



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MAESTRÍA EN FILOSOFÍA

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS

**DEMOCRACIA Y GLOBALIZACIÓN: LA ANTINOMIA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES Y CIUDADANÍA EN LA PROPUESTA DE
DEMOCRACIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI.**

TESIS

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA**

PRESENTA:

DAVID NARVÁEZ VALENCIA

TUTOR:

DRA. CORINA DE YTURBE CALVO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS UNAM

MÉXICO D.F., OCTUBRE DE 2014.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN		1
CAPÍTULO UNO	INTRODUCCIÓN	5
1.1.	DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES	5
1.2.	LA PROPUESTA DE DEMOCRACIA DE LUIGI FERRAJOLI	11
CAPÍTULO DOS	EL DERECHO EN LUIGI FERRAJOLI	17
2.1.	LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DE LUIGI FERRAJOLI	17
2.2.	EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI	25
2.3.	DERECHOS FUNDAMENTALES Y CIUDADANÍA EN LUIGI FERRAJOLI	36
CAPÍTULO TRES	GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES	45
3.1.	DERECHOS FUNDAMENTALES Y GLOBALIZACIÓN	45
3.2.	LA PROPUESTA DE FERRAJOLI DE UNA ESFERA PÚBLICA MUNDIAL	63
CONCLUSIONES		80
BIBLIOGRAFÍA		84

Dedicatoria:

A Pina porque alguna vez fui parte de su arcoíris, por ser mi pareja de vida, y por muchas, muchas otras cosas más. A mis hijos Jar y Cety, a mis herman@s. A quienes estuvieron: Ana Valencia M., Juan Narváez S., Irma, Polo, Don Guay y Doña Pina, a BBSaeta. A mis sobrin@s, a BBIktan y Liz, a BBHelena, a mis alumn@s.

Agradecimientos:

A mi tutora de tesis la Dra. Corina De Yturbe Calvo por su invaluable apoyo, a mis lectores de tesis: Dra Amalia Amaya, Dr. Cesáreo Morales, Dr. Enrique Serrano, Dr. Juan Antonio Cruz Parceró, a todos ellos por su paciencia y destacadas opiniones. A mis profesores de la Maestría de cuyas clases aprendí que es más lo que ignoro que lo que se, además a la UNAM por el apoyo recibido a través del programa PAEP (Programa de Apoyo a los estudios del Posgrado).

INTRODUCCIÓN

Tienen la fuerza, podrán avasallarnos, pero no se detienen los procesos sociales ni con el crimen ni con la fuerza.
La historia es nuestra y la hacen los pueblos.
Salvador Allende.

Históricamente los derechos fundamentales aparecen en las constituciones escritas como una aspiración o ideal a cumplirse reconociéndose una importante función de éstos a partir de diferentes momentos: en un primer momento fueron los derechos civiles y de libertad que pusieron freno al absolutismo, más tarde, los derechos económicos, sociales y culturales que permitieron transitar de un estado liberal a un estado social, en tercer lugar asistimos al surgimiento del estado constitucional como el referente histórico en donde podemos ubicar de forma general el origen de la teoría garantista del jurista y filósofo del derecho italiano Luigi Ferrajoli. (n. Florencia, 6 de agosto de 1940).

El centro de gravedad de dicha teoría lo constituyen los derechos fundamentales a partir del papel que históricamente han jugado y que ha consistido en intentar ser una limitación a los abusos del poder público. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se han firmado diferentes tratados, como por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en un intento de protección de los derechos humanos a nivel mundial; o la celebración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que especifica las normas de *ius cogens*, las cuales pretenden amparar a los intereses colectivos fundamentales de todo el grupo social, en sus artículos 53, 64, y 66.

Normalmente se entiende que las normas de *ius cogens* son de Derecho internacional general y que no existen normas imperativas regionales, el reconocimiento de las normas de *ius cogens* implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, (jerarquía inexistente en épocas anteriores),

además las normas de *ius cogens* permiten reconocer la existencia de un consenso mínimo sobre derechos fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados.

Dentro de dichas normas relacionadas con los derechos fundamentales como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, encontramos sin embargo que, estas garantías de los derechos fundamentales reconocidos por el sistema constitucional y por los instrumentos internacionales de derechos humanos, actualmente han demostrado ser obsoletas puesto que no se llevan a la práctica; esto a partir de la inexistencia de un poder con carácter vinculante o coercitivo que implique la obligatoriedad del cumplimiento de los mismos y por el desequilibrio entre los países que son parte de los tratados internacionales como los mencionados líneas arriba.

Aunado a lo anterior, desde fines del siglo XX se verifica a nivel mundial una irreversible tendencia a la integración política, económica, social y también jurídica en los estados que conforman la comunidad internacional; no obstante ello, las graves desigualdades sociales que esta integración trae consigo nos obliga a pensar en la necesidad de nuevos esquemas institucionales y normativos que aminoren tal situación.

Ante tal panorama, cobra relevancia la propuesta de teoría democrática de Luigi Ferrajoli, conocida como garantismo (y dentro de ella la fundamentación que este autor hace de los derechos fundamentales) donde la función de los derechos fundamentales cobra importancia al encontrarnos frente un escenario en el que no existen garantías suficientes que limiten el poder en el ámbito internacional, situación que trae consigo un persistente abuso de poder de los países centrales hacia los países periféricos.

Siendo para Ferrajoli la propuesta del estado de derecho garantista la opción que limitaría el abuso de poder, ya que ésta implica una reelaboración en

dos direcciones: por una parte la teoría de derecho y por otra la filosofía política, mismas que vayan acorde con las exigencias de las sociedades actuales. Y es esta segunda dirección la que orientara el desarrollo de este trabajo.

La hipótesis que sustenta esta investigación estará orientada a resaltar cuales son las bases para poder hablar de la existencia de la antinomia entre ciudadanía y derechos fundamentales. Dada la importancia de estos últimos como parte de la formación de un nuevo imaginario político-democrático llamado Teoría garantista, en la que Ferrajoli señala que la ciudadanía constituye un obstáculo para la realización de los derechos fundamentales; puesto que ésta representa “el último privilegio del status, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.”¹

El tema de esta tesis atiende, desde la perspectiva teórica, sólo algunas de las cuestiones relacionadas con el amplio espectro de problemas que conlleva la teoría garantista ferrajoliana como paradigma de la democracia constitucional en proceso de formación.

Para desarrollar dicho tema, en el capítulo uno será necesario explicar el marco histórico y conceptual de donde surge el modelo actual de democracia, mostrando algunas características del modelo contractualista por ser éste el antecedente directo de la democracia en la filosofía política.

En el siguiente capítulo se analizará la teoría general del derecho de Luigi Ferrajoli como paso previo para abordar su propuesta de modelo garantista, en esta parte se verá entre otras cosas, la definición de democracia formal y

¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 116-117.

democracia sustancial, para mostrar cómo esta última adquiere relevancia al incorporar el elemento sustancial que obliga a los poderes públicos a respetar los contenidos impuestos por los derechos fundamentales, lo cual nos permitirá exponer como estos se vuelven antagónicos con la cuestión de la ciudadanía.

En el tercer capítulo, se abordará el pensamiento de Ferrajoli respecto a los derechos fundamentales y globalización, para elucidar los peligros de la globalización en relación a la crisis de la democracia y el estado de derecho en las cuatro dimensiones de la democracia constitucional: la crisis de la democracia política, civil, liberal y de los derechos sociales, como paso previo a la exposición de la propuesta de una esfera pública mundial de dicho autor.

Considerando que estos tres capítulos puedan aportar elementos suficientes para mostrar la antinomia entre derechos fundamentales y ciudadanía -objeto de la presente investigación-, finalizamos el trabajo con unas breves conclusiones en torno a la propuesta de Luigi Ferrajoli.

Capítulo Uno

INTRODUCCIÓN

1.1. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

EL MODELO CONTRACTUALISTA

El propósito de este capítulo será rastrear en primer lugar, algunos de los antecedentes que dieron origen a la democracia en la filosofía política de la modernidad como un paso previo para más adelante, contextualizar la propuesta de democracia de Luigi Ferrajoli.

Para ello se comenzará identificando de manera general, algunas de las características del modelo contractualista de acuerdo a las propuestas de algunos de sus autores. Las variaciones y diferencias que se darán en las propuestas de los diferentes autores que proponen éste modelo vendrán dadas a partir de cómo plantean la situación inicial es decir el “estado de naturaleza”.

Thomas Hobbes (Inglaterra 1588-1679) comienza por caracterizar el estado de naturaleza como un estado en el que todos los hombres son aproximadamente iguales, y por ende, ninguno estará dispuesto a someterse a otro, lo que provocará que aparezca el conflicto a partir de la búsqueda de cada uno de su gloria y superioridad por encima de la del otro.

