo, es decir, los derechos sociales.

En ese sentido, (a) examinaremos las críticas referidas a la *definición formal de derechos fundamentales*, ya que es la base sobre la que descansa todo el edificio teórico que Ferrajoli construye y que le permite caracterizar a los derechos fundamentales en oposición a los derechos patrimoniales, obtener las distintas tipologías de los mismos y fundar las cuatro tesis que hemos recordado al inicio de este apartado, dentro de las cuales se ubican la distinción entre derechos y garantías, y el reconocimiento de una dimensión sustancial de la democracia, ambas cuestiones especialmente importantes para los derechos sociales.

290. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho»... *op. cit.*, pp. 140-141.

(b) Luego analizaremos las críticas referidas a la distinción entre derechos y garantías, y 3) finalmente, las referentes a su comprensión de la democracia que, en la concepción del profesor italiano, no se limita al mero procedimiento, sino que también implica una serie de límites y vínculos al proceso decisorio, representado por los derechos fundamentales que determinan una esfera de lo indecible; es decir, *lo no decidible que*, que son las prohibiciones que imponen los derechos de libertad, y *lo no decidible que no*, que son las obligaciones que imponen los derechos sociales.

Como se puede observar, los tres temas sobre los que examinaremos las críticas corresponden a las cuestiones que desarrollamos en los capítulos I, II y III de este trabajo, razón por la cual se tratará de abarcar la mayor parte de dichas críticas, aunque no está demás aclarar que si algunas de ellas no son incluidas en este trabajo, obviamente no se debe a que sean menos relevantes, sino simplemente responde a razones metodológicas. Finalmente, es preciso señalar que las críticas aquí analizadas permitieron al profesor italiano clarificar y profundizar algunas de sus propuestas teóricas en su ya citada obra culmen *Principia Iuris*, como lo hemos visto a lo largo de estas páginas.

1. DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El análisis de las críticas a la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli las dividiré en (a) aquellas dirigidas a los estatus que el profesor italiano distingue y (b) a la naturaleza de indisponibles con la que caracteriza a los derechos fundamentales.

1.1. *Sobre la definición de estatus*

En su definición formal, Ferrajoli señala que los derechos fundamentales corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de los estatus de personas, ciudadanos o capaces de obrar, condición que, al ser prevista por una norma jurídica positiva, se constituye en presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

Guastini critica, en primer lugar, que cada uno de los estatus tiene una amplitud diferente ya que, por ejemplo, las clases de los ciudadanos y de los capaces de obrar son menos amplias que la clase de las personas; por ello, es posible decir que un derecho conferido solo a los ciudadanos no es universal, si lo comparamos con los derechos atribuidos a las personas; en segundo lugar, critica que no está claro por qué tales estatus deben ser esos tres y no otros; y en tercer lugar, señala que una norma que adscriba un derecho a cualquier clase de sujetos conlleva el problema de identificar a los miembros de esa clase, dado que es obvio que algunos conceptos jurídicos como «ciudadano» son definidos por otras normas, que incluso podría ser una norma de privilegio. En ese sentido, si dicho problema carece de solución, entonces se puede concluir que la universalidad no es realmente una característica de los derechos fundamentales, pues se trataría simplemente de un concepto vacío²⁹¹.

291. GUASTINI, Riccardo, «Tres problemas para L. Ferrajoli», en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos...* op. cit., pp. 60-61.

Jori, por su parte, cuestiona que el principal problema de la definición de Ferrajoli es que, en su sistema, una categoría formalmente universal puede ser cualquier clase de personas y no solo la totalidad de los seres humanos o de los ciudadanos, por lo que es evidente que tal extensión es contingente. Por tanto, cualquier norma puede convertirse en formal y, como consecuencia, no habría ninguna diferencia entre una norma que atribuya un derecho a todas las personas que se dediquen profesionalmente a la pesca (destinada a *todos*), y una norma que atribuya un derecho *solo* a todos los pescadores de profesión. Si esto es así, la universalidad formal pierde toda conexión con la universalidad sustancial; es decir, la igualdad entre las personas o entre los ciudadanos o entre los capaces de obrar, convirtiéndose en una mera cuestión de definición lingüística y demasiado contingente para fundar la distinción entre derechos fundamentales que Ferrajoli realiza. En consecuencia, su dificultad radica en que, en el plano lógico, se puede «transferir» cualquier característica del objeto de una norma al sujeto de la misma —y viceversa— sin que cambie el significado de la propia norma²⁹².

292. JORI, Mario, «Ferrajoli sobre los derechos», en FERRAJOLI, L., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 118-120, 126-127; Bacelli se pregunta si en la idea de la universalidad de los derechos como base de la igualdad jurídica y garantía de su indisponibilidad, no se habrá invertido la relación causal entre ambos términos. Y tampoco queda claro si los derechos son universales en el sentido de que son aceptados, o podrían ser aceptados, por todos los seres humanos, prescindiendo de sus convicciones éticas y de su ubicación

Por otro lado, Bovero señala que el estatus de ciudadano es pasajero y tenderá a desaparecer de la misma forma que el estatus de esclavo o los estatus nobiliarios del *ancien régime*, por lo que no hay razón para que Ferrajoli lo considere un factor de diferenciación²⁹³.

En esa línea, Cruz Parceró cuestiona que si bien el profesor italiano nos proporciona conceptos más claros, estos se alejan de la forma en que normalmente se habla de los derechos, por lo que su esquema se vuelve reduccionista, ya que no nos dice lo que sucede cuando se incluyen otras distinciones de estatus distintas a las tres que él ha señalado, como la distinción nacional/extranjero o indígena/no indígena. A la vez, plantea que el problema de las distinciones entre estatus (especialmente entre «persona» y «capacidad de obrar») y entre derechos (especialmente entre derechos primarios y derechos secundarios) que hace Ferrajoli reside en que, en el caso de la noción de «capacidad de obrar», que considera insuperable, la utiliza en dos sentidos distintos: uno en la que está determinada formalmente, es decir, como capacidad de realizar actos potestativos, y otro, aludiendo a la idea

cultural. En este sentido, es claro que Ferrajoli no se plantea el problema de la traducibilidad del lenguaje de los derechos y de su aceptabilidad fuera del contexto cultural en que ha sido elaborado, BACCELLI, Luca, «Derechos sin fundamento», en FERRAJOLI, L., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 200 y 205.

293. BOVERO, Michelangelo, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta», en FERRAJOLI, L., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, p. 233.

de ciertas capacidades de razonar o de autonomía, lo cual es contradictorio con el primer sentido (formal) de la noción de «capacidad de obrar»²⁹⁴.

Por tanto, si se refiere a esta noción en el primer sentido, ¿qué significa que sea insuperable?, se pregunta Cruz Parceró, además, en el caso de que una norma jurídica le atribuye el *poder jurídico* a una persona de declarar casados a otros, este poder debería ser considerado un derecho civil o político pues, si no se considera así porque no está atribuido a todos los capaces de obrar, entonces la noción de «capacidad de obrar» se usa en el segundo sentido (racionalidad o autonomía); pero si se usa en el primer sentido (formal), no se puede emplear tal argumento y se tendría que aceptar que es un derecho fundamental, contrariando, en este caso, nuestras ideas sobre los derechos civiles o políticos²⁹⁵.

Finalmente, Martí Mármol cuestiona que la definición formal de Ferrajoli (a) nos lleva a conclusiones contrainstitucionales y sacrifica su rendimiento explicativo y, (b) que su teoría de los derechos fundamentales en el marco de su propuesta constitucional comporta consecuencias nefastas para la teoría de la democracia y para la propia

294. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, «Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de L. Ferrajoli», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo...* *op. cit.*, p. 330.

295. *Ibíd.*, pp. 330-334. Este autor pone como ejemplo el derecho a la libertad de expresión en México que sería un derecho político del ciudadano y de algunos nacionales no ciudadanos (menores de edad), pero no de cualquier persona (los extranjeros).

democracia, lo cual analizaremos más adelante. Para lo que aquí respecta, este autor plantea que la definición de Ferrajoli no recoge lo que los ordenamientos actuales establecen como derechos fundamentales ni se ajustan a la idea ni al uso más extendido que los teóricos y juristas tienen de los mismos, con lo cual, una definición teórica que se aleja demasiado de lo que dice un ordenamiento, ni reconstruye el concepto para defenderlo mejor normativamente y tampoco da cuenta del uso extendido del mismo en una comunidad determinada; entonces corre el peligro de convertirse en inadecuada y, en este sentido, la definición de Ferrajoli le parece ineficiente²⁹⁶.

Martí Mármol sostiene también que cuando hablamos de derechos fundamentales apelamos a un conjunto de derechos que son considerados más importantes que otros, a partir de un juicio sustantivo; por eso, cuando Ferrajoli elimina este elemento sustantivo de su definición, entonces su teoría carece de capacidad explicativa e incurre, por un lado, (a) en una sobre inclusión, dado que puede ser reconocido *cualquier* derecho que cumpla con los requisitos de universalidad e indisponibilidad (el derecho de los españoles a defender España, el derecho de un autor a acceder a un ejemplar único o raro de su propia obra, o el derecho a saludarse por la calle) y, por otro, incurre (b) en una infra inclusión, ya que se puede excluir de la categoría de fundamental a derechos gene-

296. MARTÍ MÁRMOL, José Luis, «El fundamento de L. Ferrajoli: Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo... op. cit.*, pp. 365-366.

ralmente reconocidos como tal, pero que, bajo ciertas circunstancias, pueden ser limitados, y por tanto, disponibles por los poderes públicos (la suspensión a los privados de libertad de su derecho al voto)²⁹⁷.

Frente a tales críticas, Ferrajoli responde que comparte el hecho de que un privilegio pueda ser universal desde el momento en que puede ser conferido a una clase universal de sujetos (aunque esa clase se componga solo de un miembro), incluso puede ser universal una discriminación. Pero lo que realmente vuelve universal una situación (como un derecho) o un estatus jurídico, es su inmediata disposición en favor de clases indeterminadas de sujetos por parte de normas generales (normas téticas). En tal sentido, universal tiene un significado más extenso y, por ende, no es sinónimo de fundamental, atributo de aquellos derechos adscritos a la clase de sujetos a quienes un ordenamiento les otorgue cualquiera de los tres estatus propuestos. Ferrajoli comparte que tanto universal como fundamental son conceptos vacíos, lo cual les da su valor teórico ya que su significado dependerá de lo que cada ordenamiento ponga en su interior. En relación con la utilización de los tres estatus mencionados y no otros, el profesor italiano plantea que también son conceptos vacíos, pero bajo cuyos parámetros se ha determinado, a través de la historia, la igualdad o la desigualdad, la inclusión o la exclusión²⁹⁸.

297. *Ídem*.

298. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho»... *op. cit.*, pp. 156-159.

En referencia al carácter transitorio y superable del estatus de ciudadanía, Ferrajoli defiende su inclusión debido a que en la actualidad es todavía un presupuesto importante de algunos derechos fundamentales que no puede ser ignorado por la teoría²⁹⁹.

Finalmente, en relación con la crítica de Cruz Parceró, (a) por un lado, aclara que entre los derechos fundamentales se incluyen los derechos-poder de autonomía civil y política, concebidos como derechos universales e iguales, contrariamente a lo que el autor mexicano le atribuye, los cuales son distintos a los derechos reales o patrimoniales de propiedad, que son singulares y desiguales y también derechos-poder, pero que no deben confundirse con los derechos fundamentales e indisponibles de autonomía de cuyo ejercicio depende su disposición, y (b) por otro lado, sobre la cuestión de que el derecho a la libertad de expresión se reconoce solo a los ciudadanos y no a todas las personas, Ferrajoli sostiene que la misma puede valer para una crítica externa de la constitución mexicana, pero no contradice en nada su definición de derechos fundamentales dado que, como lo ha repetido en otras ocasiones, es una noción teórica-formal que no dice nada acerca de los contenidos que cada ordenamiento le atribuye a los diferentes estatus³⁰⁰.

299. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, pp. 297-298.

300. FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006, pp. 57-58.

En referencia a la crítica de la sobre inclusión que Martí Mármol le atribuye, el profesor italiano argumenta que no encuentra razones para que los dos primeros derechos mencionados por su crítico no puedan ser considerados fundamentales (el derecho de los españoles a defender España y el derecho de un autor a acceder a un ejemplar único de su propia obra), y con respecto al tercer derecho (la suspensión a los privados de libertad de su derecho al voto), Ferrajoli sostiene que Martí Mármol obvia la condición de existencia de los derechos fundamentales, como cualquier otra condición jurídica, expresada en el principio de legalidad, pues es claro que tales derechos existen en cuanto son adscritos por normas jurídicas positivas³⁰¹.

1.2. Indisponibilidad de los derechos fundamentales

En este ámbito, Guastini plantea que, a pesar de que Ferrajoli considera que la indisponibilidad es una característica de los derechos fundamentales, no la incluye expresamente en su definición, pues, desde su punto de vista la indisponibilidad está implicada en la universalidad. Sin embargo, para este autor no parece lógico que ello sea así, pues la universalidad atiende a la titularidad del derecho, mientras que la indisponibilidad lo hace a su ejercicio. Por tanto, es más común pensar que la indisponibilidad de un derecho persiste solo cuando está positivamente

301. *Ibíd.*, pp. 48-49.

estatuída por una norma distinta de la que determina la titularidad del derecho, y que regula su ejercicio. En ese sentido, Guastini señala que si se quiere sostener que la indisponibilidad es una característica de los derechos fundamentales, entonces hay que incluirla expresamente en su definición; y finalmente, si los derechos fundamentales son definidos como universales e indisponibles, se tiene que aceptar que un derecho pueda llamarse fundamental cuando el ordenamiento incluya las dos normas relativas al mismo, es decir, la que lo confiera universalmente y la que lo declare indisponible³⁰².

Jori señala que es necesario saber qué es lo que Ferrajoli entiende por acto de disposición, ya que en los ejemplos sobre disponibilidad que presenta, hace referencia especialmente a la compraventa, pero la noción de disposición tiene un alcance más amplio en el sentido de cambiar una situación jurídica originaria de igualdad. Para este autor, la importancia de esta distinción radica en que si la capacidad de disposición es un acto de autonomía, los derechos fundamentales, al ser indisponibles, se imponen incluso de forma paternalista con el fin de asegurar la igualdad. En ese sentido, se puede señalar una incongruencia entre la afirmación de que los derechos fundamentales garantizan bienes importantes para sus titulares, a tal grado de sustraerlos de su propia autonomía (capacidad de disposición), y la afirmación de que los derechos fundamentales no necesariamente protegen intereses vitales,

302. GUASTINI, Riccardo, «Tres problemas para L. Ferrajoli»... *op. cit.*, pp. 61-62.

concepto que a su vez es controvertido en el sentido de que está asociado a un juicio de valor³⁰³.

De tal forma, no hay duda que toda definición de los derechos fundamentales oscila entre dos peligros opuestos: lo contingente (es fundamental lo así reconocido por el derecho positivo) y lo controvertido (es fundamental lo que la recta razón considere como tal). Por ello, es razonable que Ferrajoli formule su definición en términos de universalidad formal y no de intereses vitales. No obstante, este autor señala que existen diversas formas de disposición de los propios derechos no vinculadas a la cesión contractual que Ferrajoli plantea, lo cual le resta pacifismo a la limitación paternalista que mencionamos anteriormente, ya que derechos considerados fundamentales por el propio Ferrajoli, podrían ser susceptibles de actos de disposición, como es el caso del suicidio o el ejercicio voluntario de actividades dañinas o peligrosas (remuneradas o por diversión). También es posible que uno disponga de algunos de sus derechos mediante un acto jurídico (por ejemplo, firmando la declaración con la que se solicita el alta en un hospital contra la opinión de los médicos, o negándose a recibir la educación obligatoria y gratuita) y, por tanto, en este sentido, el derecho es disponible y/o renunciable, aunque no lo sea en beneficio de un tercero. Pero también algunos derechos fundamentales pueden ser alienados a favor de terceros, incluso por contratos de contenido patrimonial (la liber-

303. JORI, Mario, «Ferrajoli sobre los derechos»... *op. cit.*, pp. 120-121.

tad de expresión puede ser legítimamente limitada en un contrato de trabajo respecto al propio empleador)³⁰⁴.

De cualquier forma, el resultado de esta renuncia tiene como consecuencia la desigualdad de hecho y de derecho entre los sujetos y, por consiguiente, pareciera que Ferrajoli subestima excesivamente «no sólo la importancia, a menudo vital, de los derechos no considerados (por él) fundamentales por no ser disponibles y, por tanto, por definición, patrimoniales, sino también la importancia de los derechos fundamentales que tienen una estrecha y necesaria relación con los derechos patrimoniales»³⁰⁵. Para Jori, esta minusvaloración es en parte producto directo de la propia terminología, pues, aunque la distinción conceptual entre los derechos fundamentales y los patrimoniales es coherente y válida en el sistema de Ferrajoli, la terminología usada hace que se corra el riesgo de portar una ideología desfavorable a los derechos de autonomía. Finalmente, ambos tipos de derecho pueden compartir el espacio constitucional (como inviolables) en la medida que sean considerados igualmente merecedores de protección, tal como sucede en las constituciones contemporáneas³⁰⁶.

En conclusión, el desacuerdo de Jori con Ferrajoli radica en la distinción que este hace entre derechos in-

304. *Ibíd.*, pp. 121-125.

305. En ese sentido, BACCELLI puntualiza que resulta difícil negar el vínculo histórico entre los derechos de libertad y los derechos patrimoniales, BACCELLI, Luca, «Derechos sin fundamento»... *op. cit.*, p. 200.

306. JORI, Mario, «Ferrajoli sobre los derechos»... *op. cit.*, pp. 125-130.

violables o fundamentales sobre la base de argumentos «extrínsecos» relativos a su indisponibilidad jurídica o a su universalidad formal. La propuesta de Ferrajoli corre el riesgo de introducir una acepción de derecho fundamental que no se corresponde plenamente con su sentido habitual, y, lo que es más grave, una acepción demasiado inclinada, en el plano ético, a favorecer el valor de la igualdad sobre el de la libertad, lo cual coloca el tema en el plano de las controversias éticas³⁰⁷.

Por otro lado, Cruz Parceró considera que algunos derechos son disponibles, ya que sus titulares pueden renunciar a ellos en la medida que haya cierto margen de elegir cierto estatus como el de ciudadano. En este sentido, sostiene que «un ciudadano mexicano de padre español y madre italiana puede tener tres ciudadanías y puede renunciar a alguna de ellas y en esa medida renunciar a ciertos derechos públicos, políticos y en ciertos casos a algunos derechos civiles que tendría en uno de estos países. Ferrajoli mismo ha visto que la ciudadanía se ha convertido en el último reducto de la desigualdad, pero es extraño que no haya visto que el derecho de tener varias ciudadanías es también un factor de desigualdad en la medida en que alguien puede disponer de más derechos fundamentales, optar por las mejores prestaciones y por ejercerlos o renunciar a ellos. Una persona con varias nacionalidades (al menos de países con cierto grado de

307. *Ibíd.*, pp. 130-131. Jori plantea que tal distinción solo puede basarse adecuadamente en sus contenidos y en un razonamiento que justifique su importancia respectiva, fundamentalmente, en el plano ético.

desarrollo) puede elegir dónde habitar, dónde educarse él o su familia, los servicios de seguridad social, etc., es decir, en cierto grado puede disponer de sus derechos fundamentales»³⁰⁸.

Por su parte, Martí Mármol, ante la distinción de Ferrajoli entre la indisponibilidad activa y la indisponibilidad pasiva, sostiene que la característica formal de la indisponibilidad pasiva «(1) conduce a resultados muy implausibles teóricamente, (2) no es neutra respecto a la controversia filosófico-política, y 3) es muy perjudicial para los ideales democráticos, visto ahora desde la perspectiva política normativa»; por tanto, no es suficiente su explicación de la indisponibilidad pasiva como presupuesto que vuelve inviolables los derechos, en virtud de que el legislador tiene prohibido lesionarlos (derechos de libertad) y está obligado a satisfacerlos (derechos sociales), puesto que la misma no puede consistir únicamente en el cumplimiento de la legalidad por parte de los poderes públicos, sino que debe implicar, además, algún tipo de limitación de sus capacidades funcionales como legislar, interpretar o ejecutar las leyes. En tal sentido, los derechos son fundamentales porque son indisponibles, y si un poder público dispone de ellos, pierden su calidad de fundamental³⁰⁹.

308. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, «Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli»... *op. cit.*, p. 332.

309. MARTÍ MÁRMOL, José Luis, «El fundamento de L. Ferrajoli: Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, p. 372.

Martí Mármol se pregunta entonces que si los poderes públicos no pueden disponer de tales derechos (indisponibilidad pasiva), incluyendo su creación, ¿cómo surgen tales derechos? Independientemente de la respuesta (que para Ferrajoli está en los procesos históricos generalmente revolucionarios), una vez que los derechos son reconocidos constitucionalmente, se convierten en indisponibles y, por tanto, se constituyen en límites para todos los poderes públicos, lo cual solo puede entenderse en el ámbito de los derechos constitucionales o considerándolos como necesarios para la existencia misma del ordenamiento. De aquí se desprende la distinción de dos sentidos de creación de un derecho fundamental: (a) el referido al proceso histórico-social, que es teóricamente irrelevante; y (b) el referido a la introducción de una nueva regla constitutiva en el ordenamiento que implica un cambio de ordenamiento jurídico, lo cual es teóricamente relevante³¹⁰.

No obstante, esta reconstrucción produciría que el ordenamiento jurídico dependiera solo de los derechos fundamentales y, cualquier cambio en ellos, provocaría también un cambio *de* ordenamiento, interpretación a la que hay que resistirse. Por tanto, en contra de lo que sostiene Ferrajoli, la indisponibilidad activa solo podría ser predicable en todos los ordenamientos, y la indisponibilidad pasiva solo sería atribuible en los ordenamientos constitucionales, por lo cual, en virtud de razones conceptuales, la parte constitucional de los derechos fundamentales tendría una rigidez absoluta. Para Martí

310. *Ibíd.*, pp. 372-373.

Mármol, si se acepta la propuesta de Ferrajoli en este aspecto, se presentan dos opciones: (a) predicar la rigidez absoluta constitucional, o (b) sostener que no hay ningún derecho fundamental constitucionalmente reconocido, lo cual demuestra que la noción de indisponibilidad de Ferrajoli, presenta serios problemas³¹¹.

Ante estas críticas, Ferrajoli aclara que no concibe la indisponibilidad como lo hace Jori o Guastini, ya que en su sistema de conceptos la define como «cualquier decisión que sea causa de un derecho patrimonial». Por tanto, por definición, lo que es disponible son los derechos patrimoniales, a los que a su vez los define como no universales sino singulares. En ese orden de ideas, si los derechos fundamentales, al ser universales no son disponibles, entonces la indisponibilidad no necesita ser incluida en su definición formal de derechos fundamentales porque está implicada en la noción de universalidad. A su vez, el profesor italiano sostiene que es necesario distinguir entre el ejercicio de un derecho y su titularidad, dado que la indisponibilidad de los derechos fundamentales no se refiere a lo primero sino a lo segundo; de esta forma, ellos no dejan de existir independientemente de lo que hagamos, pues constituyen un todo único con las normas que los disponen (normas téticas). En ese sentido, un derecho fundamental comporta una obligación para los demás y no para su titular, cualquiera que sea su ejercicio, pues, por ejemplo, puedo *no* solicitar la asistencia de un abogado en un proceso penal, pero *no* puedo

311. *Ibíd.*, pp. 373-374.

obligarme a *no* solicitarla *ni* alienar mi derecho a solicitarla. Ferrajoli no niega que el *ejercicio* de los derechos fundamentales, especialmente los civiles de autonomía privada, produce desigualdades, pero ello no es razón para no contraponerlos con los derechos de propiedad, puesto que la oposición se refiere a la forma lógica de los dos tipos de derechos más que a sus contenidos³¹².

Finalmente, en relación con la crítica a su definición en términos de *infra inclusión*, él plantea que es infundada y es producto de un malentendido sobre la comprensión de lo que significa «indisponibilidad», así como de la confusión entre «indisponibilidad activa» e «indisponibilidad pasiva» pues, en relación con la primera, ni siquiera los propios titulares de los derechos fundamentales pueden disponer de ellos (hay una limitación a su autonomía privada), por lo cual no tiene sentido afirmar que, en el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio, quede derogado por la voluntad de sus titulares de permitir la

312. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho»... *op. cit.*, pp. 160-163. «Lo mismo vale para derechos como los de voto, a la integridad personal o a la salud. Puedo no votar, pero no obligarme a no votar o alienar mi voto. Puedo realizar actos autolesivos, pero esta facultad no equivale a la de obligarse a cumplirlos. Se puede renunciar, como con el acto con el que formalmente se solicita ser dado de alta de un hospital, contra el parecer de los médicos, pero no obligarse a renunciar a la asistencia sanitaria. Un derecho fundamental, en suma, no comporta, cualquiera que sea su ejercicio, una obligación a cargo de su titular, sino una obligación para los demás: la cual puede incluso —eventualmente— no darse, como en el ejemplo de Jori del abandono voluntario de un hospital, sin que por eso decaiga el derecho».

entrada en sus casas a otras personas que deseen hacerlo. En este sentido, la *aquiescencia* no implica ni es sinónimo de *renuncia*, *disposición* o *violación*. En relación con la segunda (indisponibilidad pasiva), está determinada por la fuente que establece tales derechos, es decir, los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente tienen su contenido expresado por la propia constitución³¹³.

Finalmente, Ferrajoli aclara que él no sostiene ninguna de las tesis que Martí Mármol le atribuye, y ratifica la indisponibilidad de los derechos fundamentales incluso por sus titulares, ya que son establecidos por normas heterónomas que escapan a la disponibilidad de estos en el sentido de que existen independientemente de lo que pensemos o hagamos con ellos. Además, los derechos fundamentales no tienen la rigidez absoluta que se ha señalado, «sino exactamente el contenido establecido por las normas que se formulan y el grado de inviolabilidad determinado por el grado de rigidez asociado a las decisiones políticas del constituyente»³¹⁴.

Teniendo en consideración todas las críticas a su definición formal, Ferrajoli insiste en que, para él, la expresión «formal» o «estructural» asociada a su definición quiere decir simplemente que la definición de derechos fundamentales no nos dice ni debe decir nada sobre cuáles

313. FERRAJOLI, L., *Garantismo... op. cit.*, pp. 49-50. Por ejemplo, según nuestras constituciones «el derecho a la libertad personal consiste en la inmunidad frente a las detenciones arbitrarias y no en la inmunidad frente a cualquier tipo de detención».

314. *Ibíd.*, pp. 101-102.

son o deberían ser, en cualquier ordenamiento jurídico, esos derechos fundamentales. Argumenta que su definición pertenece a la teoría del derecho, pues únicamente dice cuál es la forma o estructura lógica de los derechos que convenimos en llamar fundamentales. A la vez, sostiene que algunas objeciones, como el carácter «vital» que supuestamente asocia a las expectativas la «neutralidad ideológica» de su definición y la «conexión» entre esta y las cuatro tesis de la democracia, corresponden a la confusión de tipos y niveles de discurso que deben ser adecuadamente distinguidos: el teórico, el histórico-sociológico, el político-axiológico y el jurídico-dogmático. Por tanto, tales objeciones no pertenecen a la teoría del derecho, hasta el punto que no aparecen en la formalización de ninguna definición teórica, pues son tesis metateóricas de tipo histórico, sociológico, axiológico o dogmático acerca de qué derechos han sido consagrados como fundamentales en ciertos ordenamientos³¹⁵.

En conclusión, podemos afirmar, sin duda, que la distinción entre estatus (persona, capacidad de obrar, ciudadano) que plantea Ferrajoli, resulta ser un elemento fundamental para su teoría, pues, a partir de tal distinción, establece las características de los derechos fundamentales frente a los derechos patrimoniales, en el sentido de que los primeros son derechos inclusivos, universales, indisponibles, mientras que los segundos son exclusivos, singulares y disponibles. Y en el caso de los

315. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho»... *op. cit.*, pp. 141-145.

derechos sociales, no solo permite considerarlos derechos fundamentales, al igual que los derechos de libertad, sino también destaca la obligación de los poderes públicos para satisfacerlos.

No obstante sus aclaraciones, hay un punto concreto que me sigue generando dudas: ante el cuestionamiento de por qué utiliza como estatus las figuras jurídicas de «persona», «capaz de obrar» y «ciudadano», en lugar de utilizar o incluir otros estatus, Ferrajoli responde que es debido a que estos son los tres estatus que a lo largo de la historia han determinado la atribución de derechos, así como en la actualidad son los que en nuestros ordenamientos jurídicos definen qué tipo de derechos fundamentales se le adscriben a un sujeto. En tal sentido, esta me parece una remisión de la teoría del derecho a la dogmática jurídica (histórica y actual), con lo cual, creo, se enturbia la nítida distinción entre los niveles de discursos que el profesor italiano pretende mantener en su definición formal.