Además continua con su argumentación diciendo que por naturaleza todos los hombres tienen derecho a la autoconservación y al no haber una ley aceptada por todos, cada uno viene a ser su propio juez en cuanto a los medios que le sean necesarios para tal fin y ante la carencia de un poder común, deviene un estado de guerra de todos contra todos que solo será resuelta en el momento en que los individuos decidan celebrar un pacto que implica renunciar a los derechos existentes en el estado de naturaleza transfiriéndolos a un soberano. Dicha propuesta de pacto es enunciada en su obra *Leviatán*:

Yo autorizo y cedo a este hombre, o a esta asamblea de hombres, mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que tú le cedas tu derecho y autorices todas sus acciones de manera similar. Hecho esto, la multitud así unida en una persona es denominada estado, en latín *civitas*. Es esta la generación de ese gran *Leviatán*, o más bien –por expresar mayor reverencia– ese Dios mortal, a quien debemos bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa.”²

Sustituyendo por este pacto la ley natural por una ley civil que no limita al soberano, estando éste por encima de ella como *legibus solutus*, cuyo poder queda justificado como la condición que posibilita superar el estado de naturaleza que implica la guerra de todos contra todos trayendo inseguridad y muerte. Configurándose el poder estatal como ese leviatán o autoridad (el monarca o el soberano), al que los súbditos le transfieren voluntariamente su derecho de autogobernarse para que ésta actúe en su defensa y en su nombre dándose una relación súbdito-soberano.

El anterior esquema cambiará con la propuesta de John Locke (Inglaterra 1632-1704), considerado como el fundador del contractualismo liberal, por el énfasis que hará en la protección de los derechos naturales frente al poder del estado, así como el constructo que hace alrededor del concepto de propiedad como un derecho que el estado se encuentra obligado a proteger. “Uno de los significados fundamentales del liberalismo consiste, pues, a partir de la convicción de que el hombre debe ser libre, en el rechazo de todo aquello mediante lo cual una autoridad exterior, cualquiera que sea su origen o su finalidad, pretenda paralizar o impedir las determinaciones individuales”.³

A diferencia de Hobbes, Locke plantea que la figura de un gobierno no involucra la transferencia de todos los derechos de los súbditos al soberano, lo cual quedó condensado para la posteridad en la afirmación que hace en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, acerca de que tal cesión de derechos sería equivalente a pensar que los hombres son tan estúpidos que para evitar los

² Thomas Hobbes, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 167.

³ Corina Yturbe, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, UNAM, México, 2007, p. 156.

daños de los zorros y los gatos monteses preferirían esconderse en la jaula de los leones.

Para fundamentar su planteamiento recurre al esquema contractualista que parte de un estado de naturaleza, que lleva al pacto civil o político: el contractualismo lockeano, sostiene la existencia de derechos naturales de los hombres (vida, libertad, propiedad) antes de que estos vivieran en sociedad, y en tal estado de naturaleza disfrutaban libremente de esos derechos. Las diferencias surgieron cuando se comenzó a dar un aumento en la producción de bienes, lo cual trajo consigo una serie de desigualdades económicas provocando un conflicto de intereses, y como en tal estado de naturaleza no existe un poder que castigue a quien infrinja la ley natural, cualquiera tiene el derecho y el deber de castigar al infractor.

Y puesto que en el momento en que alguien quiere someter a otro podría traer como consecuencia pasar del estado de naturaleza al estado de guerra (aquí otra diferencia con Hobbes, quien no distingue entre estado de naturaleza y estado de guerra, haciéndolos equivalentes), ante ello los individuos se encontraron orillados a limitar su libertad a través de un pacto o contrato de no agresión, viéndose también en la necesidad de elegir una autoridad que legislara y protegiera su vida, propiedad y libertad.

A partir de tal asociación, Locke plantea que los hombres habrían podido superar el estado de naturaleza para fundar un poder soberano y un juez común que estaría en condición de resolver el conflicto, surgiendo la figura del estado como sociedad política que se encargará, como ya se dijo, de salvaguardar los derechos que los individuos.

Así como encontramos diferencias entre la propuesta contractualista de Hobbes y Locke, habremos de encontrar diferencias en el contractualismo de Rousseau (1712-1778) respecto a los dos anteriores, puesto que éste se muestra escéptico en relación a la afirmación de igualdad de todos los hombres en un estado de naturaleza de los dos primeros autores preguntándose luego: ¿cómo

fue posible que la supuesta igualdad de los hombres en un estado de naturaleza pudiese devenir en estructuras de dominio y opresión en una sociedad civil moderna?

En su obra *El contrato social* afirma: “*el hombre nace libre, pero en todas partes se encuentra encadenado*”, que lo lleva a denunciar la existencia de mecanismos de dominio social que es necesario analizar. Y para explicar la génesis predominio y aceptación de esta desigualdad por parte de los mismos oprimidos se avocará en primera instancia su teoría.

A diferencia de Hobbes, que parte de un estado de naturaleza como un estado de maldad y guerra de todos contra todos, Rousseau afirma que el hombre es bueno en el estado de naturaleza y es la sociedad la que propicia su degeneración. Con respecto a Locke, critica su afirmación de proponer al concepto de propiedad como el centro a partir del cual se da el paso del estado de naturaleza al estado civil, puesto que como en Hobbes y su estado de maldad ambos conceptos (propiedad y maldad) pertenecen no a un estado de naturaleza sino que son características de la civilización de su tiempo.

Por lo anterior, Rousseau se ve en la necesidad de reconstruir la propuesta contractualista caracterizando al estado de naturaleza como “el más favorable para la paz, el más conveniente para el género humano”.⁴ Siendo el paso al estado civil algo totalmente fortuito que pudo darse o no haberse dado.

Aunado a lo anterior, el evento que detona la desigualdad y opresión característica de la sociedad civil, lo atribuye Rousseau a la cuestión de la propiedad puesto que:

El primero al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir “Esto es mío”, y encontró personas lo suficientemente ingenuas como para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Cuántos crímenes, cuántas guerras, cuántos asesinatos, cuántas miserias y cuántos horrores habría

⁴ Jean-Jaques Rousseau, *Scritti politici*, traducción italiana, Roma-Bari: Laterza, 1994, vol. I, pág. 44. En Stefano Petrucciani, *Modelos de filosofía política*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2008, p. 113.

ahorrado al género humano quien, arrancando las estacas o rellenando la zanja, hubiese gritado a sus semejantes: “Guardaos de escuchar a este impostor. Si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie, estáis perdidos”.⁵

A partir de ésta cita, podemos identificar la distancia existente entre el discurso rousseaniano y el lockeano, en lo referente a como ambos entienden el concepto de propiedad y el papel que ésta juega en la argumentación contractualista respectiva. Rousseau continúa su argumentación al afirmar que en el momento en que el hombre abandona su estado de naturaleza solitaria y empieza poco a poco a establecer relaciones sociales más complejas se empieza a gestar la desigualdad.

En coincidencia con Locke afirma que la propiedad surge del trabajo, pero el problema está en que al existir diferencias en cuanto a la fuerza, capacidad y talento de los hombres junto con el desarrollo de las habilidades técnicas en campos como el de la agricultura, la sociedad se empieza a dividir en aquellos que son amos y mandan y en aquellos que son siervos y obedecen.

La proliferación de la desigualdad, la polarización de la riqueza y la pobreza, la imposibilidad, a partir de cierto momento, de legitimar la propiedad siquiera mediante un remoto origen en el trabajo, arrojan a la sociedad aún carente de organización política a una condición de conflicto y de desorden: aquí y no en el estado de naturaleza, se produce el verdadero estado de guerra. De él salieron los hombres dice Rousseau mediante un pacto político que los ricos propusieron a los pobres, y que fue <<el proyecto más perspicaz jamás ideado por el hombre>>: unámonos, propusieron los ricos a los pobres, bajo un poder político común que asegure a todos las garantías de la ley y así proteja a los débiles de los abusos y de la violencia, al tiempo que garantice a los ricos el seguro disfrute de sus propiedades.⁶

Ante este panorama a todas luces negativo e injusto para Rousseau, quien considera que dicho pacto fue más producto del engaño y la ambición que de la

⁵ *Ibid.*, p. 114.

⁶ Stefano Petrucciani, *Modelos de filosofía política*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2008, p. 116.

aceptación tácita e ingenua de los pobres, el ginebrino propone un pacto más justo y racional en su obra el *Contrato social*, asumiendo que el orden social no viene dado de manera natural sino que es un orden artificial producto del acuerdo entre hombres libres e iguales con objeto de que mediante este se pueda “hallar una forma asociación que proteja y defienda, con toda la fuerza común, a la persona y los bienes de cada asociado, y mediante la cual cada uno, no obstante unirse a todos, no obedece sino a sí mismo y permanece tan libre como antes”.⁷

Será entonces, que por medio de la voluntad general como poder soberano y fundamento de todo poder político, que el hombre podrá aproximarse a la libertad e igualdad que gozaba en el estado de naturaleza, ya que: “el estado social beneficia a los hombres sólo si todos poseen algo y ninguno de ellos tiene demasiado”.⁸

En síntesis, la importancia del paradigma del contrato propuesto por los autores enunciados, sirve para aclarar que la relevancia de este modelo no reside en su pretendida intención de reconstruir y explicar el origen del estado político, sino que su fuerza e importancia viene dada porque acertadamente intenta explicar en qué radica la legitimidad del estado que se asume como tal. “La idea contractualista, en suma, no expresa una verdad histórica, sino una cuestión contrafáctica; la pregunta a la que responde no es cómo fueron las cosas, sino cómo debería estar organizado un orden político legítimo”.⁹

⁷ *Contratto sociale, op. cit.*, pág. 93. En: Stefano Petrucciani, *Modelos de filosofía política*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2008, p. 116.

⁸ *Ibid.*, pág. 120.

⁹ Stefano Petrucciani, *Modelos de filosofía política*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2008, p. 88.

1.2. LA PROPUESTA DE DEMOCRACIA DE LUIGI FERRAJOLI

Desde la perspectiva de la filosofía política, la propuesta de democracia de Luigi Ferrajoli, retoma lo mejor del modelo contractualista que fundó y dio origen al Estado constitucional de derecho actual que tiene entre sus bases la separación de poderes, y el reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales.