2. DERECHOS (SOCIALES) Y GARANTÍAS

En este apartado, el análisis estará centrado en las críticas que hacen a Ferrajoli respecto de su división entre derechos y garantías, cuestión que tiene implicaciones importantes para los derechos sociales ya que, como lo hemos analizado en este trabajo, no se les considera verdaderos derechos en el sentido técnico, debido a las lagunas existentes en los ordenamientos jurídicos que los reconocen, y que en el mejor de los casos los consideran

principios programáticos dependientes de la voluntad política³¹⁶.

Las críticas las dividiremos en dos segmentos: primero examinaremos aquellas dirigidas a la distinción entre derechos fundamentales en general, y sus garantías, enfatizando las implicaciones puntuales para los derechos sociales; y en segundo lugar, analizaremos aquellas dirigidas especialmente a la condición de «fundamental» de los derechos sociales.

2.1. Derechos fundamentales y garantías

Guastini considera que Ferrajoli sostiene al mismo tiempo dos tesis contradictorias y mutuamente excluyentes: (a) que la obligación correspondiente a un derecho está lógicamente implícita en el propio derecho; es decir que, por definición, no existe un derecho sin su obligación correspondiente pues, si falta la obligación, no hay derecho; y (b) que la obligación que concierne al derecho puede no existir cuando no hay una norma jurídica que la establezca, frente a lo cual nos encontramos ante una laguna técnica. Contradictoriamente, mientras la primera tesis afirma que todo derecho subjetivo implica lógicamente una obligación, la segunda lo niega; en tal sentido,

316. Guastini considera que las normas que confieren derechos sociales son normas programáticas. GUASTINI, Riccardo, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», trad. de Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo... op. cit.*, p. 245.

la primera tesis reproduce la definición de derecho subjetivo de Ferrajoli, y la segunda la contradice³¹⁷.

Jori únicamente plantea que la teoría del profesor italiano no trata directamente de cómo comprobar en el ahora cuáles son verdaderamente los derechos y los rasgos que un ordenamiento jurídico prevé para ellos, dado que el auténtico problema no consiste en determinar si los derechos sin garantías son derechos, pues lo son, sino qué significa un derecho subjetivo formulado sin sus precisas garantías. Además, el problema de la determinación del contenido de un derecho es genérico y se manifiesta aun a pesar de la presencia de una densa normativa de garantías de desarrollo, pues la indeterminación semántica de la formulación general del derecho es un inconveniente que siempre está presente. Por tanto, si el derecho subjetivo ya no se reduce a la suma de sus garantías existentes, entonces es necesario buscar en otro lugar los argumentos para precisar su contenido,

317. GUASTINI, Riccardo, «Tres problemas para L. Ferrajoli»... *op. cit.*, pp. 57-58. En otro momento, Guastini deja claro que para él, «[u]n derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se les impone un deber (una obligación) correlativa. Poseer un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa que es posible exigirle un determinado comportamiento: ese es el "contenido" del derecho subjetivo. El contenido de un derecho, en definitiva, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto», GUASTINI, Riccardo, «Derechos: una contribución analítica (Draft)», en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994, p. 128.

de lo cual Ferrajoli no se ocupa demasiado, ya que los problemas interpretativos y cognoscitivos no son objeto de estudio de una teoría de los conceptos jurídicos³¹⁸.

Bacelli considera que uno de los problemas que afronta la teoría de Ferrajoli es la distinción entre el lenguaje de los derechos y el lenguaje de los deberes, así como entre la noción «subjetiva» y «objetiva» del derecho, lo cual parece que Ferrajoli no toma en cuenta en su definición formal de derechos fundamentales, y que tampoco comparte la idea de la irreductibilidad del lenguaje de los derechos al lenguaje de los deberes³¹⁹.

Bovero, por su parte, diferencia entre dos clases de derechos subjetivos: (a) el que es propiamente y plenamente un derecho, un *ius perfectum*, cuando a la pretensión se le suma una garantía; y (b) el que, a pesar de estar establecido por una norma jurídica, es un *ius imperfectum*, pues no tiene las específicas garantías para asegurarlo, con lo cual no estaríamos hablando solo de un derecho moral o un derecho de papel. Para este autor, la redefinición que hace Ferrajoli del derecho subjetivo (expectativa positiva o negativa) intenta superar los problemas que aquejan a derechos como los sociales, por lo que su noción de expectativa tiene un alcance más amplio que en su sentido habitual (previsión de lo que potencialmente puede ocurrir), ya que adquiere un sentido más normativo: «en el ámbito y a partir de un

318. JORI, Mario, «Ferrajoli sobre los derechos»... *op. cit.*, pp. 111-113.

319. BACCELLI, Luca, «Derechos sin fundamento»... *op. cit.*, p. 207.

cierto ordenamiento normativo, el derecho de un sujeto no es otra cosa que una expectativa de no sufrir lesiones o de tener algunas prestaciones, a cargo de otro sujeto relativas a un interés del primero»³²⁰.

Finalmente, este autor realiza una puntualización interesante sobre la convergencia entre las tesis supuestamente contradictorias de Guastini y Ferrajoli, en el sentido de que ambas tienen dos presupuestos comunes: (a) la misma aproximación positivista y (b) la misma definición de derecho subjetivo como pretensión o expectativa a la que le corresponde un deber atribuido a otro sujeto. Para Bovero, la discrepancia se encuentra en el hecho de que, mientras Guastini considera que cuando no existe el deber tampoco existe el derecho, Ferrajoli opina lo contrario; es decir, que se da la existencia jurídica del derecho y que también hay un deber jurídico de establecer la garantía, ya que constituye una laguna que los poderes públicos están en la *obligación* de llenar. Según Bovero, ambos autores tienen distintas concepciones del positivismo jurídico, pues, para Guastini, el imperativismo es predominante (un derecho es tal si puede ser exigido de forma coercitiva mediante una sanción), y para Ferrajoli, el normativismo es el predominante (un derecho es tal si ha sido producido sobre la base de las normas relativas a la producción de normas)³²¹.

320. BOVERO, Michelangelo, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta»... *op. cit.*, pp. 225-226.

321. *Ibíd.*, pp. 227-234.

De esta forma, Bovero considera que la divergencia entre estos autores puede ser superada si se considera que hablan de deberes diferentes: (a) por un lado, el deber de cumplir o de no vulnerar el derecho (lo que Ferrajoli llama garantía primaria), acompañado o no del deber del juez de aplicar la sanción correspondiente en caso de violación (lo que Ferrajoli llama garantía secundaria); (b) por otro lado, el deber de introducir los dos deberes del primer tipo (lo que Ferrajoli llama la obligación de obligar). Los deberes del primer tipo pueden faltar, produciendo una laguna en el ordenamiento, pero aún quedaría el deber del segundo tipo, que es la norma implícita en cualquier derecho subjetivo, con lo cual se aclara la supuesta divergencia entre Guastini y Ferrajoli. Por ello es que Bovero propone que Ferrajoli utilice dos términos diferentes para designar los dos tipos de deberes: (a) el término «garantías» para los dos primeros (primarias y secundarias) y (b) «obligación jurídica imperfecta», para el segundo³²².

Por su parte, Bolaños señala que la teoría de Ferrajoli cumple eficientemente el objetivo de identificar las lagunas y antinomias en un ordenamiento jurídico, pero que es insuficiente para ayudar al jurista a decidir cómo colmar o resolver las mismas, lo cual se podría lograr si la estructura de las expectativas jurídicas fuera desarrollada plenamente, especialmente si se pesaran las expectativas jurídicas y se las comparara para determinar su triunfo o derrota frente a otras, en caso de antinomia o laguna. Abordar el

322. *Ídem*.

problema lógico de la «derrotabilidad», transformaría la de Ferrajoli en una verdadera teoría de la decisión jurídica. Este autor se pregunta si, cuando el profesor italiano habla sobre derecho subjetivo (expectativas positivas o negativas), hace referencia a: (a) creencias de los individuos, o (b) al mundo exterior pues, dependiendo de uno u otro, sus postulados serían (a) postulados sobre la racionalidad jurídica o (b) postulados existenciales sobre el derecho. Para Bolaños, las proposiciones de Ferrajoli intentan ser ambas cosas a la vez, a pesar de que su sistema deductivo, al emplear la noción de «expectativa jurídica», introduce una intuición probabilista³²³.

En tal sentido, las expectativas jurídicas son probabilidad deóntica, y si fuesen deducciones, entonces el profesor italiano hubiera desarrollado una teoría de las certezas jurídicas en vez de las expectativas. Por último, Bolaños señala que el sistema propuesto por Ferrajoli, además de no estar hecho para ayudar a la decisión, puede ser un modelo peligroso en la vida real si no se le hacen algunas modificaciones, como la necesidad de sistemas normativos que protejan lo más posible todas las expectativas legítimas, ya que los sistemas deductivos, como el del profesor italiano, optan por sacrificar unas expectativas sociales a favor de otras, en nombre de la seguridad jurídica³²⁴.

323. BOLAÑOS, Bernardo, «La estructura de las expectativas jurídicas», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo...* *op. cit.*, pp. 296-297.

324. *Ibíd.*, pp. 298 y 314.

Finalmente, Cruz Parceró sostiene que los teoremas de Ferrajoli apoyan una tesis de la correlatividad semántica, donde el contenido de la expectativa se traduce al contenido del deber o prohibición, lo cual solo es válido para los llamados derechos pasivos (expectativas negativas) y para las obligaciones activas, ya que existe una regla que determina los contenidos. Sin embargo, parece inviable cuando se trata de derechos positivos (expectativas positivas), pues no existe una regla que relacione la expectativa al contenido de la obligación, tal como sucede con las normas de los derechos sociales que, en muchas ocasiones, su contenido consiste en un fin o estado de cosas a alcanzar y no en una conducta determinada, por lo que el contenido de la obligación es el fin o estado de cosas, y la expectativa, que ellos sean alcanzados. Si esto es así, entonces hay que redefinir lo que se entiende por expectativa pues, en este caso, no todos los fines o estados de cosas pueden traducirse en conductas. A su vez, en virtud de esta correlación «fuerte» entre los derechos subjetivos y sus deberes correspondientes en la teoría de Ferrajoli, este autor señala que, por razones de coherencia, tendría que excluir los derechos de libertad de entre los derechos subjetivos, dado que consisten en facultades y no en expectativas pasivas³²⁵.

Ante tales críticas, Ferrajoli primero aclara que el carácter del nexo entre derechos y garantías no es ónti-

325. CRUZ PARCERO, Juan Antonio, «Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de L. Ferrajoli»... *op. cit.*, pp. 323-324, 334-336.

co sino deóntico, pues no expresa solo el *deber ser* del derecho; de este modo, también la definición de derecho subjetivo tiene un carácter normativo en el sentido de que, al igual que el principio de no contradicción, puede ser violada por el derecho en vigor, sin que por ello sea desmentida. Ante la posición de Jori que asume que su tesis no comporta un cambio de paradigma de la teoría kelseniana del derecho, sino solo su perfeccionamiento crítico, el profesor italiano explica que está parcialmente de acuerdo dado que (a) en su artículo nunca habló de cambio de paradigma de dicha *teoría del derecho*, sino de cambio de paradigma del *derecho*, en relación con la innovación estructural que ha supuesto la invención de las constituciones rígidas y sus consecuentes implicaciones; y (b) el «perfeccionamiento» de las tesis kelsenianas que Jori le atribuye es realmente un perfeccionamiento «kelseniano», ya que sus críticas a este autor se basan en sus mismas tesis. Por otro lado, ante la crítica sobre la generalidad y vaguedad que caracteriza a los derechos fundamentales, Ferrajoli responde que tales características conciernen a todas las normas jurídicas, por lo que los problemas interpretativos que implican no son competencia de la teoría, sino de la dogmática jurídica. En ese sentido, si los contenidos de los derechos son indeterminados, también lo serán los de sus garantías, pero ello no quita que los derechos sigan siendo normas constitucionales dotadas de alcance normativo³²⁶.

326. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho»... *op. cit.*, pp. 180-182.

En referencia a las críticas de Guastini, Ferrajoli considera que su discurso se sitúa en el plano sociológico y critica su tesis en el plano de la teoría del derecho, razón por la cual las tacha de contradictorias, pues, según Guastini, si los derechos subjetivos consisten en expectativas a las que corresponde una obligación o una prohibición a cargo de otro sujeto, y no tienen estas últimas, entonces, por definición, no es un derecho. Para Ferrajoli, asumir esta posición implicaría desconocer el carácter de derechos a un importante número de ellos, tanto en el ámbito internacional (casi todos los derechos humanos) como en el interno (derechos sociales); es por ello que sus tesis tienen como finalidad explicativa su reconocimiento como derechos, cuya falta de garantías es una laguna que los poderes públicos tienen la obligación de colmar. El profesor italiano sostiene que al final su discrepancia con Guastini y Zolo, y su crítica de Kelsen no se refieren a la definición de derecho subjetivo como expectativa, sino a la configuración de esta implicación como descriptiva antes que normativa. Si se precisara esta cuestión, se podría dar cuenta de las antinomias y de las lagunas presentes en el derecho positivo. Por tanto, la resistencia de Guastini a reconocer como lagunas la ausencia de garantías y como antinomias su violación, es producto de su concepción descriptiva de la teoría, que le impide «aceptar que la teoría diverge del derecho y que pueda ser, por tanto, frente a él, no descriptiva sino normativa»³²⁷.

327. *Ibíd.*, pp.182-192.

En relación con las garantías secundarias (obligación de los tribunales de aplicar la sanción o de declarar la anulación de actos inválidos), Ferrajoli defiende que también resulta plausible, en el plano teórico, la tesis de que dichas garantías están implicadas en los actos ilícitos e inválidos como obligaciones de sancionar los primeros y de anular los segundos, lo cual se deduce de la tesis kelseniana de que el ilícito «es el presupuesto de la sanción, en el sentido de que, dado un ilícito (como, por ejemplo, la violación de un derecho subjetivo), entonces existe la obligación a cargo de un juez de aplicar la sanción». Se pregunta qué pasa si tal obligación no existe porque una norma no ha constituido una jurisdicción competente para sancionar los actos ilícitos, y anular los inválidos. En tal caso no se puede hablar de normas implícitas pues, en el derecho positivo, las normas no se deducen unas de otras; las normas que predisponen una sanción (llamadas primarias por Kelsen y secundarias por Ferrajoli), no se derivan de las normas que prefiguran el ilícito (llamadas secundarias por Kelsen y primarias por Ferrajoli). Por tanto, negar que estemos ante un acto ilícito o un acto inválido cuando se da la violación de las respectivas obligaciones o prohibiciones, implica frustrar gran parte del derecho positivo; y renunciar a la tesis teórica que enuncia la implicación entre ilícitos y obligación de la sanción, implica frustrar gran parte de la teoría del derecho. Frente a ello, la teoría tiene dos caminos: mantener un distante interés por dichas aporías, o explicar tales contradicciones y lagunas³²⁸.