Desde este punto de vista, podemos decir que el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En un doble sentido. En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil...Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y la vez como *causa* precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.¹⁰

Históricamente la democracia constitucionalista ha tenido como objeto limitar el poder a partir del desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales, ya que estos: “a) sirven para proteger ciertos bienes de forma incondicional y b) delimitan la materia sobre la cual puede incidir la mayoría democrática, por ello el modelo de democracia constitucional se erige como el más apto para fungir como garante frente al poder político y al mismo tiempo garantiza la libertad de las decisiones éticas de los individuos.”¹¹

El planteamiento anterior muestra la relación y relevancia del tema de la democracia y los derechos fundamentales, no sólo en el área académica y filosófico-jurídica, sino en la vida cotidiana en donde el conflicto lo encontramos a

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 38.

¹¹ Cfr. Susanna Pozzollo, “Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *garantismo estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta IJ UNAM, 2009, pp. 406-407.

la vuelta de la esquina en las diferentes regiones y países del mundo. En principio, podemos decir que la propuesta de democracia de Luigi Ferrajoli va en contra de concebirla como democracia *formal*, ya que desde esta perspectiva existe un consenso generalizado sobre la definición contemporánea de democracia, como “un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*.”¹²

Para Ferrajoli la anterior definición de democracia es insuficiente, puesto que carece del aspecto *sustancial* que le otorgue contenido, y para mostrar tal insuficiencia proporciona cuatro razones vinculadas a sus correspondientes aporías, es decir, contradicciones o paradojas irresolubles que justifican la inclusión del aspecto sustancial o de contenido en la definición de la democracia que propone.

La primera razón plantea que una definición de democracia que solo haga referencia a los rasgos formales e identifique a esta como poder popular absoluto, carece del aspecto empírico y por ende de capacidad explicativa que rebasa el carácter constitucional de las actuales democracias, además el poder ilimitado del pueblo se vuelve un sinsentido, puesto que en una democracia constitucional no se admite que existan poderes que no estén sujetos a la ley, aun y cuando se trate o se refiera al poder legislativo, ya que el carácter constitucional hace referencia también a la sustancia del ejercicio del poder, que exige la garantía de los derechos fundamentales por encima siempre de la omnipotencia de la mayoría.

La segunda razón se refiere a la debilidad teórica de una definición de democracia solamente formal que aspire a ser consecuente con ella misma, porque está históricamente demostrado que una democracia que aspire a permanecer como tal, requiere de algún límite sustancial, puesto que siempre es posible que utilizando métodos democráticos se supriman estos mismos (el nazismo es prueba de ello), ya que a partir del criterio de mayoría se pueden suprimir los derechos políticos, la división de poderes, etc.

¹² Norberto Bobbio, El futuro de la democracia, F.C.E., México, 2003, p. 14.

La tercera razón apela a la unión inseparable (que la noción de democracia formal pasa por alto) entre la soberanía popular y las dos clases de derechos fundamentales que Ferrajoli llama “primarios o sustanciales”, es decir, la relación entre democracia política y derechos de libertad, puesto que una voluntad popular sólo se puede expresar de manera *auténtica* si lo hace *libremente*; y ello es así si está garantizado, entre otras cosas, el derecho al voto, las libertades fundamentales entre las cuales podemos mencionar: libertad de pensamiento, de prensa, de reunión, asociación, etcétera, que lleva al autor a concluir que no hay soberanía popular ni democracia sin derechos de libertad individuales.

La cuarta razón que fundamenta la insuficiencia de un concepto de democracia puramente formal, se refiere a una aporía filosófico-política puesto que al definir a la democracia como <autonomía>, <autogobierno> o <auto-determinación popular>, que lleva a identificar <pueblo> con una libertad positiva de no sujeción a ningún límite fuera de él mismo, se hace patente la contradicción cuando se reconoce que el pueblo es un sujeto colectivo que toma decisiones por mayoría o en una democracia representativa solo sobre la elección de quien lo represente. Desde la perspectiva de la democracia constitucional, ninguna mayoría puede decidir sobre lo que no le pertenece; es decir, sobre los derechos fundamentales que pertenecen a todos y cada uno de sus miembros.

A partir de las cuatro aporías anteriores, Ferrajoli afirma que la definición de soberanía de Bodin como *potestas legibus solutus*, entra en contradicción con la definición de democracia y más aun de democracia constitucional, puesto que ésta es incompatible con cualquier tipo de poder absoluto incluyendo al pueblo como mayoría o a los representantes de éste, dado que, la propuesta de democracia constitucional de Ferrajoli hace referencia a un criterio de no exclusión:

Por el contrario, el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales está no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación [...], sino en que se pacta en él la no exclusión de ninguno. La no exclusión, en suma, no se refiere a la esfera de los contratantes, inevitablemente limitada a una asamblea más o menos representativa, o incluso, a un número restringido de constituyentes más o menos iluminados,

sino más bien a las cláusulas del pacto. No se refiere a la forma o a los sujetos del contrato, sino a sus contenidos.¹³

Sin embargo, propone que puede haber dos significados de <soberanía popular> compatibles con la democracia, en el primer caso el significado sería aquel que hiciera referencia literalmente al pueblo entero, que vendría siendo una especie de principio de legitimación en negativo de la democracia política, siguiendo a Rousseau cuando éste afirma en *el contrato social* que: “la soberanía no puede ser representada por la misma razón por la que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: o es ella misma, o es otra; no hay término medio”.¹⁴

En el segundo caso, el significado de <soberanía popular> acorde con la democracia constitutiva es el vínculo de tal término con los derechos fundamentales:

En este segundo sentido la fórmula <<soberanía pertenece al pueblo>> quiere decir que pertenece al conjunto de ciudadanos, es decir, de todas las personas de las que el pueblo se compone: pertenece, en una palabra, a todos y a cada ciudadano en cuanto equivale a la suma de aquellos poderes y contrapoderes –los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales- que son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.¹⁵

Así pues, en el modelo de democracia de Ferrajoli los derechos fundamentales son entendidos como el conjunto de derechos que cumplen con poner un coto al poder y se erigen como su sustancia democrática, puesto que hacen referencia al pueblo entendido como todos y cada uno de sus miembros de carne y hueso, y su violación lesiona a estos al mismo tiempo que a la soberanía popular: “Este es, en efecto, el sentido del famoso artículo 34 de la Declaración que antecede a la Constitución del 24 de junio de 1793: <<hay opresión contra el

¹³ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 369.

¹⁴ J.J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. III, cap. XV, p. 98.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 14.

cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cualquier miembro cuando el cuerpo social es oprimido>>.”¹⁶

Para mostrar en qué fundamenta su propuesta de democracia y estado de derecho, Ferrajoli sostiene que el aspecto formal de la democracia requiere ser complementado con una dimensión sustancial, puesto que, en lo que respecta a las reglas que forman parte de la *democracia formal* y que tienen como función regular los medios y las formas de las decisiones sin aludir a los fines, éstas hacen referencia a los derechos *secundarios, instrumentales o de autonomía*, ya sean estos individuales o colectivos; es decir, atribuyen una validez formal jurídica.

En cambio las reglas de la *democracia sustancial*, ponen límites y vínculos en lo que respecta a la autodeterminación individual y colectiva, atribuyendo *derechos primarios, sustanciales* y expresan la *razón social* a la que el ordenamiento constitucional nos subordina, puesto que en un estado de derecho todos los poderes están sometidos a los derechos fundamentales que ese orden establece:

En el sentido de que se refieren a la <<sustancia>> de las decisiones tanto los límites fundamentales (D11.24) correspondientes a los derechos individuales, sean de libertad o de autonomía (el <<que no se debe decidir>>), como los vínculos fundamentales (D11.25) correspondientes a los derechos sociales (el <<que se debe decidir>>), unos y otros impuestos, según el modelo normativo de la democracia constitucional, tanto a los derechos-poder de la autonomía privada como a los representativos de la autonomía política, en garantía de intereses primarios y vitales de todos y cada uno.¹⁷

A partir del reconocimiento de cuatro clases de derechos fundamentales (políticos, civiles, de libertad y sociales a los cuales nos referiremos de manera más amplia más adelante) Ferrajoli propone un modelo de democracia que abarque estas cuatro tipologías, caracterizando a los dos primeros como secundarios y correspondientes a la *democracia formal*, los dos últimos

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibid., p. 21.

considerados primarios correspondientes a la *democracia sustancial*. Una vez establecido su modelo el autor resume su propuesta de la siguiente forma:

El nexo aquí establecido entre democracia y derecho se precisa así como nexo entre (dimensiones de la) democracia y (tipos de) derechos fundamentales. Es inconcebible una democracia sin derechos fundamentales. Al menos serán necesarios los derechos secundarios políticos, sin los cuales, se ha dicho, no cabe hablar de <<democracia>> en ningún sentido. Por otra parte, una democracia sin derechos primarios, en la que los derechos secundarios de la mayoría y/o del mercado fueran ilimitados y por ello omnipotentes, sería una democracia virtualmente totalitaria, en constante peligro de disolución.¹⁸

En síntesis, la propuesta de Ferrajoli de incorporar a la democracia formal la democracia sustancial para con ello poner límites al abuso del poder, es un modelo pluridimensional de democracia conocido como garantismo, el cual será abordado en otro capítulo.

¹⁸ Ibid., p. 25.