328. *Ibid.*, pp. 192-196. La cita textual corresponde a la p. 192.

En referencia a la recomposición que hace Bovero de las diferencias entre las tesis de Guastini y las suyas, Ferrajoli señala que se trata de una propuesta de gran relevancia ya que, además de resolver la disputa teórica entre ellos, clarificando analíticamente sus términos, también permite resolver la cuestión meta-teórica del estatuto y la función de la ciencia jurídica. El profesor italiano acepta el fondo de la recomposición de Bovero, pero señala que no puede aceptar la revisión terminológica en el sentido de restringir el término «garantía» solo a los primeros dos tipos señalados por Bovero (primarias y secundarias), y llamar de otra forma a la obligación de establecerlas. Por ello sostiene que seguirá utilizando el término «garantía» para referirse a cualquier deber correspondiente a una expectativa y, por tanto, también a un derecho subjetivo; es decir, las garantías primarias, secundarias, y la de obligar a obligar (o de prohibir)³²⁹.

Sobre las críticas de Bolaños y Cruz Parceró, nuestro autor plantea que ambos centran sus críticas en una teoría que ellos mismos le atribuyen y que es producto de una interpretación semántica diferente de la que él hace. En el caso de Bolaños, además de que su definición de expectativa la interpreta en el sentido de «pretensión», también la limita a su lado activo (acción procesal). Según Ferrajoli, aunque él ha tratado de distinguir entre «expectativas deónticas» y «expectativas cognitivas», este autor interpreta la expectativa en un sentido cognitivo y, en concreto, de «probabilidad deóntica» que, sin duda,

329. FERRAJOLI, L., *Garantismo....op. cit.*, pp. 78-81.

es de gran interés, pero que nada tiene que ver con el concepto formal que él propone³³⁰.

Finalmente, ante las críticas de Cruz Parceró, plantea que las mismas son fruto de la incompreensión del carácter formal de sus definiciones, en el que se incluye la correlación establecida entre expectativas y deberes correspondientes, que es una relación lógica, en virtud de la cual el argumento de las primeras es exactamente el mismo de las segundas, ya sea determinado o indeterminado, realizable o no realizable. En el caso de los derechos positivos, Ferrajoli sostiene que es importante diferenciar entre lo que corresponde a las políticas sociales (como la reducción del analfabetismo) y el deber de proporcionar ciertos bienes a los titulares de los derechos (proporcionar educación). En referencia a los derechos activos, que según Cruz Parceró deberían excluirse de los derechos subjetivos por consistir solo en facultades, él manifiesta que estos derechos activos, al igual que los demás derechos subjetivos, no consisten solo en facultades sino también en expectativas negativas y en expectativas de no lesión a las que corresponden las respectivas prohibiciones para otros sujetos, incluidos los poderes públicos³³¹.

330. *Ibid.*, pp. 52-53. Ferrajoli sostiene que «expectativa» es una noción deóntica. Señala que en «el lenguaje común, naturalmente, “expectativa” puede entenderse también en un sentido distinto: en el sentido, sociológico o cognitivo, de previsión de lo que de hecho sucederá (o no sucederá), o mejor de lo que es verosímil (o inverosímil) que pueda suceder», FERRAJOLI, L., «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho»... *op. cit.*, p. 245.

331. FERRAJOLI, L., *Garantismo...* *op. cit.*, pp. 54-55.

2.2. *Los derechos sociales como derechos en sentido estricto*

Zolo plantea algunas objeciones a la concepción de estos derechos de Ferrajoli, en el sentido de que (a) gran parte de ellos atribuye a los sujetos «derechos a consumir» que al momento de ejercitarlos excluyen a los demás del disfrute de un bien o de un servicio, de la misma forma que sucede con el ejercicio de la propiedad y de otros derechos patrimoniales; y que (b) la falta de garantías de estos derechos no es una cuestión de ausencia de tutela imputable a una laguna normativa o a una insuficiente elaboración técnica de garantías jurídicas, sino que se trata de la incompatibilidad entre dos subsistemas: el derecho y la economía, que en las actuales sociedades se desarrolla en el marco de una economía de mercado, lo que hace que los derechos sociales contengan una imposibilidad funcional para ser efectivos como derechos en sentido estricto. Por eso es preferible concebirlos como «servicios sociales», «entendidos como prestaciones asistenciales, discrecionalmente ofrecidas por el sistema político, como consecuencia de una exigencia “sistémica” de integración social, de legitimidad política y de orden público». De ahí que su efectividad no sea una cuestión de disfunción normativa remediable mediante una mejor y más completa (en términos de garantía) teoría de los derechos fundamentales, sino que requiere algo bien

distinto y relacionado, obviamente, con el modelo de sociedad y economía que se basa en el libre mercado³³².

Palombella plantea que si se excluye el derecho de propiedad de la categoría de los derechos fundamentales, debido a que los derechos patrimoniales pertenecen a cada uno de forma diversa, tanto en cantidad como calidad, también debe excluirse a los derechos sociales porque, del mismo modo, pueden pertenecer a cada uno en esa forma diversa, dado que, una vez determinado el bien que ha de ser objeto de garantía, las prestaciones a las que en concreto se tiene derecho pueden ser diferentes, según los casos. De tal forma, un derecho social concebido como derecho a una prestación específica, propende a aproximarse, más que a distanciarse, al derecho de propiedad. Por tanto, si el derecho patrimonial sobre ciertas cosas y el derecho social a prestaciones específicas varían en cantidad y calidad, entonces ambos son probablemente negociables y hasta derogables, a diferencia de los derechos de libertad³³³.

332. ZOLO, Danilo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”». A propósito de un ensayo de L. Ferrajoli», FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos... op. cit.*, pp. 86, 94-95. La cita textual corresponde a la p. 86.

333. PALOMBELLA, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. de José Calvo González y Crisitina Monereo Atienza, Trotta, Madrid, 2006, pp. 56-57. «Las condiciones selectivas que proporcionan título para la prestación (así en el derecho a la salud) no terminan en el estado de salud (la enfermedad), sino que con frecuencia toman en consideración como criterio de admisión o discriminación los recursos de los individuos, y por consiguiente asimismo su renta. Por lo demás, como quiera que, excluido

Así como el objeto de la propiedad distingue a los sujetos de manera desigual, también lo hace el contenido del derecho social (prestación específica del Estado), pues no es igual para todos, ya que depende de los recursos, de las decisiones, de las preferencias, de las concepciones vigentes acerca de la salud, y de la política socioeconómica adoptada en la asignación de las prestaciones públicas. La diversificación está presente en la lógica de los derechos sociales que, dependiendo estrictamente de recursos patrimoniales, comparten con estos igual destino. En virtud de lo anterior, no es posible sostener al mismo tiempo que los derechos sociales son fundamentales y que también son (a) contra mayoritarios (excluidos de la discusión política) y (b) cualitativamente diferentes de los derechos patrimoniales³³⁴.

Si un derecho social es entendido como una obligación a una prestación a cargo del Estado, esta puede variar de acuerdo con las condiciones concretas del «pacto social» entre propiedad y trabajo, entre producción y consumo, entre poderes y electores, entre el Estado social y grupos clientelares, entre fuerzas sociales y partidos políticos, entre mayorías y minorías; y si los derechos fundamentales constituyen límites sustanciales a las

un estado de abundancia de los recursos, todo derecho a una prestación pública debe ser distributivamente repartido, toda prestación social a la que se tenga título adquiere el perfil de una especie de derecho patrimonial a cosa específica que, en efecto, no puede ser por tanto en cuanto tal, al mismo tiempo, *también* de otros».

334. *Ibíd.*, pp. 57-60.

democracias constitucionales mediante la determinación de la esfera de *lo decidible que*, entonces también deben ser incluidos los derechos patrimoniales, pues presentan un perfil similar al de los derechos sociales en lo que respecta a su disponibilidad. De hecho, ambos «están situados más allá de las decisiones de las mayorías, y en consecuencia “fijos”, pero *sin hipoteca de clase alguna sobre sus específicos contenidos*: las cosas, ventajas o prestaciones de las que el derecho permite disfrutar en absoluto se hallan predefinidas, y en ambos casos son, pues, “decidibles”».

Es evidente que ambas figuras no pueden ir de la mano, pero incidir sobre la propiedad tiene sentido porque, sacrificando cuotas de esta, se pueden realizar y fortalecer políticas públicas que a su vez sean capaces de transformar y renovar el contenido mismo de los derechos sociales. Por ello, la cuestión de la propiedad es justamente la otra cara de los derechos sociales, y su relación entre ellos no puede desconocerse; en ese sentido, «si la razón moderna de la propiedad radica en el sostenimiento y la dignidad de las personas, entonces, proteger los derechos sociales equivale, desde la perspectiva de su fundamentación teórica, a reconducirlos a la misma raíz de la propiedad, el derecho general de los hombres a vivir decentemente. Y ello hasta el punto de que acabaría por convertirse en un problema intentar derrotar a la una para mantener en pie a los otros»³³⁵.

335. *Ídem.*

Para Guastini no existe un derecho subjetivo (y en este caso un derecho social) sin la obligación correspondiente³³⁶. Por ello plantea que una cosa es atribuir un derecho y otra garantizarlo, ya que para atribuirlo es suficiente una norma pero, para garantizarlo, es necesario además disponer de los mecanismos para su protección, que generalmente son jurisdiccionales (aunque no exclusivamente). En tal sentido, la tutela jurisdiccional presupone que: (a) el derecho a garantizar tiene un contenido preciso y (b) que puede ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto claramente precisado. Este autor señala que estos parámetros permiten distinguir entre verdaderos derechos y derechos «sobre el papel». Los primeros tienen esa condición porque (a) pueden ser tutelados judicialmente; (b) pueden ser ejercitados frente a un sujeto claramente determinado; y (c) su contenido y el sujeto obligado por él están bien definidos. Los segundos son derechos «sobre el papel» o «derechos ficticios» mientras no reúnan algunas de las tres condiciones planteadas anteriormente³³⁷.

336. GUASTINI, Riccardo, «Tres problemas para L. Ferrajoli» ... *op. cit.*, p. 58.

337. Atria plantea que los derechos de libertad «tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto *activo* de esos derechos *es al mismo tiempo* una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. Al determinar quién tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber»; en cambio, la especificación del contenido del aspecto activo de los derechos sociales «no constituye una especificación completa de su aspecto pasivo. Ella no incluye información ni sobre quién es el sujeto obligado ni sobre cuál es el contenido de su obligación», ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?»... *op. cit.*, pp. 19-20.

Con base en lo anterior, Guastini concluye que los derechos sociales no son verdaderos derechos, puesto que las normas que confieren este tipo de derechos son programáticas o teleológicas que recomiendan al legislador la realización de programas sociales o la consecución de determinados fines u objetivos sociales. La naturaleza y la indeterminación del contenido de estos derechos tiene algunas implicaciones para el legislador y para el juez, en el sentido de que el primero no tiene una obligación precisa de utilizar determinados medios para lograr los objetivos o fines sociales; y en el caso del juez, aunque el contenido de estos derechos fuera preciso, no podrían gozar de la garantía jurisdiccional debido a que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, y además, aunque el juez puede decretar la nulidad de una norma que vulnere un derecho social, no puede anular la inexistencia de una ley (omisión del legislador)³³⁸.

En la misma línea de Guastini, De Lora manifiesta que en muchas constituciones actuales, los derechos sociales parecen más «derecho en el papel» que auténticos derechos ya que, al no gozar de la posibilidad de ser garantizados jurisdiccionalmente, como ocurre con el derecho a la vivienda o a la salud, se puede cuestionar su equiparación a

338. GUASTINI, Riccardo, «Derechos: una contribución analítica (Draft)... *op. cit.*, pp. 133-137. «Las disposiciones que, en muchas Constituciones contemporáneas, confieren derechos sociales son celebradas de forma engañosa: han sido formuladas como normas atributivas de derechos, pero en realidad no confieren ningún “verdadero” derecho».

los derechos de libertad. Para este autor, aunque Ferrajoli sostenga que los derechos sociales son auténticos derechos que no cuentan con las debidas garantías, generando una laguna en el ordenamiento que los poderes públicos tienen la obligación de colmar, no encuentra la diferencia práctica entre la tesis de la inexistencia de las normas que establecen derechos sociales en ausencia de los deberes correspondientes, y la tesis que califica tal ausencia como una laguna, si no hay un mecanismo adecuado para obligar al legislador a colmarla³³⁹.

Por su lado, Pintore sostiene que es posible que una norma otorgue un derecho sin indicar los sujetos de la obligación correspondiente. En términos de Ferrajoli, estaríamos ante laguna deóntica³⁴⁰, que posee un carácter

339. LORA, Pablo de, «L. Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo... op. cit.*, pp. 255-256.

340. Ferrajoli sostiene que «la ausencia de garantías se resuelve, en efecto, en una *laguna deóntica* que en el plano teórico parecería no permitir, hasta que no sea colmada, hablar de expectativa, ni por tanto de “derecho subjetivo”. Pero donde esté previsto por una norma jurídica positiva [...] un derecho subjetivo, y por tanto una expectativa, jurídicamente existe, y no puede ciertamente ser ignorado por la teoría. Se sigue de ello que la laguna *debe ser* resuelta por alguien —intérprete o legislador—. Y es precisamente este deber ser de su solución donde reside la obligación implicada por el derecho proclamado: que es una relación por así decir de segundo grado, dado que opera sobre el intérprete y/o el legislador como “obligación de obligar”, o sea de introducir la modalidad imperativa que forma la garantía que falta», FERRAJOLI, L., «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho»... *op. cit.*, p. 251.

lógico y que es diferente a la laguna jurídica; la primera es más radical y menos tolerable que la segunda, pues la ausencia de los imperativos correspondientes vuelve inconsistentes las expectativas. Para esta autora, la lógica del razonamiento de Ferrajoli reside en la relación que establece entre los derechos (expectativas) y las garantías primarias; por ello se pregunta de qué tipo de relación se trata en realidad, pues el profesor italiano lo trata ambiguamente en la medida en que (a) dice que derechos y garantías son dos caras de la misma moneda y (b) dice que los derechos implican lógicamente sus garantías. Estas dos construcciones son diferentes pues, en el primer caso, nos encontramos ante una relación de identidad (las garantías son los propios derechos vistos del lado de los sujetos pasivos) y, en el segundo, ante una relación de derivación lógica (los derechos actúan como premisa y las garantías como conclusión)³⁴¹.