Capítulo dos

El derecho en Luigi Ferrajoli

2.1. LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO DE LUIGI FERRAJOLI

En este apartado enunciaremos de manera general algunas características de la teoría general del derecho que semánticamente es definida por Ferrajoli en su libro *Principia iuris* tomo I como: “Sistema de conceptos y enunciados diferenciado y autónomo respecto a las disciplinas jurídicas particulares (el <derecho civil>, el <derecho penal>, el <derecho procesal>, el <derecho público> de un ordenamiento dado), es un producto del siglo XX.”¹⁹ Puesto que guarda relación con la ciencia jurídica desde dos ángulos distintos: el primero, con las grandes sistematizaciones del derecho civil y el público, del siglo XIX que se elaboraron en Europa Continental, ya que, como afirma Zagrebelsky: “lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia... Sobre el fundamental principio de la soberanía ha sido construido el derecho público del Estado moderno de la Europa continental.”²⁰ Por otro lado existe una relación con la *jurisprudence* de los países de *common law* que inauguro John Austin:

John Austin es un autor ineludible para un intento de comprensión de la filosofía del derecho contemporánea, pues es el eslabón que vincula al utilitarismo inglés, al historicismo alemán y al racionalismo francés, con la posterior *escuela analítica del derecho* de Hart y la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen. La negación de la virtualidad jurídica de la ley natural y su particular concepción utilitarista se encuentran sistematizadas de manera acabada en esta obra de Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*).²¹

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia, 1. Teoría del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 3.

²⁰ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 9-11.

²¹ Carlos Alberto Gabriel Maino, *La ley natural en la taxonomía de John Austin, [en línea]*, Dirección URL: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/la_ley_nat_en_la_tax_d_las_ley_j_a.pdf, [consultada 04 de mayo 2014].

Por lo anterior, la propuesta de teoría del derecho de Ferrajoli, tiene como antecedente entre otros, la figura de Hans Kelsen, ya que gracias al trabajo de este, a fines del siglo XX, la teoría del derecho logró ostentarse como una disciplina autónoma y sistemática que busca identificar y analizar las estructuras formales que se encuentran a la base de los ordenamientos jurídicos, sin tomar en cuenta los valores que pudiesen traer aparejados ni sus contenidos concretos. Sus conjeturas metateóricas han sido aquellas que hacen referencia al derecho positivo y su composición a partir del nacimiento y evolución del estado de derecho liberal al constitucional: el principio de legalidad a partir del cual se reconoce y legitima el derecho, los límites y obligaciones contenidos en la constitución, la separación de poderes, la igualdad, la adjudicación a los seres humanos de una personalidad jurídica y titulares de derechos fundamentales entre otros.

Tomando en cuenta los cambios entre derecho y Estado, y el incremento de las desigualdades personales en los ámbitos económicos, sociales y políticos, acaecidas en las diferentes partes del mundo, los supuestos mencionados en el párrafo anterior han sufrido una serie de modificaciones.

Debido a ello, surge la necesidad de un espacio en donde la teoría de manera autónoma pueda replantear y redefinir las categorías jurídicas acordes con los cambios ocurridos, puesto que esto último es lo que permite darle vigencia al planteamiento ferrajoliano, que su mismo autor va a llamar teoría del derecho axiomatizada.

En primer lugar, resulta importante dilucidar “¿*En qué se basa?, ¿cómo se justifica?, y ¿cómo se construye?* una teoría semejante, diferente de las disciplinas jurídicas particulares en la medida en que se dirige no al estudio de los contenidos normativos de un ordenamiento jurídico dado, sino únicamente al análisis de las formas y estructuras del derecho positivo?”.²²

²² Ibid., p. 4.

La primera pregunta (¿en qué se basa?) se puede responder al analizar la semántica de la teoría, es decir, la vinculación existente entre el significado, sentido e interpretación de las expresiones utilizadas y su correspondencia con determinadas situaciones, “esto es, de las relaciones entre sus tesis y los fenómenos investigados y de la especificidad de su enfoque respecto al de la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía de la justicia.”²³ Puesto que la teoría del derecho no es una teoría filosófica, sino una teoría empírica en donde sus enunciados guardan una estrecha relación con ciertos fenómenos y experiencias del objeto llamado “derecho”, con las tesis formuladas en la teoría.

Ferrajoli señala que conceptos como: derechos fundamentales, igualdad jurídica, validez formal, garantías, sólo tienen validez para el derecho positivo moderno de las actuales democracias constitucionales, al ser conceptos corrientes de las teorías del derecho contemporáneas. Por ello será preferible aquella teoría del derecho que frente a otras y en igualdad de condiciones su capacidad de explicación y su alcance empírico sea mayor. Por ello la pretensión de que su teoría forme parte del derecho positivo moderno y, por ende, de las formas jurídicas de la democracia actual.

La segunda pregunta (¿cómo se justifica?) tiene que ver con su aspecto pragmático, es decir, a partir de establecer la relevancia y utilidad de la teoría en su interacción con las consecuencias prácticas que trae aparejadas.

Dependiendo entonces de los fines explicativos que el teórico persiga, será lo que determine la extensión que tenga la teoría del derecho puesto que “Los conceptos y postulados de la teoría son fruto de definiciones <<estipulativas>> o <<asunciones>>, es decir, de decisiones justificadas no por los usos lingüísticos del legislador, sino por las estrategias explicativas seguidas por el propio teórico.”²⁴ Lo anterior es señalado por Ferrajoli como el primer aspecto de la dimensión pragmática de la teoría del derecho.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibid., p. 20, 21.

El segundo aspecto de la dimensión pragmática de la teoría del derecho, es la que surge a raíz de las tres divergencias deónticas por los diferentes puntos de vista en que dicha teoría puede ser interpretada y los diferentes tipos de juicios acerca del derecho y la práctica jurídica:

Los juicios y valoraciones acerca del derecho positivo a cargo de la *filosofía política normativa*, desde el punto de vista axiológico externo de la *justicia*; el análisis y valoración de las leyes vigentes a cargo de las *disciplinas jurídicas positivas*, desde el punto de vista interno de la *validez*; las investigaciones y la valoración acerca de la práctica jurídica a cargo de la *sociología del derecho*, desde el punto de vista externo de la *efectividad*.²⁵

Respecto a la tercera pregunta (¿cómo se construye?) Ferrajoli, hace referencia a los pasos necesarios para la formación y puesta en marcha, de sus conceptos y enunciados que demande el método axiomático que dicho autor elaborará.

Para aclarar este aspecto, nos muestra la diferencia existente entre el lenguaje de la dogmática jurídica y el de la teoría del derecho, puesto que ambos pertenecen a niveles de discurso diferentes. El primero es considerado observacional al hacer referencia a normas y no a cosas o eventos, mientras que el segundo pertenece a un nivel teórico, ya que se construye en virtud de los distintos criterios con arreglo a los cuales están elaborados.

Así pues, los conceptos de la dogmática están contruidos a partir de la interpretación o análisis de los conceptos y enunciados legales. En tanto que, los conceptos y enunciados de la teoría del derecho están contruidos a través de la utilización de hipótesis, abstracciones, cuya característica es poder ser formalizadas y desarrolladas mediante el método axiomático; “En este sentido la teoría del derecho que aquí se elaborará es una teoría formal: formal en tanto que axiomatizada y axiomatizable en tanto que formal.”²⁶

Otra de las diferencias entre los dos anteriores lenguajes que reconoce Ferrajoli, es que los conceptos jurídicos de la dogmática son elaborados mediante

²⁵ Ibid., p. 24,25.

²⁶ Ibidem.

redefiniciones de proposiciones que tienen como fin el esclarecimiento del análisis lingüístico, el significado de las palabras que utiliza el legislador, para clarificar su sentido e identificar y sistematizar su alcance normativo.

En tanto que el lenguaje de la teoría del derecho, no tiene un referente directo en el lenguaje normativo, es un lenguaje construido por el teórico y por ello mismo susceptible de ser formalizado a partir de una sintaxis estricta y rigurosamente predeterminada. El método de la teoría del derecho se compone de los siguientes pasos:

a) La estipulación de una serie de reglas de formación y de transformación del lenguaje teórico; b) la estipulación, según las reglas de formación preestablecidas, de un número restringido de conceptos no definidos, llamados por ello <<conceptos primitivos>>, así como de proposiciones no derivadas de otras proposiciones de la teoría, llamadas por esa razón <<postulados>>; c) la definición, según las mismas reglas, del resto de los conceptos de la teoría por medio de los conceptos primitivos y/o de otros conceptos definidos a su vez con anterioridad; d) la derivación, según las reglas de transformación preestablecidas, del resto de las proposiciones de la teoría a partir de los postulados y/o de las definiciones y/o de otras proposiciones derivadas con anterioridad del mismo modo.²⁷

No obstante lo anterior, Ferrajoli añade que tanto el conjunto de los términos primitivos, como los postulados y las definiciones teóricas operan como una premisa abierta, en el sentido de que pueden ser modificados o ampliados en el caso de que la teoría así lo requiriera.

Además otra ventaja del método axiomático frente al lenguaje teórico ordinario de la ciencia jurídica (que es en extremo ambiguo a partir entre otras cosas de la imprecisión de sus términos), es que el primero constriñe el lenguaje a partir del manejo de reglas de formación y transformación por él mismo estipuladas, dándole una rigurosa coherencia a sus postulados y definiciones.

El tercer aspecto de la teoría del derecho que aborda Ferrajoli es el que tiene que ver con las personas y demás sujetos jurídicos, y ello porque tales

²⁷ Ibid., p. 48.

conceptos tienen una connotación bastante compleja en el lenguaje jurídico al incluir tanto a “personas físicas”, es decir, hombres y mujeres de carne y hueso, como a “personas jurídicas” al referirse a sociedades anónimas, fundaciones y cualquier ente público, por ende al ser catalogados como “personas” se les reconoce como posibles autores o como posibles titulares de situaciones; dicho reconocimiento les atribuye un “estatus jurídico”, entendido como:

Todo estatus que suponga una causa de la que es efecto así como una causa de la regla por la que cuando sea él mismo una regla viene predispuesto. Llamaré además *personalidad* al estatus jurídico en virtud del cual un sujeto es reconocido como idóneo para ser autor de actos o titular de situaciones, y *persona* a cualquier sujeto dotado de personalidad.²⁸

Respecto a esta última categoría, (persona) en el campo jurídico se pueden distinguir dos grandes distinciones: personas naturales y personas artificiales, las personas naturales son aquellas que existen sin necesidad de que el derecho las reconozca y anteceden a este, a diferencia de las personas artificiales, cuya existencia les viene dada a partir del reconocimiento jurídico que les da el derecho (como las sociedades), y en este mismo orden encontramos otra diferencia: las personas naturales tienen *capacidad de obrar* (entendida como el estatus jurídico a partir del cual un sujeto puede ser titular de situaciones), en tanto que las artificiales tienen *capacidad jurídica* (entendida como aquella que se refiere a todo sujeto dotado de capacidad jurídica).

“En suma, personas naturales y personas artificiales, seres humanos de carne y hueso y artificios jurídicos, representan figuras no sólo distintas sino contrapuestas, las primeras en cuanto autores, artífices o creadores de las segundas y las segundas en cuanto instrumentos, artificios o criaturas de las primeras.”²⁹

Tal oposición permite mostrar la relación entre las primeras que corresponde al poder constituyente y las segundas que se identifican con el poder constituido, en donde el término constituyente hace alusión a los sujetos naturales,

²⁸ Ibid., p. 325, 326.

²⁹ Ibid., p. 346.

preexistentes al derecho; siendo entonces, que dependiendo de la naturaleza política del sistema jurídico, se definirá quienes son los sujetos naturales titulares de situaciones constituyentes: puede ser un rey legislador, una aristocracia elitista o puede ser un sujeto jurídico colectivo formado por el conjunto de sujetos naturales que se someten al sistema jurídico constituido.

Ejemplo de este último sujeto jurídico colectivo, es el pueblo entendido como un sujeto colectivo, teniendo además, otro rasgo característico que es el estar formado por figuras subjetivas que comparten los sujetos que en su conjunto forman el pueblo:

Identificaré tales figuras, de un lado, con los intereses comunes y, de otro, con las figuras deónticas que igualmente comparten cuantos forman parte del pueblo...pueden ser prejurídicas y puramente deónticas, como sucede en la fase preconstituyente, o formalmente jurídicas como sucede una vez que el sistema jurídico ha sido constituido.³⁰

Dichas figuras atribuidas a todos los integrantes del *pueblo*, entendido éste como aquel sujeto colectivo formado por sujetos que comparten intereses comunes y además son titulares de las mismas modalidades constituyentes, tienen un significado prejurídico, pero también el concepto *pueblo* puede tener un significado jurídico, al ser identificado como todo sujeto colectivo cuyos integrantes (*ciudadanos*) comparten además de intereses comunes, la titularidad de las mismas expectativas constituidas que les son conferidas por reglas téticas (las reglas o normas téticas son definidas por Ferrajoli como aquellas que de forma directa regulan las situaciones expresadas por ellas mismas, como las normas del código penal), “Tales expectativas, igualmente y por tanto universalmente conferidas a todos, son lo que en su momento llamaré derechos fundamentales.”³¹

En la segunda acepción de pueblo Ferrajoli incluye como hemos visto, el concepto de *ciudadano* entendiendo por este: aquellas personas naturales pertenecientes a un determinado pueblo y por ende dotados de las mismas

³⁰ Ibid., p. 366.

³¹ Ibid., p. 367.

situaciones constituidas, asimismo, la *ciudadanía* vendría a ser el estatus jurídico del ciudadano, que de acuerdo a las leyes del ordenamiento en el cual se ubiquen tendrán características empíricas diferentes.

2.2. EL MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Para la mayoría de los autores del constitucionalismo moderno (Lassalle, Sieyés, Constant, Hegel etc.) las revoluciones burguesas (inglesa, americana y francesa) constituyeron el parteaguas a partir del cual situaron la reflexión acerca de los derechos fundamentales que dieron paso a la propuesta del Estado liberal de derecho y posteriormente el Estado constitucional; puesto que el estado de derecho entendido como un sistema de límites que se le impusieron de manera legal a los poderes públicos para que estos respetaran los derechos fundamentales, trajo consigo que la garantía de estos derechos se volviera la condición *sine qua non*, de la convivencia pacífica.

Y en el momento en que tales derechos son positivizados en un documento llamado Constitución, el contrato social deja de ser una mera hipótesis de tipo filosófico-política y se convierte en un conjunto de derechos y obligaciones tanto para el ciudadano como para el estado.

De forma similar a los autores del constitucionalismo moderno mencionados líneas arriba, que tomaron como punto de partida la revolución francesa, Luigi Ferrajoli (Florencia, 6 de agosto de 1940) sitúa su reflexión sobre los derechos fundamentales comenzando por señalar que las consecuencias en Europa que trajo consigo el fin de la Segunda Guerra Mundial, constituyen la base para fundamentar la necesidad del cambio de paradigma constitucional que propone: el garantismo.

En su obra: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ferrajoli explica la elaboración de su modelo garantista a partir del reconocimiento de una triple crisis del derecho: de legalidad, del Estado social, del Estado nacional, que se traduce en una crisis de la democracia en su conjunto.

En el primer caso, la crisis de legalidad se manifiesta como una ausencia o debilidad de controles hacia quienes ejercen el poder, trayendo consigo un gigantesco sistema de corrupción en los diferentes ámbitos de la administración

pública y la política entre otras, que trae como consecuencia una ilegalidad pública degradando y descomponiendo cada vez más la vida institucional y provocando conflictos entre los diferentes poderes.

En el segundo aspecto, el Estado social entra en crisis en parte porque se reconoce la existencia de una contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho que le impone límites a éste en cuanto a la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos y, por otro lado, el Estado social exige y demanda al poder la satisfacción de prestaciones específicas trayendo como resultado una discrecionalidad y contingencia a partir del intento de satisfacerlas que provoca el deterioro constante de la ley. En lo referente a la crisis del Estado nacional, esta viene dada por el proceso de integración mundial que trae aparejada una pérdida de soberanía y un debilitamiento del constitucionalismo.

El anterior panorama justifica suficientemente para Ferrajoli, la elaboración de su modelo de Constitución al que llama garantista, el cual como ya vimos, puede ser ubicado como una reacción (en lo inmediato anterior) al iuspositivismo de Kelsen, además el garantismo de Ferrajoli, tiene como antecedente el trabajo de la escuela italiana de Derecho Penal de los años setenta, y su contribución ha sido plantear que: este pueda ser extendido como paradigma teórico a las garantías de todos los derechos fundamentales, no sólo del derecho de libertad en materia penal sino también en los derechos sociales. Y no únicamente frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados, y asimismo, no sólo frente al poder de un Estado sino también frente a los poderes internacionales.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli critica el planteamiento kelseniano porque sigue un esquema de vigencia de la norma jurídica de manera rígida, a la que se conoce como formal; que se refiere a las formas y los procedimientos eficaces para legitimar las decisiones en una democracia, dejando de lado su contenido (es decir del *qué* se decide):

En primer lugar, esa noción, si puede valer para definir la dimensión política o formal de las actuales democracias constitucionales, que no entrarían en el concepto, ya que en ellas el respaldo popular ya no es suficiente para

legitimar cualquier decisión [...] En segundo lugar, esa noción puramente formal ignora el nexo conceptual que liga la democracia política y todos los derechos constitucionalmente estipulados que operan como límites o vínculos de contenido a la voluntad de las mayorías que de otro modo sería absoluta.³²

Enfatizando lo anterior, Ferrajoli afirma que cuando no existe un límite sustancial en referencia a los contenidos de las decisiones que se toman en una democracia de manera legítima, ésta no puede o puede no perdurar, puesto que siempre estará latente el riesgo de que por medios democráticos se supriman los mismos derechos democráticos (prueba de ello lo constituye el fascismo y el nazismo al hacerse del poder de manera legal, y luego de ello suprimir las libertades democráticas).

Partiendo de que en el viejo estado legal de derecho, el poder legislativo de las mayorías representadas en el parlamento era prácticamente absoluto, y no había cabida para pensar en la posibilidad de una ley que limitase a la ley. Como reacción al anterior panorama, Ferrajoli plantea la necesidad de un cambio en dos aspectos:

En primer lugar, del derecho y de las condiciones, ya no solo formales, sino también sustanciales de la validez de las leyes; en segundo término, de la estructura de la democracia, caracterizada a su vez ya no por la dimensión política o formal como única, sino también por la dimensión sustancial, relativa a los contenidos de las decisiones [...] Hoy, para que una ley sea válida es necesario que no solo sus formas, es decir, los procedimientos de formación de los actos legislativos, sean conformes, sino también que su sustancia, esto es, sus significados o contenidos, sean coherentes con las normas constitucionales que disciplinan su producción.³³

Así pues, la relevancia de la teoría garantista consiste en el abandono del criterio clásico de validez, incorporando al sistema de producción de normas jurídicas el elemento sustancial que obliga a los poderes públicos a respetar los contenidos impuestos por los derechos fundamentales de rango constitucional, lo

³² Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes, La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 28-29.