A su vez, tales construcciones marcan una diferencia en la dinámica de los ordenamientos jurídicos históricos puesto que, en el primer caso, las garantías ya existen des-

341. PINTORE, Anna, «Derechos insaciables», en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos... op. cit.*, p. 260. «Se trata, por tanto, de establecer a quién debe confiarse este poder de administración de los derechos dentro del marco constitucional, y en qué formas: si al legislador democrático o al intérprete, si a la mayoría política, ciertamente “sólo” mayoría, probablemente inepta y acaso arrogante pero cuando menos electiva y políticamente responsable, o, por el contrario, a una minoría, aunque sea filosóficamente ilustrada, pero no electiva ni políticamente responsable. La alternativa, por tanto, no está entre un poder de decisión y una autoejecución, sino entre un método de administración democrático, y uno no democrático» (p. 264).

de el momento en que son puestas por la misma norma que adscribe un derecho y, en el segundo, la conclusión es diferente. Pintore señala que, como el legislador no necesariamente obedece a la lógica, entonces podrían existir jurídicamente las premisas y no las conclusiones, es decir, los derechos, pero no las garantías. Aunado a lo anterior, un derecho subjetivo es siempre una pretensión sobre la conducta de otro, y separarlo de la obligación de conducta ajena parece un sin sentido conceptual antes incluso que jurídico. Por tanto, plantear que los derechos y las obligaciones son «dos caras de la misma moneda» es una forma diferente de decir que «en los derechos hay lo que hay, ni más ni menos, nos guste o no», y que las obligaciones que especifican el contenido de la obligación general de respetar dicho derecho «no pueden ser fruto de *deducción* sino de *decisión*». En este sentido, Ferrajoli no da cuenta que la garantía primaria del derecho está dotada del mismo tipo de existencia y consistencia que el derecho; por tanto, no resulta lícito calificar la ausencia de indicación de garantías como lagunas ni lógicas ni jurídicas que obligan al legislador y al intérprete a colmarlas, «si con ello se quiere decir que toda la colección de obligaciones *necesarias* para la tutela de los derechos aparece ya incluida en la norma que proclama el derecho, y que espera sólo a ser trasvasada en normas positivas que la expliciten»³⁴².

Finalmente, para esta autora no es lícito hablar de lagunas (a) por razones lógico-conceptuales, ya que los «precisadores-de-obligaciones» no están implícitos en los

342. *Ibíd.*, pp. 260-263.

derechos, ni pueden deducirse de ellos; (b) por razones filosófico-jurídicas, si vinculamos la juridicidad de los contenidos del derecho a los actos de posición de normas; y (c) por razones ético-políticas, si creemos que la administración de aquellos objetos sobre los que hemos acordado disenter debe realizarse por parte de sujetos democrática y políticamente responsables; es decir, por parte del legislador y no por el juez ni el filósofo. En tal sentido, la teoría no puede ni debe colmar el contenido normativo de las constituciones, pues eso corresponde a la decisión colectiva en el marco de un proceso democrático, es decir, «pertenecen enteramente a la esfera política y de lo decidible, y no a la esfera jurídicamente pre-dada y de lo no decidible»³⁴³.

En relación con las garantías, Jori considera que esta noción sirve para ordenar la confusión que rodea a los derechos sociales. Para él, el problema no *solo* consiste en la falta de una especificación legislativa o en la falta de una norma que instituya el tribunal competente, es decir, en una laguna jurídica, sino también en la falta de estructuras materiales y organizativas que puedan implementar el derecho. Al tratarse de cuestiones económicas, no sería objeto de tratamiento de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho, sino de la sociología del derecho (problema de eficacia), lo cual en cierta medida es cierto, pero no impide que se señale que también falta algo en el plano jurídico-normativo, y es lo relacionado con las garantías sustanciales puestas por normas aptas

343. *Ibíd.*, pp. 263.

para resolver este tipo de problemas materiales. No se puede negar la gravedad de los problemas que conlleva determinar cuáles son las medidas suficientes y eficaces, pero es algo que debe ser resuelto y afrontado tanto por el derecho positivo como por la política del derecho. En ese sentido, a la teoría del derecho no le corresponde resolver tales problemas, sino llamar la atención sobre los mismos, «y colocarlos en su justo lugar y en la correcta perspectiva, en el marco de los problemas generales de la producción y aplicación del derecho». Por tanto, para Jori, la teoría de las garantías propuesta por Ferrajoli toma el camino correcto y se constituye en su contribución más significativa a la reflexión jurídica³⁴⁴.

Frente a estas críticas, en primer lugar, Ferrajoli retoma la opinión de Danilo Zolo en el sentido de que las diferencias entre ambos son producto de que sus análisis están hechos desde perspectivas diferentes; por un lado, Zolo analiza la cuestión de los derechos sociales desde una «aproximación iusrealista», según la cual, un derecho privado de garantía no es un derecho; por otro, Ferrajoli lo hace desde una «aproximación normativista», según la cual, un derecho existe únicamente en virtud de su estipulación normativa, incluso si no se dan las garantías relativas que esta obliga a introducir. Así las cosas, es evidente que, desde un plano sociológico, un derecho no garantizado no existe o pareciera no existir, por lo que se podría afirmar que si el derecho a la libertad de expresión, a pesar de estar

344. JORI, Mario, «Ferrajoli sobre los derechos»... *op. cit.*, pp. 110-111.

constitucionalmente reconocido, no pudiera ejercerse en determinados ámbitos so pena de desacato, es un derecho inexistente. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo desde el punto de vista jurídico³⁴⁵.

Para Ferrajoli, al contrario de lo que plantea Zolo, ambas posiciones no reflejan dos «diferentes visiones del mundo», sino solo dos puntos de vista distintos anclados en dos disciplinas científicas diferentes y, por ello, no confrontables en una «disputa dogmática entre verdad y error». En términos generales, para Ferrajoli, el iusrealismo que lleva a Zolo y a Guastini a negar la condición de derecho a los derechos sociales (e incluso a los catalogados en el ámbito internacional) privados de sus respectivas garantías, solamente refleja un punto de vista de descripción de la realidad (sociológico o politológico), solo que en el caso de Zolo su aproximación es política y sociológica, mientras que en el caso de Guastini, él mismo sostiene que es una aproximación desde la teoría del derecho. Pero para Ferrajoli, desde la teoría, los derechos existen en tanto sean estipulados por normas de derecho positivo, carezcan o no de garantías³⁴⁶.

Obviamente, para Ferrajoli, el punto de vista sociológico, además de legítimo, es correcto para una teoría sociológica y para la ciencia jurídica, siempre y cuando no ignore o pretenda sustituir el punto de vista normativo de la teoría del derecho, que reconoce la calidad de

345. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho»... *op. cit.*, pp. 168-169.

346. *Ibid.*, p. 169.

derecho a todos aquellos estipulados por normas de derechos positivos aunque carezcan de garantías, pues esta carencia es una laguna que los poderes públicos tienen la obligación de llenar. Con base en lo anterior, es obvio que los problemas de los derechos sociales son, ante todo, problemas económicos que jurídicos; sin embargo, desde el momento en que son declarados derechos por una constitución, la teoría debe develar su falta de efectividad como aporía del derecho y, en consecuencia, afrontarla para plantear las mejores soluciones posibles. Aunque un sistema de garantías no sea lo suficiente, al menos es necesario para imponer vínculos a los poderes públicos que cada vez más claudican ante el avance de los poderes privados, en términos de libre mercado. Para Ferrajoli, por tanto, degradar los derechos sociales a «servicios sociales», considerando imposible la elaboración de cualquier garantía para su efectividad, «equivaldría a una abdicación del papel garantista del derecho»³⁴⁷.

Finalmente, sobre el tipo de relación existente entre derechos y garantías que cuestiona Pintore, Ferrajoli reitera que en ordenamientos nomodinámicos se trata de una relación de *deber ser* que la teoría enuncia como una implicación no diferente a la que existe entre permitido y no prohibido y que, sin embargo, al igual que esta, es posible que pueda ser desatendida por la legislación vigente. En tal sentido, para Ferrajoli, Pintore critica su propia tesis cuando opta por tomar como válido el tipo de relación en la que el derecho subjetivo es siempre una pretensión sobre

347. *Ibíd.*, pp. 169-170.

la conducta de otro sujeto, ya que para el profesor italiano las garantías «en modo alguno existen jurídicamente sólo porque deberían existir en razón de la estipulación positiva de los respectivos derechos, sino sólo si son, también ellas, positivamente estipuladas y administradas dentro de la “gama de conductas [ampliamente indeterminada] que se consideran cumplimiento de la obligación” que aquéllos generan»³⁴⁸.

En términos generales podemos decir que no hay duda de que, a pesar de las críticas recibidas, la propuesta de Ferrajoli en relación con la distinción entre derechos y sus garantías es de suma importancia para la comprensión de los derechos sociales como auténticos derechos, y que al estar normativamente reconocidos por las constituciones, requieren que los poderes públicos (legislador e intérprete) colmen las lagunas que produce la privación de garantías de tales derechos. En ese sentido, es importante *activar* la garantía social para exigir que los derechos tengan las garantías idóneas que los poderes públicos tienen la obligación de establecer por mandato constitucional y evitar que una parte importante de la realidad constitucional sea inefectiva y degenera en una divergencia insostenible entre lo que dice la constitución (expectativas normativas) y lo que realmente sucede en los espacios de rango inferior a ella (insatisfacción) y, en consecuencia, se mine la base de legitimidad sobre la que descansa el sistema jurídico y político.

348. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, pp. 327-329.

Por ello es que Ferrajoli insiste en que los derechos sin garantías no pueden considerarse inexistentes, puesto que existen desde el momento en que son estipulados por una norma jurídica positiva, y en ese sentido, la teoría debe identificarlos y formular propuestas encaminadas a solucionar tal aporía.

Pero también me gustaría destacar un par de afirmaciones de algunos autores que hemos examinado en este apartado, en relación con (a) que el problema de los derechos sociales no sólo es una cuestión de una laguna jurídica, sino también de la falta de las estructuras materiales y económicas (Jori); (b) que su implementación tiene que ver con cierta incompatibilidad entre dos subsistemas distintos: el derecho y la economía, que en este caso sería entre la plena efectividad de los derechos sociales y el libre mercado (Zolo); y (c) el hecho de que en muchas ocasiones el contenido de los derechos sociales consiste en un fin o en un estado de cosas a alcanzar y no en una conducta determinada, por lo que sería necesario redefinir lo que se entiende por garantía, ya que no todo fin o estado de cosas es traducible a conductas (Cruz Parceró).

A lo anterior hay que añadir que Ferrajoli define los derechos fundamentales (de libertad y sociales) como derechos subjetivos entendidos como cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), que limitan y vinculan a los poderes públicos; de esta forma, pareciera que en su sistema garantista la efectividad de los derechos fundamentales está determinada por su condición de derechos subjetivos. En el caso de los dere-

chos sociales, plantea que no existen razones técnicas para negar que puedan ser garantizados de la misma forma que los demás derechos, pero también reconoce que, en términos políticos, la aplicación de ciertas medidas para lograr su satisfacción es incompatible con la lógica del libre mercado.

Ahora bien, las medidas para satisfacer los derechos sociales dependerán de la concepción que tengamos de los mismos, es decir, si los consideramos (a) derechos a un *mínimo* o (b) derechos a un *máximo*. En relación con la primera, podríamos decir que la figura del derecho subjetivo es un mecanismo válido para satisfacer las prestaciones mínimas del derecho, pero habría que renunciar al elemento emancipatorio o al «aspecto aspiracional» de los derechos sociales; en relación con la segunda concepción, en cambio, la técnica del derecho subjetivo, además de ser insuficiente, es contraproducente, dado que las prestaciones máximas del derecho requieren que todos puedan acceder al máximo o mejor nivel posible de ellas y, en ese sentido, implicaría algún tipo de redistribución de ciertos bienes y, por tanto, cierta restricción de algunos derechos como los de propiedad o la libertad de comercio, debido a su incompatibilidad con la forma en que se concibe el libre mercado en nuestras sociedades³⁴⁹.

Con los parámetros anteriores, me pregunto si Ferrajoli concibe los derechos sociales como un mínimo o

349. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos sociales e igualdad... op. cit.*

como un máximo, puesto que, por un lado, señala que algunas medidas, para su efectividad, son incompatibles con la lógica del mercado, y que el derecho de propiedad no debe ser considerado un derecho fundamental (lo que podría parecer una concepción a prestaciones máximas que requiere de cambios estructurales); y por otro lado, también insiste en la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos y manifiesta que en el *Estado social* el poder público tiene la obligación de mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos (lo que supondría una concepción a prestaciones mínimas).

En ese sentido, me atrevería a afirmar que cuando Ferrajoli habla de Estado social no lo hace pensando estrictamente en un Estado de carácter socioliberal, donde los derechos sociales, al ser compatibles con la propiedad privada y con la economía de mercado, son configurados como derechos subsidiarios y mínimos, sino que parece concebirlo desde una noción socialista³⁵⁰, en la que los derechos sociales sí «son incompatibles con la propiedad privada y con la economía de mercado, precisamente porque han de ser derechos máximos y no subsidiarios»³⁵¹.

350. Andrea Greppi sostiene que «[h]ay variantes diferentes del constitucionalismo viejo y nuevo, así como diferentes concepciones jurídicas de la democracia. La de Ferrajoli es de inspiración radical y socialista, y apela a valores propios de la tradición ilustrada y liberal como la igualdad y la dignidad, formulada esta última con acentos kantianos», GREPPI, Andrea, «Democracia como valor, como ideal y como método», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo... op. cit.*, p. 342.

351. GARCÍA MANRIQUE, R., *Derechos sociales e igualdad... op. cit.* Para García Manrique, «vistas las deficiencias de la con-

Por tanto, si aceptamos que los derechos fundamentales (de libertad y sociales) tienen como objetivo y fundamento la igual libertad de todos, no podemos admitir que unos derechos (de libertad) puedan otorgar cuotas iguales y máximas de libertad en la medida de lo posible, mientras que otros (sociales) solo otorguen cuotas mínimas; en ese sentido, los derechos sociales deben configurarse como derechos máximos con todas las implicaciones político-jurídicas y socioeconómicas que tienen³⁵².