³³ *Ibid.*, pp. 32-34.

que implica adoptar un modelo de Estado Constitucional de Derecho que remplace al tradicional estado legislativo de derecho, añadiéndole a la democracia formal que regula quien toma las decisiones y como debe tomarlas, una dimensión material (sustancial) que establece también qué es lo que puede y debe decidirse.

Como ya hemos visto en otro capítulo, con la propuesta de Ferrajoli de incorporar al modelo democrático de Estado el aspecto no solo formal sino agregarle el sustancial, se inaugura un cambio en la relación entre la política y el derecho; al no quedar éste último subordinado a aquella, sino que ésta se convierte en instrumento de actuación del derecho, supeditada a los principios constitucionales que quedan enlazados a las diferentes clases de derechos fundamentales garantizados a los sujetos por el derecho positivo de la siguiente forma:

a) derechos secundarios o de autonomía, son por una parte los *derechos políticos*, que hacen referencia a derechos que le están reservados solamente a los ciudadanos con capacidad de participar y asumir el ejercicio pleno de su autonomía política (derecho al voto, derecho de acceder a un cargo público etc.), asimismo los *derechos civiles*, derechos reservados a todas las personas con capacidad de obrar y ejercer su autonomía en el ámbito privado (hacer negocios, libertad contractual entre otros).

b) derechos primarios o sustanciales: son *derechos de libertad* que operan imponiendo prohibiciones, y los *derechos sociales*, que imponen obligaciones al legislador, son sustanciales porque hacen referencia al *qué* no es lícito decidir o no decidir, quedando pues imbricados los dos tipos de derechos: formales y sustanciales, con sus dos subdivisiones:

Los que podemos llamar *derechos formales* de autonomía –los *derechos políticos* en la esfera pública de la política y los *derechos civiles* en la privada del mercado- que aseguran la forma democrática de las decisiones; y los que he llamado *derechos sustanciales* –los

derechos de libertad y los derechos sociales- que aseguran la sustancia democrática de las mismas.³⁴

A partir de los cuatro aspectos o dimensiones de la democracia constitucional mencionados antes (civil, político, liberal y social), queda esbozado de manera general el modelo garantista propuesto por Ferrajoli según las clases de derechos garantizados a los que estructuralmente se haga referencia: “los derechos civiles y los políticos son, además de expectativas negativas (de su no lesión), poderes para realizar actos de autonomía en la esfera privada y en la esfera política respectivamente; los derechos de libertad y los sociales son sólo expectativas (negativas o de no lesiones) y positivas (o de prestaciones, respectivamente).”³⁵

Siendo estos derechos el *leitmotiv* del modelo democrático propuesto por dicho autor, ya que los derechos fundamentales, “...no son solo límites a la democracia política. Son además, su sustancia democrática en cuanto se refieren al pueblo en un sentido aún más concreto y más pleno de la representación política misma, es decir, a las libertades y a las necesidades vitales de todos y cada uno de sus miembros de carne y hueso.”³⁶

Asimismo, Ferrajoli afirma que el papel de la ciencia jurídica tiene que ser abordado desde dos ámbitos: el papel normativo y el papel descriptivo, puesto que de esta forma los juristas estarían en posibilidad de no solo describir el ordenamiento jurídico, sino también podrían participar en la construcción de éste, denunciando las contradicciones en las que pudiera caer el derecho al reconocer la invalidez de sus normas y no obstante seguir vigentes, lo cual sería un vicio del ordenamiento; y es a lo que Ferrajoli se refiere cuando utiliza el término antinomia: “las antinomias consisten en un conflicto entre normas y no en cualquier clase de vicio, formal o sustancial, de un acto de aplicación de normas.”³⁷

³⁴ *Ibid.*, pp. 35-36.

³⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 69.

³⁶ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes, La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 37.

³⁷ Luigi Ferrajoli, *garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, 2009, p. 77.

Como su nombre lo indica, el garantismo propone la elaboración desde la jurisprudencia de herramientas que permitan garantizar, es decir defender, los derechos de los individuos a partir de una hipotética violación de sus derechos por otros individuos o por el poder público, asunto sobre el cual ya desde mucho tiempo atrás (1748) Montesquieu en *Del Espíritu de las Leyes*, llamaba a estar prevenidos al afirmar que todo aquél que se encuentra en una posición de poder siente la inclinación de abusar de él, hasta en tanto encuentra un límite: “El garantismo se opone, pues, al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando frente al primero, la democracia sustancial y frente al segundo, el principio de legalidad; en definitiva el gobierno *sub leges* (mera legalidad) y *per leges* (estricta legalidad)”.³⁸

En ese sentido, la propuesta ferrajoliana vendría a ser ese límite, es decir, un *modelo de derecho* que Ferrajoli inicia trabajando en el derecho penal -como ya se había hecho mención- proponiendo que se extienda a todos los campos del ordenamiento jurídico.

Respecto a esta acepción, el modelo de derecho de la propuesta garantista hace referencia a un *estado de derecho*, el cual tiene que ver (en lo que respecta al derecho penal) con dos aspectos: como gobierno *per leges* y como gobierno *sub lege*, puesto que “el poder judicial de descubrir y castigar los delitos es en efecto *sub lege* por cuanto el poder legislativo de definirlos se ejerce *per leges*; y el poder legislativo se ejerce *per leges* en cuanto a su vez, está *sub lege* es decir está prescrita por ley constitucional la reserva de ley general y abstracta en materia penal.”³⁹

Ferrajoli agrega que el término *sub lege* puede entenderse en sentido débil, en el cual el estado de derecho hace referencia a cualquier ordenamiento, incluso los autoritarios donde el poder tiene una forma legal y, en sentido fuerte, en el que el poder debe estar *limitado* por la ley refiriéndose a los estados que poseen una

³⁸ Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta IJ-UNAM, 2009, p. 22.

³⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006, p. 856.

constitución rígida como la italiana. Respecto a este último concepto (constitución rígida), la siguiente aclaración del Doctor Adrián Rentería, nos ayuda a dilucidar su significado y su diferencia con el concepto de constitución flexible:

En una primera aproximación, entiendo por 'constitución flexible' aquella Constitución en la cual no existe una neta distinción entre Ley Constitucional y Ley Ordinaria; es decir, cuando la segunda puede derogar, modificar o abrogar la primera. Y por 'constitución rígida' entiendo la Constitución que sí incorpora tal distinción, estableciendo, para su reforma, requisitos diferentes, agravados como se suele decir, de los que conforman el procedimiento para la formación de la Ley Ordinaria; además, en la Constitución rígida habitualmente se establece un órgano (Corte Costituzionale, Corte Constitucional, Suprema Corte, etc.) que se encarga de garantizar el respeto de la distinción.⁴⁰

En resumen, los estados constitucionales incorporan límites formales y sustanciales frente al ejercicio de cualquier poder, en ese sentido, el estado de derecho al que se hace referencia con la propuesta de garantismo ferrajoliana que se asume como heredero directo de las modernas Constituciones, se encuentra caracterizado por dos aspectos:

- a) En el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes...
- b) En el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar

⁴⁰ Adrián Rentería Díaz, *Constitución y democracia ¿límites y vínculos?*
<http://web2.mty.itesm.mx/temporal/confines/articulos6/RenteriaA.pdf>
consultada 13-10-2013.

satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.⁴¹

En síntesis, el garantismo en esta acepción hace referencia a un modelo constitucional dotado de poderes que le permitan invalidar toda conducta legal que pretendan dejar de aplicar aquellas normas que tutelen los derechos fundamentales.

El garantismo propuesto por Ferrajoli desde la perspectiva de una *Teoría del derecho*, propone un iuspositivismo crítico en oposición a un iuspositivismo dogmático, que identifica a este último con toda orientación teórica que no sea capaz de tomar en cuenta el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad, en tanto que el iuspositivismo crítico, pretende establecer una diferenciación entre la validez y la efectividad que evitaría el riesgo de ir de prácticas operativas a modelos normativos, es decir, pasar de manera falaz del *ser* al *deber ser*.

Estableciendo de manera clara las diferencias existentes entre ambos a partir de una *teoría de la divergencia* entre normatividad y realidad, conteniendo dicha teoría o modelo ambos aspectos:

“Bajo ambos aspectos el garantismo opera sobre todo, como doctrina jurídica de legitimación y sobre todo de deslegitimación *interna* del derecho penal, que reclama de los jueces y de los juristas una constante tensión *crítica* hacia las leyes vigentes, a causa del doble punto de vista que la aproximación metodológica aquí diseñada implica tanto en su aplicación como en su desarrollo: el punto de vista normativo o prescriptivo del derecho válido y el punto de vista fáctico o descriptivo del derecho efectivo”.⁴²

Además, una teoría garantista del derecho al ser capaz de separar y distinguir el concepto de vigencia de las normas como categoría independiente de las de validez y efectividad, permitiría reconocer las cinco características de la

⁴¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 856 y 857.

⁴² *Ibid.*, p. 852-853.

estructura normativa del estado de derecho que menciona Ferrajoli (ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, p. 872.) poniendo en entredicho además dos aspectos del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley (que es aceptado como un postulado teórico desde Bentham a Kelsen), y la función del jurista que se limitaría a describir sin valorar los preceptos del derecho vigente. Es sobre este último aspecto, en el cual Kelsen construye su teoría *pura* del derecho, puesto que no incorpora ningún tipo de juicios subjetivos de valor.

Los dos anteriores dogmas del positivismo dogmático: la obligación del juez de aplicar la ley y la avaloratividad de la ciencia jurídica, son aceptadas por Ferrajoli siempre y cuando sólo se refieran a la separación que debe existir entre derecho y moral, y entre juicios de validez y juicios de justicia, sin embargo, son desorientadoras en su formulación usual puesto que:

Impiden en efecto al jurista la valoración y la crítica de derecho vigente no sólo desde el punto de vista externo o político de la justicia, sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la validez. Precisamente cuando es tarea del jurista...valorar la validez o la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales establecidos por las normas jurídicas.⁴³

En esta acepción como hemos visto, el garantismo hace referencia a “una teoría jurídica que permita la crítica y la deslegitimación interna de las normas vigentes inválidas.”⁴⁴

Asimismo, permitiría identificar a éste con una *filosofía política* que parte de asumir un criterio laico de la separación entre derecho y moral, como el principal presupuesto metodológico:

Esta separación, elaborada en los orígenes del estado de derecho por el pensamiento ilustrado, debe ser considerada en todo su alcance – epistemológico, teórico y político- por dicha teoría como objeto privilegiado de investigación en los diversos planos del análisis jurídico: el meta-jurídico de la relación entre derecho y valores ético-políticos externos, el jurídico de la

⁴³ Ibid., p. 874.

⁴⁴ Ibid., p. 880.

relación entre principios constitucionales y leyes ordinarias y entre leyes y sus aplicaciones, y el sociológico de la relación entre derecho en su conjunto y prácticas efectivas.⁴⁵

Para mostrar cómo opera este enfoque, Ferrajoli utiliza el ejemplo en un área que le es de sobra conocida: el derecho penal, el cual ha fluctuado históricamente entre dos orientaciones contrarias: aquella en la cual se autojustifica como valor en sí y la de su justificación externa como instrumento que vela por los intereses de los ciudadanos, tales orientaciones se legitiman desde diferentes ámbitos: a la primera desde una perspectiva jurídica y a la segunda desde una perspectiva moral, en ese mismo orden desde modelos penales autoritarios y desde modelos penales garantistas. Ahora bien, utilizando el ejemplo anterior, podemos hacer una analogía respecto a:

la que existe entre las doctrinas políticas que fundamentan los sistemas políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el estado como *bienes* o valores intrínsecos, y las doctrinas políticas que por el contrario los fundan sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como *males* necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos.⁴⁶

Ferrajoli utiliza los términos autopoyesis y heteropoyesis en el sentido que les da Niklas Luhmann,⁴⁷ cuando se refiere a los sistemas políticos para mostrar las diferencias respectivas de los anteriores enfoques. Siendo que para las primeras doctrinas (aquellas que fundamenta los sistemas políticos sobre sí mismos), el estado es un *fin* que representa valores ético-políticos de tipo supra-social y supra-individual, en tanto que para las segundas (aquellas que fundamentan los sistemas políticos sobre finalidades sociales), el estado es un

⁴⁵ Ibid., p. 854-855.

⁴⁶ Ibid., p. 881.

⁴⁷ Las doctrinas políticas auto-poyéticas premodernas fundamentaban desde dentro o *desde arriba*, la soberanía estatal en entidades metafísicas (Dios por ejemplo), en tanto que las modernas lo fundamentan en la legalidad jurídica (doctrinas idealistas y realistas); Por el contrario las hetero-poyéticas lo fundamentan desde fuera o *desde abajo*, que se puede entender como: la legitimación política del derecho y del estado se sustenta en la sociedad, como una suma heterogénea de personas, de fuerzas y de clases sociales, (filosofías políticas utilitaristas por ejemplo), Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 881 y 882.

medio legitimado desde fuera a partir de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados de esta tesis que se han desarrollado en el apartado 15. Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.⁴⁸

En síntesis, esta acepción del garantismo tiene como base y justificación el ir en contra del presupuesto del peligro constante del abuso del poder sin importar quien lo ejerza y, por ende, el constante riesgo de degenerar en despotismo y en contra también de las ideologías autopoyéticas totalitaristas, que tienen una base teleológica (a diferencia del garantismo), puesto que parten de considerar al poder como bueno a partir de ser legitimado por quien lo ejerce.

⁴⁸ Ibid., p. 884.

2.3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CIUDADANÍA EN LUIGI FERRAJOLI

La definición de derechos fundamentales conlleva para Ferrajoli, el separarlos de los diferentes campos: a) el constitucionalista en el cual se habla de derechos públicos o constitucionales, b) el internacionalista que hace referencia a derechos de ciudadanía, derechos civiles, c) la literatura sociológica y d) politológica, que abarca aspectos sociales y políticos; acotando la definición de derechos fundamentales al campo del derecho y de la filosofía política, en donde Ferrajoli comienza por advertir que dará una definición formal, la cual no dirá *qué son* ni *cuáles son* tales derechos ni qué clases de sujetos son sus titulares.

Puesto que definir lo anterior, correspondería al derecho positivo, en donde cada ordenamiento jurídico tendrá una gama amplia de derechos fundamentales o puede no contener ninguno, y por ello mismo la definición que el autor sugerirá no puede decirnos tampoco *cuáles son de hecho* los derechos tutelados como fundamentales en un ordenamiento constitucional determinado, ni como esto llego a ser así.

Tampoco nos dirá su definición, *cuáles deben ser* desde una perspectiva de lo justo los derechos fundamentales, ni cuál debe o debería ser el rango que abarquen estos en cuanto a la titularidad de los mismos por parte de los sujetos, al ser esto tarea de la filosofía moral, política o de la justicia.

La definición de derechos fundamentales de Ferrajoli, vendrá dada desde la perspectiva de la teoría del derecho que identifique “los rasgos formales y estructurales merced a lo que son (o es justo que sean) tuteladas aquellas expectativas y aquellos intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamentales”⁴⁹

En este contexto Ferrajoli en su obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, propone que su definición de derechos fundamentales permitirá cimentar cuatro tesis indispensables para una teoría de la democracia

⁴⁹ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia, 1. Teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 685.

constitucional. 1) La primera de estas nos llevará a establecer la diferenciación estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, (de manera parcial se verá aquí), 2) la segunda tesis sostiene que los derechos fundamentales al ser de la incumbencia de todos, vienen a ser el fundamento de la igualdad jurídica que se identifica con el aspecto sustancial de la democracia, a diferencia de la dimensión formal de ésta cuya base la constituyen los poderes de la mayoría. (Ambos aspectos abordados en el capítulo titulado democracia y derechos fundamentales).

3) La tercera tesis hace referencia a lo que Ferrajoli llama naturaleza supranacional de los derechos fundamentales: “Se ha visto cómo nuestra definición proporciona los criterios de una tipología de tales derechos dentro de la que los <derechos de ciudadanía> forman solamente una subclase. En efecto, las propias constituciones estatales confieren muchos de estos derechos con independencia de la ciudadanía.”⁵⁰ (Será sobre esta tercera tesis, girará en mayor medida este apartado).

4) La cuarta tesis que formula Ferrajoli será la relación entre derechos fundamentales y sus garantías, (que se abordará en la parte correspondiente al modelo garantista de Luigi Ferrajoli).

Una vez enunciadas las cuatro tesis que Ferrajoli considera necesarias para elaborar una teoría de la democracia constitucional, veamos ahora algunos aspectos que caracterizan a los derechos fundamentales.

El primer rasgo que propone es el del carácter universal de la imputación de tales derechos, en donde dicho carácter universal se refiere a un sentido lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos titulares de los mismos, sin embargo la cuestión se complica puesto que no todos los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos, y no todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos fundamentales, cuya única

⁵⁰ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, p. 25.

excepción corresponde a los derechos “humanos” tales como el derecho a la vida y las libertades fundamentales, el *habeas corpus* entre otros.

El segundo rasgo distintivo de los derechos fundamentales que reconoce Ferrajoli es el que hace referencia a los estatus personales que constituyen su presupuesto, que desde la perspectiva jurídica son tres: la personalidad como persona física, la ciudadanía como persona-ciudadano, y la capacidad de obrar, como persona capaz de obrar: “Así pues, denominaré 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”⁵¹

La anterior definición se relaciona con dos principios inherentes al estado democrático de derecho: el primero corresponde a los derechos fundamentales como derechos subjetivos (entendidos como intereses protegidos jurídicamente en forma de expectativas negativas o positivas) que pertenecen *sólo* a las personas naturales, el segundo principio se encuentra ya presente en la definición de los derechos fundamentales como *universales* que pertenecen a todos en condiciones de igualdad, que al ser universales se configuran como intereses de todos con un valor de intereses generales, (que como ya habíamos mencionado se entiende desde una perspectiva lógica).

Siendo esa forma universal el rasgo distintivo de los derechos fundamentales frente a todos los demás derechos subjetivos, como los patrimoniales que pertenecen a singulares y determinados sujetos y excluyen a los demás.