En ese orden de ideas, es indudable que la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos representa un avance importante y necesario en el constitucionalismo moderno. Sin embargo, no puede considerarse como el único medio para responder a las diversas exigencias de protección de estos derechos, por lo que también es necesaria una constante activación de

cepción socioliberal, la concepción socialista es superior, porque refleja mejor el ideal que está detrás de todos los derechos fundamentales, el de la igual libertad. En este sentido, la concepción socioliberal sería más propia de la primera etapa de evolución de los derechos fundamentales. Una vez que la nueva configuración social del capitalismo mostró que propiedad y trabajo, que propiedad y libertad, eran incompatibles, la concepción socioliberal quedó obsoleta por insuficiente, y las posteriores reformulaciones bienestaristas, o vinculadas con el estado social, no han paliado esta insuficiencia». Por eso, concluye, siguiendo a Elías Díaz, que «[e]n realidad, y dada la indivisibilidad de los derechos fundamentales, puede sostenerse que sólo la superación socialista del estado social puede aspirar a garantizarlos plenamente, es decir, que todos los derechos, y no sólo los sociales, son derechos para socialistas».

352. *Ídem*.

la garantía social en el sentido de presionar, deliberar y promover los cambios estructurales a través de los espacios democráticos de participación política institucional y social³⁵³.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA

A Ferrajoli se le cuestiona que, con la incorporación de una esfera *de lo indecible* en el concepto de democracia, hace parecer que sobre el *qué hacer* no haya nada que discutir ni deliberar, por lo que la política únicamente tiene que ocuparse del *cómo hacer*, transformando su actividad en ejecutiva en vez de deliberativa. Por ello, Vitale se pregunta si la democracia sustancial de los principios fundamentales del constitucionalismo rígido no podría reducir o erosionar la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y de deliberación por el sistema

353. Atria sostiene que una declaración de derechos no es *tomada en serio* a menos que implique «la exigencia de conceder a su titular un derecho subjetivo dotado de todas las características propias de los derechos subjetivos, especialmente *exigibilidad*. En este contexto, hay un sentido importante en que el conflicto político, especialmente en Latinoamérica (y Europa del Este) se ha desplazado desde las calles o parlamentos hacia las cortes. El desplazamiento al que me refiero no es simplemente un cambio de *locus* institucional, aunque nadie puede negar que la importancia política de los tribunales ordinarios y constitucionales ha aumentado de modo considerable en, digamos, los últimos 20 años. El problema no es (o no es *sólo*) que hoy sean tribunales los que decidan cuestiones que antes estábamos acostumbrados a creer que debían ser decididas por asambleas representativas». ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?»... *op. cit.*, p. 34.

de mayoría, mientras que los derechos fundamentales, junto con la jurisprudencia constitucional relativa a ellos, pasarían a encarnar la voluntad general que tiene que ser puesta en ejecución por los parlamentos y los gobiernos. Si esto es así, la democracia sustancial de Ferrajoli tiene las características de una «óptima república» gobernada por filósofos en la que el principio de estricta legalidad «despeñaría la función de idea reguladora de la praxis social y de estrella polar del eventual cambio político».

Este autor reconoce que el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista, tal como lo sostiene Ferrajoli, pero le parece que el profesor italiano ha forzado la expresión para sobreponer y tendencialmente confundir el procedimiento contractual o del pacto con el procedimiento democrático de decisión por mayoría, así como la legitimación ascendente del poder político con la forma de gobierno democrática. En tal sentido, Vitale se cuestiona si la cuestión de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales no es más una cuestión de educación ciudadana que de derecho positivo³⁵⁴.

Danilo Zolo, por su parte, se muestra perplejo en términos epistemológicos ante el supuesto abandono que Ferrajoli hace de su elaboración formal para sostener inmediatamente que su definición permite fundar cuatro tesis que son esenciales para una democracia constitucional.

354. VITALE, Ermanno, «¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de L. Ferrajoli», FERRAJOLI, L., *Los Fundamentos de los Derechos... op. cit.*, pp. 64, 71-73.

Considera que ello constituye un paso brusco del plano de la lógica formal a la de la teoría normativa, y se cuestiona si la primera puede ofrecer un fundamento esencial a la segunda. Para él, la lógica formal puede resultar útil para ciertas argumentaciones elementales de una teoría de la democracia, pero no puede proporcionar un fundamento esencial ni a una teoría de la democracia suficientemente compleja ni a una teoría normativa de los derechos fundamentales.

Este autor considera que la elaboración de una teoría *jurídica* de la democracia es apenas una visión parcial del acercamiento a dicho fenómeno, por lo cual cree que una teoría de los derechos fundamentales no puede fundar una teoría sustancial de la democracia. En ese sentido, una definición ideológicamente neutral, como la de Ferrajoli, no funda ni podría fundar esas cuatro tesis de una democracia constitucional porque las mismas son solo una concepción garantista e igualitaria de los derechos fundamentales que se contrapone a los derechos patrimoniales, en cuanto son considerados la fuente de la desigualdad jurídica o en derechos³⁵⁵.

Bovero reconoce que Ferrajoli no contrapone la democracia sustancial a la democracia formal, pero sostiene que hay algunos pasajes de su discurso que, al hacer referencia a necesidades e intereses materiales y a la realización de la igualdad sustancial, podrían hacer creer la existencia

355. ZOLO, Danilo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de L. Ferrajoli»... *op. cit.*, pp. 81-83.

de algunos vestigios de la contraposición entre estas dos fórmulas. Para evitar este tipo de confusiones, propone no denominar democracia sustancial al modelo de Estado de derecho propuesto por Ferrajoli, y mantener una clara distinción léxica entre estos dos elementos, pues el contenido o *el qué* de las decisiones no concierne a la democracia. En ese sentido, objeta que las normas sobre los derechos fundamentales (de libertad y sociales) sean referibles como tales a la democracia, pues dichas normas, al ser sustanciales (contienen un contenido), son vínculos externos al proceso democrático, el cual simplemente es un método para tomar decisiones colectivas³⁵⁶.

Por tanto, el disenso con Ferrajoli radica en que este se aleja de la noción históricamente consolidada de democracia como forma de gobierno, a la que considera un término no definido. Sin embargo, las consecuencias de ello producen más desventajas que ventajas, ya que el concepto de democracia se vuelve tan indeterminado, genérico y elástico que no es de extrañar que en su nombre se adopten reformas *democráticas* o se tomen decisiones que, en última instancia, perjudiquen a las personas o al medio ambiente, como sucede con la instauración de un mercado libre sin límites éticos ni jurídicos³⁵⁷.

356. BOVERO, Michelangelo, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta»... *op. cit.*, pp. 235-237.

357. Tal es el caso del modelo *neoinstitucional* promovido por el Banco Mundial, en virtud del cual, el proceso democrático y el fortalecimiento de las instituciones dependen de la apertura de los mercados; al respecto pueden verse los diferentes informes de dicha institución.

A la vez, el intentar especificar el término mediante la articulación de sus dimensiones (civil, política, liberal y social), termina por convertirlo en vago y ambiguo; del mismo modo, aunque se amarre la idea de democracia a la igualdad, este último también resulta genérico y falto de univocidad. Aunque Ferrajoli trata de evitar tales equívocos señalando que la igualdad a la que se refiere es a la igualdad en derechos fundamentales, para Bovero, esta conexión entre democracia e igualdad en derechos no puede incluir todo tipo de derechos, sino solo los derechos políticos. Por ello, para lograr un sentido de la democracia, es preferible decir que «hay democracia cuando *todos* aquellos a los que estarán dirigidas las decisiones colectivas tienen *igual* derecho-poder de participar, directa o indirectamente, en la formulación de esas decisiones». Con esta precisión, Bovero no refuta que haya un contenido sustancial previo al ejercicio del poder democrático, sino que dicho contenido sea identificado con una dimensión de la democracia, pues esta sustancia no es democracia, sino Estado de derecho, sea liberal o social, constituido por normas téticas que adscriben tanto derechos de libertad como derechos sociales³⁵⁸.

Finalmente, para Bovero, el hecho de que Ferrajoli plantee que los derechos fundamentales «incorporan valores previos y más importantes que los de la democracia política» solo significa que el poder democrático es un poder limitado, y así, la «esfera de lo no decidi-

358. BOVERO, Michelangelo, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta»... *op. cit.*, pp. 237-240.

ble» no puede ser identificable con una dimensión de la democracia, sino que es una cuestión ubicada fuera de la misma, dado que si el contenido de las decisiones colectivas estuviera por completo fijada por los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, entonces el poder democrático quedaría anulado. Por tanto, si es democracia, no es sustancial, y si es sustancial, no es democracia. En conclusión, para Bovero la democracia constitucional es un régimen en que el poder decisión colectiva, fundada en la atribución de los derechos políticos, está vinculado formal y sustancialmente por unos derechos fundamentales (de libertad y sociales), algunos de los cuales son pre-condiciones de la democracia, pero no parte de la misma mediante una de sus (pretendidas) dimensiones³⁵⁹.

Por su parte, Pintore considera que Ferrajoli, en su intento por sustraer a los derechos fundamentales del divisionismo/iuspositivismo, minusvalora el problema de la autoridad, y con ello, (a) conduce al sacrificio de la democracia entendida como método de elección y decisión política de individuos iguales en autonomía moral y en su capacidad de ser titulares de derechos; (b) conduce a cercenar el vínculo entre los derechos y sus titulares; y (c) conduce a una solución del problema de la autoridad en clave de un activismo judicial potencialmente ilimitado. Con la minusvaloración de dicho problema, se oculta una respuesta al asunto de la autoridad política, que rechaza el principio de la administración democrática de los derechos. Para esta autora, Ferrajoli abusa del instrumento

359. *Ibíd.*, pp. 240-242.

definitorio ya que, al incorporar contenidos (derechos de libertad y sociales) al término democracia, se aleja de su significado léxico que históricamente ha hecho referencia al «quién» y al «cómo» (los presupuestos), y no al «qué» (el contenido). Por tanto, definir como democracia sustancial al Estado de derecho, equivale a otorgar una solución *semántica* a un problema *normativo*, es decir, el problema de cómo conciliar el Estado de derecho (contenidos/derechos fundamentales) con la democracia (forma/principio de autogobierno).

En ese sentido, democracia y derechos fundamentales son criterios opuestos de legitimación del poder, y, por ende, no pueden ser considerados complementarios y armoniosamente integrados. «El mensaje superficial que la definición nos transmite es que podemos tenerlos a los dos, sin tener que sacrificar el uno o al otro». Sin embargo, de ello se puede concluir que la primacía de los derechos puede y debe justificar el sacrificio del principio del autogobierno, lo cual es legítimo, pero lo que no puede sostenerse como legítimo es que tal conclusión fundamente una teoría y una definición de la democracia³⁶⁰.

360. PINTORE, Anna, «Derechos insaciables»... *op. cit.*, pp. 246-251. Pintore sostiene que se trata (a) de un problema normativo que acecha, en primer lugar, a los propios estados democráticos de derecho hoy existentes, en los que los conflictos sociales, de valores y entre poderes giran en lo esencial, justamente, en torno a tal problema; y también (b) de un problema de la filosofía. La filosofía, sin embargo, no puede limitarse a registrar las soluciones más o menos claras (y, en todo caso, heterogéneas y contingentes) incorporadas a los ordenamientos positivos. Si lo hiciera, incurriría en un error simétrico al del iusnaturalismo que superpone la propia teorización a la realidad jurídico-política.

Por otra parte, interpretar las constituciones como contratos sociales, en el sentido de Ferrajoli, tiene dos implicaciones: (a) una nueva dilatación del concepto de democracia y su posterior debilitamiento, pues suprime la distinción entre el fundamento consensual y el carácter democrático del poder; y (b) las constituciones se convierten en eternas, cuyos contenidos no pueden ser cambiados por la voluntad de la mayoría. De esta forma, dichos contenidos «se vuelven insaciables, aplastan la forma y asumen el dominio sobre ella»³⁶¹.

Martí Mármol sugiere que el fundamentalismo de Ferrajoli le lleva a desarrollar una teoría de los derechos fundamentales que comporta consecuencias nefastas para la teoría de la democracia y para la propia democracia, ya que propone no solo la limitación sino la «opresión de la democracia» desde el momento en que se excluyen algunos temas del debate democrático. Ello se debe (a) porque se

361. *Ibid.*, pp. 255-256. Pintore concluye que «asumir como fundante el valor ético político de la autonomía supone la dolorosa consecuencia de aceptar su principal corolario, es decir, el riesgo de que sea ejercida de forma inepta, malvada o incluso autodestructiva; por eso, como se ha dicho, la democracia es el régimen del riesgo y es un régimen trágico» (p. 265). En el mismo sentido, Palombella plantea que «hacer que prevalezca el constitucionalismo sobre la democracia, ello significa dotar de una articulación definitiva a esa relación, una articulación de oposición pero también negarle todo *desarrollo*, ya que se afirmaría la superior pretensión de convertir el núcleo constitucional en intangible, sustraído en cuanto tal, a la discusión y a la decisión democrática». PALOMBELLA, Gianluigi, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de José Calvo González, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 7.

considera que la garantía de los derechos es necesaria para otorgarle valor al procedimiento democrático (estrategia de las precondiciones); (b) porque se considera que ciertos valores deben ser protegidos incluso contra las decisiones democráticas (estrategia de la justicia sustantiva); y finalmente, (c) existe la posibilidad de una tercera estrategia (mixta) producto de la combinación de algunos aspectos de las dos anteriores, que, para este autor, es la opción que asume Ferrajoli y, por tanto, también asume los problemas que éstas presentan.

(a) Uno de ellos es la paradoja de las precondiciones puesto que, por un lado, los derechos fundamentales son precondiciones de la democracia; si no se garantizan, se puede concluir que no hay propiamente democracia constitucional; y por otro lado, si tales derechos se garantizan, entonces no hay nada más que pueda ser decidido por el procedimiento democrático³⁶². (b) Otro consiste en que al declarar como indisponibles los derechos fundamentales, los dotamos de rigidez absoluta y ningún poder público puede tomar decisiones sobre ellos. De esta forma, la

362. MARTÍ MÁRMOL, José Luis, «El fundamento de L. Ferrajoli: Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, p. 387. «Si nos tomamos en serio la teoría de Ferrajoli, si nos tomamos en serio los derechos fundamentales tal y como él los entiende, entonces deberemos concluir que el procedimiento democrático no sirve para tomar decisiones acerca de los temas que más nos importan en la actualidad. La democracia quedará reservada a aquellos temas que no guarden ninguna relación con los derechos fundamentales, como la determinación de los derechos patrimoniales (y siempre en los márgenes estrechos dejados por los primeros)».

democracia solo puede actuar en aquellos ámbitos no relacionados con los derechos y tampoco puede intervenir en determinarlos³⁶³.

Andrea Greppi considera que, a pesar de la fuerza retórica de la redefinición de democracia de Ferrajoli, la misma parece distorsionar o entorpecer la idea intuitiva con la que se asocia a la democracia, es decir, como forma de gobierno. En ese sentido, pareciera que el espacio ocupado por los derechos fundamentales (dimensión social) en la democracia hace que los ciudadanos tengan menos márgenes de decisión y autonomía (dimensión formal). Para este autor, aunque Ferrajoli trata de resolver esta paradoja mediante la distinción entre libertad positiva y negativa, sin embargo, «hay algo que no acaba de encajar cuando se dice que las mayorías y sus representantes, después de proclamar la existencia de los derechos, asumen también el compromiso de no pronunciar ni una sola palabra más sobre ellos. La rigidez del pacto fundante de la legalidad constitucional, especialmente si se trata de una rigidez *absoluta*, reclama alguna clase de justificación». En definitiva, Greppi considera que en Ferrajoli existe una excesiva elasticidad en el uso del término «democracia»³⁶⁴.

Frente a todas estas críticas, Ferrajoli aclara, en primer lugar, que sus cuatro tesis (que fundan una teoría de democracia constitucional) no están fundadas sobre la definición

363. *Ibíd.*, pp. 365-366, 382 y 386-388.

364. GREPPI, Andrea, «Democracia como valor, como ideal y como método»... *op. cit.*, pp. 342-351.

ideológicamente neutral de derechos fundamentales, sino en el tipo de expectativas que han sido reconocidas en los sistemas constitucionales como derechos fundamentales, es decir, universales e indisponibles adscritos a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. Acepta y comparte que la democracia no es un fenómeno solo jurídico, y que los derechos fundamentales son condiciones necesarias pero no suficientes de la misma, dado que (a) tanto los derechos como sus garantías son normas que podrían quedar sin efecto, y (b) solo aseguran su dimensión jurídica. Sin embargo, esta aproximación jurídica, si no es la más importante, quizá es la previa a las otras aproximaciones³⁶⁵.

En relación con la supuesta anulación del debate político por su subordinación al derecho, el profesor italiano explica que los espacios políticos resultan ante todo restringidos desde un punto de vista interno del ordenamiento, ya que si bien la constitución vincula a la política (legislación), esta tiene amplios espacios de autonomía que no la vuelven solamente ejecutiva, como le critican; pero también el papel de la política se amplía desde el punto de vista externo al ordenamiento desde el momento en que el paradigma constitucional desplaza «al espacio privilegiado de la política fuera del derecho, colocándolo en las luchas y en las dinámicas sociales y culturales». Por tanto, en un Estado constitucional, la relación entre política y derecho es de recíproca dependencia, pues el segundo está subor-

365. FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho»... *op. cit.*, pp. 167-170.

dinado a la primera como su producto y su instrumento, y la primera está subordinada al segundo, al hallarse vinculada a los principios constitucionales³⁶⁶.

Por otro lado, ratifica que la democracia se funda especialmente en los derechos políticos adscritos a todos en cuanto ciudadanos, y que las varias dimensiones de la democracia que él señala, son independientes entre sí (en el plano teórico), en el sentido de que puede existir una democracia formal o política y/o civil pero no social (como lo fueron las democracias liberales clásicas) ni siquiera liberal (en caso de que el derecho de voto no llevase asociadas las libertades fundamentales); y puede existir una democracia sustancial (liberal y/o social) pero no política (cuando el derecho de voto estuviese sujeto a algún tipo de discriminación) y ni siquiera civil (como en un sistema paternalista que garantice sólo los derechos sociales)³⁶⁷.

Así, Ferrajoli precisa que estas cuatro dimensiones de la democracia no son independientes entre sí, pero sí lo son los cuatro tipos de derechos fundamentales que ha distinguido, dado que unos pueden subsistir en ausencia de los demás. Sin embargo, afirma que, a falta de derechos políticos, no tiene sentido hablar de democracia, a pesar de la existencia de los otros tres tipos de derechos. Por tanto, (a) la democracia es ante todo política; (b) la dimensión política es coesencial a la democracia; y (c) la democracia es siempre y también solo democracia política. A pesar

366. *Ibíd.*, pp. 170-171.

367. *Ibíd.*, pp. 171-172.

de ello, plantea que no se refiere a la simple democracia política, sino a la democracia constitucional, en la cual el poder está limitado y vinculado por *todos* los derechos fundamentales reconocidos en la constitución. En ese sentido, si la característica esencial de esta democracia son los límites y vínculos impuestos por los derechos, entonces no pueden ser ubicados fuera de la democracia como elementos externos. Así como el derecho moderno nació de la afirmación de la supremacía de los derechos sobre los deberes, la democracia moderna nace de la afirmación de los derechos sobre los poderes, a los cuales vincula y limita, (a) legitimándolos formalmente sobre la base de los derechos secundarios de autonomía política y civil, y (b) legitimándolos sustancialmente en virtud de los derechos primarios de libertad y sociales³⁶⁸.

Sobre las críticas relacionadas con su «uso abusivo del instrumento definitorio», Ferrajoli sostiene que sus tesis sobre la democracia y los derechos fundamentales son de teoría del derecho que no dicen nada sobre la cuestión filosófica de los fundamentos de una y otros, ni sobre las soluciones contingentes del problema de la relación entre ambos. Sus tesis, al ser explicativas, se limitan a advertir que los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos imponen límites y vínculos sustanciales a las decisiones democráticas. Respecto de la colisión entre derechos, Ferrajoli plantea que dicha tesis no tiene validez para la mayoría de los derechos de

368. FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales»... *op. cit.*, pp. 342-350.

libertad consistentes en inmunidades, como la libertad de conciencia o la inmunidad frente la tortura; tampoco valen para las relaciones entre los derechos sociales a prestaciones positivas, cuyos límites no se encuentran en otros derechos (de libertad), sino en la inversión económica que requieren; por tanto, más que cuestiones de conflictos, son cuestiones políticas respecto a los presupuestos. Pero admite que esta tesis de los conflictos vale, especialmente, para algunos derechos activos de libertad consistentes en *facultates agendi*, como la libertad de expresión, que tiene su límite en el honor de las personas³⁶⁹.

Por tanto, para Ferrajoli no es sostenible la tesis de los conflictos, pues lo que sucede con ella es que se tiende a confundir «en una única problematización y dramatización derechos fundamentales de distinto tipo que, por el contrario, es preciso distinguir analíticamente: a) derechos-inmunidad ilimitados, dado que su garantía no interfiere con otros derechos; b) derechos de libertad (distintos de las simples libertades, que no son, en forma alguna, derechos), que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás; c) derechos sociales, cuyos límites no están en los derechos fundamentales de otro tipo, sino sólo en los costes de su satisfacción, financiados con la recaudación fiscal, en perjuicio de los derechos patrimoniales; d) derechos-poder, que son, justamente, los que las leyes, en función de la tutela y de la satisfacción de los demás derechos constitucionales establecidos por las constituciones,

369. FERRAJOLI, L., *Garantismo... op. cit.*, pp. 100-101.

tienen la tarea de someter a límites, vínculos y controles jurisdiccionales de validez y licitud». En esa línea, aclara que no considera que los derechos fundamentales y la democracia sean armoniosamente compatibles, sino que los primeros son un límite y un vínculo para la segunda; de esa forma, su relación es de compatibilidad, pero no de forma armoniosa³⁷⁰.

Finalmente, sobre las consecuencias devastadoras de su propuesta para la democracia, Ferrajoli refuta que su teoría en ningún momento establece la configuración de los derechos fundamentales con rigidez absoluta que impondrían límites absolutos e infranqueables a las acciones, incluso democráticas, de los poderes públicos³⁷¹.

Como conclusión general, muchos de los desacuerdos entre Ferrajoli y sus críticos se debe a que se mueven en diferentes planos; mientras él formula sus propuestas en el ámbito de la teoría del derecho, algunos de sus críticos formulan sus postulados desde la sociología del derecho, la filosofía política o la dogmática jurídica, los cuales, aunque son importantes y relevantes, no pueden ser contrastados con los postulados desarrollados desde la teoría, confirmándose con ello la importancia de distinguir entre los diversos tipos y niveles del discurso. Sin embargo, como el propio Ferrajoli ha admitido, no siempre ha sido tan claro al momento de determinar en qué plano del discurso se mueve, lo que lógicamente ha generado confusión. Más allá de ello, hay aspectos de sus

370. *Ibíd.*, pp. 351-355.

371. *Ibíd.*, pp. 100-101.

tesis que, a pesar de sus aclaraciones, siguen generando dudas; por ejemplo, el paso de una definición formal de derechos fundamentales a una teoría de la democracia constitucional.

Como señala Rentería, Ferrajoli establece una línea continua entre su definición formal y la tipología de derechos fundamentales a los que parece atribuir un valor positivo, y llega incluso hasta la configuración de una dimensión sustancial de la democracia. No hay duda que propone una definición de derechos fundamentales que se enmarca dentro de la teoría del derecho, no obstante, a partir de la teoría, establece un nexo con un universo normativo y axiológico «en el que es del todo evidente el rol no solamente teórico-avalorativo, sino también propositivo y prescriptivo, de la ciencia jurídica»³⁷².

De cualquier manera, la propuesta de Ferrajoli ayuda a consolidar el papel de los derechos fundamentales en las

372. RENTERÍA DÍAZ, Adrián, «Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en L. Ferrajoli», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo... op. cit.*, pp. 129-130. «En otras palabras, Ferrajoli no sólo nos dice qué son los derechos fundamentales, mediante una indagación propia de la teoría del derecho, sino que también parecería no sólo relevar empíricamente cuáles son en un determinado ordenamiento jurídico, el italiano, en una investigación de carácter dogmático, sino también indicarnos *cuáles deben ser*, en un ámbito que ya no es teórico ni dogmático, sino axiológico. Es aquí, en efecto, donde se inscribe el equívoco que da lugar a la pregunta (pertinente, por supuesto) de Zolo acerca del sentido en el que según Ferrajoli la definición de derechos fundamentales *funda* la teoría de la democracia en su connotación sustancial con todas sus consecuencias en el plano normativo».

sociedades contemporáneas en el sentido de que se constituyen en el núcleo del constitucionalismo democrático, dado que, aunque se reconoce que las reglas democráticas sobre la estructura del poder y la forma y funcionamiento del gobierno son adecuadas para determinar el *quién* y el *cómo* en las decisiones colectivas, no son suficientes para garantizar un modelo de sociedad donde se garantice la igualdad en derechos de todas las personas. De ahí que todos los poderes estén vinculados a tales derechos y no puedan disponer de ellos, aunque se trate de decisiones adoptadas en el marco de la regla de la mayoría. Por ello es que las constituciones se conciben como (a) garantía contra la indiferencia de los particulares y frente al poder político, y como (b) el instrumento mediante el cual se garantice el libre desarrollo de la autonomía y la dignidad humana³⁷³.

373. POZZOLO, Susanna, «Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de L. Ferrajoli», en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (Eds.), *Garantismo... op. cit.*, pp. 406-407.

CONCLUSIONES

La propuesta teórica de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales constituye una contribución muy importante para la reflexión y la praxis jurídica y política, con significativas implicaciones para la garantía de los derechos sociales reconocidos en nuestras constituciones.

1) En primer lugar, Ferrajoli plantea que no hay razones técnicas para no considerar a los derechos sociales igual de fundamentales que los derechos de libertad, ya que ambos juegan un papel vital para la convivencia civil y se constituyen en criterios de legitimación política en las democracias constitucionales, lo cual se refleja en los ámbitos (a) político, en el sentido de que los derechos sociales expresan una esfera de *lo no decidible que no*, ante la cual el legislador está obligado a desarrollar las normas constitucionales que contienen este tipo de derechos, pero también tiene prohibido adoptar normas o medidas que empeoren la situación de los derechos sociales de los que ya goce la población; (b) social, en el sentido de que amplían los fines del Estado en términos de que este ya no solo debe limitarse a no empeorar las condiciones de vida de las personas bajo su jurisdicción (papel que juegan en mayor medida los derechos de libertad), sino que también debe promover la mejora de las mismas permitiendo que las personas adquieran condiciones de vida dignas,

como la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda o la educación; (c) económico, en el sentido de que también los poderes privados (el mercado) deben estar vinculados por estos derechos; (d) militante, en el sentido de que la garantía de los derechos no puede limitarse a lo jurídico, sino que se requiere de ciudadanos protagonistas que, a través de su participación democrática, tanto social como institucional, transformen las situaciones que generan desigualdad; y (e) jurídico, en el sentido de que los derechos sociales se equiparan a los tradicionales derechos de libertad, y pasan a ser considerados derechos subjetivos consistentes en expectativas positivas o de prestaciones, adscritas por una norma jurídica a «todos» los sujetos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar.

2) Aunado a ello, su innovadora propuesta de distinción entre derechos y garantías le permite refutar y distanciarse de la tesis muy extendida, según la cual, la existencia de un derecho se reduce a la efectividad de su garantía; en otras palabras, la tesis que considera que un derecho sin garantía (especialmente jurisdiccional), no es un auténtico derecho. Como consecuencia, al necesitar ambas figuras ser establecidas normativamente, es posible que las expectativas (contenidas en el derecho) existan, pero no los mecanismos para satisfacerlas (garantías) y, de esta forma, nos encontramos ante una laguna que los poderes públicos tienen el deber de colmar. Ferrajoli reconoce que su propuesta definitiva aún está en fase de construcción, pero partiendo del análisis que hemos realizado, se puede sostener que, para él, esta construcción

teórica (la de un constitucionalismo garantista) requiere necesariamente un adecuado sistema de garantías, dado que si las constituciones actuales ya reconocen los derechos sociales como derechos fundamentales, entonces lo que falta es (re)construir y (re)diseñar las estructuras institucionales que los vuelvan realmente efectivos.

Como lo hemos observado a lo largo de este trabajo, las tesis de Ferrajoli no son del todo pacíficas, especialmente en varios de sus puntos, algunos de los cuales aparentan cierta debilidad teórica, y otros, parecen requerir una mayor reflexión y discusión, como se explicará a continuación.

3) En relación con la obligación de los poderes públicos de colmar las lagunas existentes en el ordenamiento, Ferrajoli plantea que tal obligación recae sobre (a) el legislador, que está legitimado democráticamente en virtud del proceso democrático y sobre (b) el intérprete, que está legitimado democráticamente en virtud del principio de estricta legalidad en términos de garantía de los derechos fundamentales y de control de legalidad de los poderes públicos. Obviamente, la afirmación de que el juez está también obligado a colmar las lagunas no es un asunto apacible, ya que los derechos sociales plantean situaciones que, de acuerdo a una extendida opinión, deben ser determinadas y decididas en sede política y no jurisdiccional pues, de lo contrario, se produciría el riesgo de una invasión de funciones por parte de un poder público (judicial) sobre otro (legislativo) y, con ello, peligraría el necesario balance y división de poderes. Aunque hasta

el momento, la experiencia jurisdiccional ha mostrado que cada vez más los tribunales (especialmente constitucionales) conocen, interpretan y deciden sobre asuntos relacionados con los derechos sociales sin que se haya producido un desequilibrio entre los poderes, ello no obsta para ignorar el hecho de que las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial a veces se vuelven tensas, cuestión que no ocupa un espacio necesariamente profundo en las tesis de Ferrajoli, dado que, entre otras cosas, él considera algo *normal*, algo ya *dado*, el papel de los jueces constitucionales en las actuales democracias con constitución rígida. Pero al considerar el papel de la jurisdicción como algo *dado*, se limita a describir lo que está estipulado en nuestras constituciones sin profundizar en las implicaciones democráticas de dicho papel. Por ello, quizá sea necesario que su construcción teórica profundice aún más sobre el rol de la jurisdicción en relación con los derechos sociales.

4) Aunque Ferrajoli señala que también los poderes privados deben estar vinculados a los derechos sociales (el mercado), no resulta claro si admite o descarta la posibilidad del efecto horizontal de los derechos fundamentales (efecto en terceros), tal como es reconocido por la llamada *Drittwirkung* de la doctrina constitucional alemana y por los avances jurisprudenciales en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

5) Sería interesante que Ferrajoli profundizara si, en su propuesta, existen algunos de los rasgos que caracterizan a una teoría de los principios, o si comparte el re-

conocimiento de la doble naturaleza objetiva/subjetiva de los derechos fundamentales, ya que, por un lado, resalta el papel de los *principios constitucionales* y de los derechos fundamentales como vínculos y límites a todos los poderes, concibe la constitución como la norma suprema que contiene los *valores ético-políticos* que condicionan al resto del ordenamiento jurídico, y reconoce que los derechos fundamentales expresan unos *finés* a los que está orientado el Estado; pero, por otro lado, defiende una idea de sólida coherencia de la constitución que minimiza la supuesta colisión entre derechos fundamentales.

6) Del hecho de que Ferrajoli conciba los derechos sociales como derechos subjetivos se puede interpretar que: (a) considera la figura del derecho subjetivo como la más idónea para lograr la igualdad en derechos, especialmente para que las personas menos favorecidas desarrollen plenamente su autonomía y dignidad, con lo cual tendría que admitir una concepción mínima de los derechos sociales, o se puede interpretar que (b) desde una concepción máxima de los derechos sociales, considera la figura del derecho subjetivo (garantía jurídica) como uno de los varios mecanismos para lograr un estado de cosas de igual libertad para todos, donde la lucha democrática social e institucional (garantía social), sea un mecanismo importante en la consecución de los cambios estructurales que requiere la plena realización de los derechos sociales. Me inclino por esta segunda interpretación, ya que a lo largo de su obra señala la incompatibilidad de los derechos sociales con la propiedad privada y el

libre mercado, e insiste en que la garantía social es la condición de la efectividad de todo el ordenamiento y de su sistema normativo de garantías jurídicas y políticas.

7) Para finalizar, me permito señalar que no se puede ignorar que la implementación efectiva de los derechos sociales enfrenta importantes dificultades, pero superarlos es una cuestión que atañe directamente a la democracia y al Estado de derecho en términos de autoridad, consenso y legitimidad, pues, si en las condiciones actuales de desigualdad se mantiene una concepción restringida del alcance de *todos* los derechos fundamentales, es indudable que el funcionamiento de las sociedades democráticas (o de las que están en proceso de democratización) corre un serio peligro. Por tanto, si el Estado de derecho y la democracia son *procesos* en permanente construcción para promover las mejores condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía y de la dignidad humana, los vínculos y límites que los derechos fundamentales imponen a todos los poderes, como lo señala Ferrajoli, deben ser fortalecidos para que el Estado se someta a su propia legalidad en relación con la protección de la libertad y promueva los mecanismos idóneos para controlar a los poderes privados (especialmente económicos) que en las sociedades actuales representan a veces un mayor peligro para los derechos fundamentales (especialmente para los derechos sociales), que los propios poderes públicos.

8) En definitiva, es imperioso superar las principales deficiencias de la democracia: la pobreza y la desigualdad social; no es suficiente definirla solo como un procedi-

miento en el que se respeta la voluntad general, ya que la democracia exige también un principio de defensa contra la arbitrariedad del poder, tanto estatal como económico. En tal sentido ya no es suficiente, como hace Bobbio, preguntarse ¿quién vota? y ¿dónde vota?, sino también ¿en qué condiciones se vota?, dado que no es lo mismo votar estando enfermo, hambriento y siendo analfabeta, que votar en condiciones favorables. Por tanto, *tomar en serio* los derechos fundamentales como están proclamados en nuestras constituciones y en los instrumentos internacionales implica también democratizar la riqueza y el bienestar, siendo ineludible la implementación de políticas públicas para que la democratización de la sociedad se inicie en la experiencia cotidiana de la gente mediante el acceso a los medios indispensables para la promoción de su dignidad y, de este modo, lograr su participación real en las decisiones trascendentales de un país.

Sin duda, Ferrajoli aporta un instrumental teórico fundamental para alcanzar en la práctica los modelos de poder y de sociedad, vinculados y limitados por los derechos fundamentales que están establecidos en nuestras constituciones, y que son indispensables para la garantía de la paz y la convivencia civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Editorial Trotta, Madrid, 2ª ed., 2004.
- ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles en España, Madrid, 2004.
- _____, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», trad. de Alfonso García Figuerola, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2ª ed., 2005.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales (1985), Madrid, 1993.
- _____, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Presentación y trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- ARANGO, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- ASÍS ROIG, Rafael de, «Democracia, constitución y derechos» en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, REAL ALCALÁ, J. Alberto y RUIZ R., Ramón (Eds.), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002.

- ATRIA, Fernando, «¿Existen derechos sociales?» en *Discusiones*, núm. 4, 2004.
- BACCELLI, Luca, «Derechos sin fundamento», en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- BALDASARRE, Antonio, *Los Derechos Sociales*, trad. de Santiago Perea Latorre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, junio de 2001.
- BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M., *El Movimiento de los Sin Tierra en Brasil. Propiedad o alteridad, dilema de los derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996.
- _____, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- _____, *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- _____, «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.
- _____, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de Francisco J. Batisda, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- _____, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y trad. de Rafael Agapito Serrano, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

- BOVERO, Michelangelo, «Democracia y derechos fundamentales», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, México, abril de 2002.
- _____, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta», en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- CAPELLA, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, Editorial Trotta, Madrid, 2ª ed., 1993.
- CARAZO, Rodrigo Alberto, «Los DESC», en AA. VV., *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999.
- CARBONELL, Miguel, «Breves reflexiones sobre los Derechos Sociales», en GUTIÉRREZ, Juan Carlos (Coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/SRE, México, diciembre de 2005.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los Derechos Sociales*. Publicaciones CEJIL, San José, Costa Rica, 2004.

- COLLIER, David y LEVITSKY, Steve «Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research», en *World Politics*, núm. 3, vol. 49, abril de 1997.
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J., *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- COURTIS, Christian, *Derechos sociales ambientales y relaciones entre particulares*. Nuevos horizontes, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, «Derechos Sociales: Clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual», en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (Coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y Materiales*, Editorial Porrúa, Universidad Iberoamericana, México, 2004.
- _____, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, prólogo de Manuel Atienza, Fontamara, México, 2004.
- _____, «Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- DAHL, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, Editorial Paidós, Barcelona, 1992.
- _____, *La democracia económica. Una aproximación*, prólogo de Miquel Caminal, trad. de Mireia Bofia, Editorial Hacer, Barcelona, 2002.
- DAHRENDORF, Ralf, *Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito*, Editorial Crítica, Barcelona, 2002.
- DÍAZ, Elías, «Estado de Derecho y Democracia», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núms. 19-20, Universidad de Extremadura, 2001-2002.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- _____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, et al., Editorial Trotta (1995), Madrid, 6ª ed., 2004.
- _____, «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- _____, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- _____, *Epistemología jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2004.
- _____, «Expectativas y garantías: primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho», trad. de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 20, Alicante, 1997.
- _____, «Garantías», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 38, Madrid, 2000.
- _____, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- _____, «Jurisdicción y democracia», trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 29, Madrid, julio 1997.
- _____, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

- _____, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- _____, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- _____, «Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 19, México, 2003.
- _____, «Sobre los derechos fundamentales», trad. de Miguel Carbonell, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídica-UNAM, núm. 15, México, julio-diciembre 2006.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, «Democracia mínima y tránsito al socialismo en Bobbio», en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 36, Madrid, noviembre 1999, pp. 33-39.
- _____, *Derechos sociales e igualdad*, (inédito).
- _____, «Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores», en PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio (Dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo II, volumen III, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2001.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La teoría general del garantismo», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín, «Metodología “Fuzzy” y “Camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales», trad. de Francisco Astudillo, en *Derechos y Libertades*, núm. 6, Año III, Madrid, febrero 1998.
- GUASTINI, Riccardo, «Derechos: una contribución analítica (Draft)», en SAUCA CANO, José María (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1994.
- _____, «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano», trad. de José María Lujambio, CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2ª ed., 2005.
- _____, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», trad. de Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- _____, «Tres problemas para Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- GREPPI, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- _____, «Democracia como valor, como ideal y como método», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Introducción y trad. sobre la 4ª ed. revisada de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- HAYEK, Friedrich A., *Los Fundamentos de la Libertad*, trad. de José Vicente Torrente, Unión Editorial, Madrid, 7ª ed., 2006.
- _____, *Camino de Servidumbre*, trad. de José Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- _____, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006.
- HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1991.
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, Nueva York-Londres, 1999.
- JORI, Mario, «Ferrajoli sobre los derechos», en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 11ª ed., 2000.
- _____, *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 15ª ed., imp. 1983.
- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*, Editorial Trotta, Madrid.

- LORA, Pablo de, «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- LUCAS, Javier de, «Reconocimiento, inclusión y ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes», en AÑÓN ROIG, María José, *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MACPHERSON, C. B., *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. de Juan Ramón Capella, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- MARTÍ MÁRMOL, José Luis, «El fundamento de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- MEJÍA R., Joaquín A., *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito convencional de la ONU*, Editorial Casa San Ignacio, Tegucigalpa, 2011.
- _____, «Tratados de libre comercio y derechos humanos: Un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año IV, núm. 5, San José, Costa Rica, diciembre de 2009.
- MORA MOLINA, Juan Jesús, *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de filosofía del derecho sobre la frágil relación entre la democracia, la constitución y el estudio del derecho*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004.

- Naranjo de la Cruz, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974.
- PALOMBELLA, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. de José Calvo González y Crisitina Monereo Atienza, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- _____, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de José Calvo González, Editorial Comares, Granada, 2002.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III, Madrid, 1999.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, prólogo de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 9ª ed., 2005.
- PETRISSANS AGUILAR, Ricardo, *América Latina: la Sociedad Sitiada. Los costos humanos, políticos y económicos de la violencia*, Instituto Latinoamericano de Análisis del Conflicto, Montevideo, 2005.
- PINTORE, Anna, «Derechos insaciables», en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

- PISARELLO, Gerardo, «Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional. Por una protección compleja de los Derechos Sociales», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, México, octubre de 2001.
- _____, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- _____, «Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)», en *Sistema*, núm. 144, Madrid, 1998.
- _____, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.
- POZZOLO, Susanna, «Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, constitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002.
- _____, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián, «Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli», en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002.

- SARTORI, Giovanni, *La democracia después del comunismo*, trad. de María Luz Morán Calvo-Sotelo, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- _____, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Taurus, Madrid, 2003.
- SEN, Amartya, «Hambre, prensa y democracia», trad. de Marta Vasallo, en *Diario El Clarín*, Buenos Aires, 18 de octubre de 1998. Accesible en <http://www.clarin.com/suplementos/economico/98-10-18/o-02002e.htm>
- SOLANES CORELLA, Ángeles, «El acceso a los derechos sociales por parte de los inmigrantes: la vivienda», en AÑÓN ROIG, María José, *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Volumen I. *Para un nuevo sentido común: La ciencia, el Derecho y la política en la transición paradigmática*, Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.
- SQUIRES, John, et al., (Eds.), *The road to a remedy. Current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Australian Human Rights Centre/The University of New South Wales/Centre on Housing Rights and Evictions, Australia, 2005.
- TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Mauro Armiño, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1994.
- VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- _____, «Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada», en *Seminario de Filosofía del Derecho*, Sesión N° 7, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 22 de mayo de 2000.
- VITALE, Ermanno, «¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- ZAPATA-BARRERO, Ricard, «La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos», en AÑÓN ROIG, María José, *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ZOLO, Danilo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

Impreso en los talleres de
Editorial Guaymuras,
Tegucigalpa, Honduras,
en el mes de febrero de 2012.
Su tiraje es de 500 ejemplares.

A pesar de los avances en el reconocimiento constitucional y convencional de los derechos sociales, es innegable que, en muchas partes del mundo, la sola existencia y reconocimiento de todos los derechos fundamentales, como derechos exigibles, no es una garantía de su respeto y realización.

Muchos autores, desde diversas escuelas y perspectivas, han contribuido a la ya extensa bibliografía sobre los derechos sociales. Sin embargo, en este trabajo, el autor ha decidido analizar el pensamiento del jurista italiano Luigi Ferrajoli (Florencia, 1940), uno de los autores contemporáneos más importantes del mundo jurídico que, en sus propuestas, trata de encontrar un equilibrio entre lo teórico y lo práctico, entre la normatividad y la efectividad, elementos esenciales para que el derecho siga siendo un instrumento de transformación social.

Como bien señala el Dr. Ricardo García Manrique en el prólogo, "La gran potencia teórica de las tesis ferrajolianas y el gran impacto que han alcanzado, sobre todo en el ámbito hispano, aconsejaban un trabajo de estas características, en el que, sin perjuicio de la adhesión del autor a lo esencial de dichas tesis, no falta una mirada crítica ni un repaso a las reacciones nada complacientes que han suscitado en más de una ocasión, y que han dado lugar a discusiones abordadas aquí con agudeza y objetividad...".

editorial casa
San ignacio

ISBN: 978-99926-739-1-1



9 789992 673911