De donde deriva una específica forma de garantía: siendo universales (*ómnium*), los derechos fundamentales se hallan garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*), ya sean a su vez universales, esto es, dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida-, ya singulares, es decir, dirigidos a determinados sujetos públicos, como la

⁵¹ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia, 1. Teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

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. A lo que se añade que los derechos fundamentales, propiamente conferidos en el interés de *todos* en cuanto personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar, postulan para su garantía funciones de carácter público, y constituyen por tanto la base y al propio tiempo la justificación de lo que al final de este capítulo llamaré la *esfera pública*.⁵²

En suma, Ferrajoli propone una definición formal de los derechos fundamentales en dos sentidos, en el primero al prescindir de darnos un contenido de tales derechos; en el segundo, puesto que nada dice sobre a quién deben extenderse las tres clases de sujetos a los que se hace mención en los diferentes documentos constitucionales respecto a su titularidad: persona, ciudadano y capaz de obrar, circunstancia que lleva a nuestro autor a postular lo siguiente: “decir que los derechos fundamentales son universales equivale a decir que son situaciones generales, o sea, que consisten en reglas y precisamente en normas o situaciones normativas e, incluso más exactamente, en normas adscriptivas y tético-deónticas. Diremos por tanto que los derechos fundamentales no suponen sino que *son* ellos mismos normas.”⁵³

Esta característica de identificar los derechos fundamentales con las normas entendidas como reglas generales, diferencia el planteamiento ferrajoliano del planteamiento de Alexy, quien en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* si realiza una distinción entre derechos fundamentales y normas sobre derechos fundamentales.

Las normas téticas mencionadas en la anterior cita hacen referencia a aquellas que de forma directa regulan las situaciones expresadas por ellas mismas, tal sería el caso de las normas del código penal, las cuales señalan de forma inmediata obligaciones o prohibiciones, a diferencia de las normas hipotéticas que de forma indirecta reglamentan eventos jurídicos que vienen estipulados por ellas mismas, como por ejemplo los derechos patrimoniales que:

⁵² Ibid., 688,689.

⁵³ Ibid., 689.

“son siempre situaciones de poder cuyo ejercicio consiste en actos de disposición a su vez productivos de derechos y de obligaciones en la esfera jurídica propia o ajena (contratos, testamentos, donaciones y similares).”⁵⁴

Frente a tales derechos (patrimoniales) que son, disponibles, negociables y alienables, los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, puesto que gozan de una total independencia y libertad frente a las decisiones de la política como del mercado. Siendo conferidos además *ex lege*, es decir por medio de reglas que gozan de un carácter constitucional.

Dicho carácter, viene dado a partir de que la historia del constitucionalismo está ligada a la progresiva incorporación y ampliación de los derechos fundamentales: “Si es cierto que los derechos fundamentales no son sino el contenido del pacto constituyente...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.”⁵⁵

Así pues, dentro del contexto de la historia del constitucionalismo encontramos que uno de los efectos de las revoluciones burguesas, es que desaparece el Estado absolutista y en su lugar aparece el Estado liberal, en donde los súbditos dejan de serlo para convertirse en ciudadanos y esa organización alternativa de poder político (el Estado liberal), conlleva al surgimiento de los Estados regidos por una Constitución como el documento jurídico, que buscara hacer posible el usufructo pleno de libertades y derechos y con ello suprimir los privilegios de la anterior forma de dominación (el Estado absolutista).

Debido a que una de las preocupaciones a las que debe dar respuesta todo sistema político, es el papel que el ciudadano desempeña en éste, es por lo que cobra relevancia el planteamiento de Luigi Ferrajoli en relación a los derechos fundamentales y ciudadanía, aunado a los cambios que trajeron consigo los

⁵⁴ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, p. 34.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 39.

acontecimientos políticos del “corto siglo veinte” entre los cuales podemos mencionar las dos guerras mundiales, las transformaciones del Estado-nación a partir de la caída del “socialismo real”, y el nuevo orden global que arrasa con los derechos y libertades ciudadanas de millones de personas en todo el mundo, tratando de revertir de forma abierta los cambios logrados por el Estado de bienestar en los diferentes ámbitos de la vida política y social.

El planteamiento de Ferrajoli sobre derechos fundamentales y ciudadanía, inicia con el reconocimiento que hace del trabajo de T. H. Marshall *Citizenship and Social Class* de 1950, en relación al concepto de ciudadanía y su importancia para el estudio de los derechos fundamentales desde una perspectiva sociológica y política, partiendo de la premisa de que ambas disciplinas suelen ir por caminos distintos, sin embargo, apunta que la forma de abordar la cuestión ciudadana en la mayoría de los casos desde la perspectiva sociológica y dejar de lado la jurídica (como hace Marshall), va en detrimento de una mejor comprensión del concepto en cuestión, y con ello se corre el riesgo de caer en posiciones iusnaturalistas puesto que “*los derechos no pueden ser más que lo que los distintos ordenamientos establecen en cada lugar y en cada época.*”⁵⁶

De persistir ésta separación agrega Ferrajoli, las aportaciones de los estudios jurídicos en materia de ciudadanía, en aspectos tales como efectividad de los derechos y las garantías económicas, políticas y sociales, al ser entonces la ciudadanía abordada sólo desde una perspectiva sociológica, traería una simplificación y confusión acerca de ésta, que aparece en el trabajo de Marshall en su definición de ciudadanía y que está compuesta de dos partes:

Es un *status* atribuido a quienes son miembros de pleno derecho de una determinada comunidad... la ciudadanía sería el *status* al que se asocian *ex lege* todos los derechos, de forma que está se convierte en denominación omnicomprensiva y en presupuesto común de todo ese conjunto de derechos que él llama de ciudadanía: <los derechos civiles>, los < políticos> y los < sociales>.⁵⁷

⁵⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 97.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 98-99.

La primera parte de la definición de Marshall, no es objetada por Ferrajoli puesto que no conlleva ningún problema y por coincidir en gran medida con la noción jurídica de ciudadanía, sin embargo, la segunda parte le parece confusa en el plano teórico y regresiva en el plano político, debido a que las tres categorías de derechos que atribuye a la ciudadanía, desde el punto de vista jurídico resulta arbitraria, dado que “no todos esos derechos presuponen la ciudadanía como *status* único que incluye a todos los demás. En la tradición jurídica se ha mantenido siempre la distinción entre un *status civitatis* (o ciudadanía) y un *status personae* (personalidad o subjetividad jurídica).”⁵⁸

Distinción que quedó plasmada desde La Revolución Francesa, en la *Declaration de droits de l’homme et du citoyen* del 26 de agosto de 1789, en la cual se reconocen los dos anteriores *status*; en donde los *derechos de personalidad* le son adjudicados a todos los seres humanos en cuanto individuos o como su nombre lo indica *personas*, y los *derechos de ciudadanía*, que le son otorgados en exclusiva a los *ciudadanos*.

El desacuerdo de Ferrajoli con Marshall, radica en que este último junta ambos *status* (derechos del hombre y derechos del ciudadano) en una sola categoría, en la segunda parte de su definición con lo cual contribuye a crear confusión al presentar “como derechos de ciudadanía también aquellos derechos que, según el derecho positivo, son derechos de la personalidad.”⁵⁹

Dentro de las razones que Ferrajoli da para fundamentar su desacuerdo, se encuentra que el término ciudadanía puede ser utilizado en un sentido amplio y restringido, y por ello tiene que ser valorado de manera diferenciada, puesto que cuando hace referencia al *status* al que van unidos los derechos fundamentales, adquiere un carácter de inclusión, en tanto que si se contrapone al de personalidad se vuelve excluyente.

⁵⁸ Ibid., p. 99.

⁵⁹ Ibid., p. 100.

Además, el concepto *derechos civiles* es considerado por Ferrajoli una categoría espuria, puesto que no tiene una definición teórica clara al incluir en ella los derechos de libertad, los derechos de autonomía privada, y el derecho de propiedad. En lo único que concuerdan es que ninguno de ellos es un derecho de ciudadanía sino de la persona, y el derecho de propiedad no puede ser incluido con el mismo status que los otros dos derechos (libertad y autonomía).

La propiedad, como el derecho de crédito y los demás derechos patrimoniales, no es en absoluto *universal* en el mismo sentido en que lo son los demás derechos de la personalidad y de ciudadanía, ya sean éstos humanos, civiles, políticos o sociales: es un derecho por naturaleza *existencial* (o singular), *excludendi alios*, que no corresponde a todos, pues cada persona puede ser o no ser titular, y en caso de ser titular lo es siempre con exclusión de las demás personas.⁶⁰

En todo caso, a los derechos que más claramente se les puede llamar civiles es a los derechos de autonomía privada, ya que a partir de su relación con la capacidad jurídica y la de obrar ésta se desarrolla el mercado, y no obstante que le pueden ser reconocidos a todos no pueden ser tratados en el mismo nivel que los derechos de libertad de opinión, prensa, etc. Puesto que: “Los derechos de libertad, como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados.”⁶¹

Hasta aquí algunas de las razones que aduce Ferrajoli, para fundamentar sus diferencias con la propuesta de Marshall quien como hemos visto, le da una tipología tripartita a la ciudadanía a partir de atribuirle derechos civiles, políticos y sociales, y además: “No distingue entre dos criterios de clasificación independientes: uno que hace referencia a la estructura de los derechos fundamentales, y otro a la esfera de sus titulares. Manteniendo separados estos

⁶⁰ Ibid., p. 102.

⁶¹ Ibid., p. 103.

dos criterios se obtiene una tipología más compleja, articulada en torno a dos clasificaciones distintas.”⁶²

En lo que respecta a su estructura, no haremos referencia aquí a este aspecto, puesto que se abordará en la parte de democracia formal y sustancial de este trabajo.

En cuanto a la otra esfera (la titularidad), Ferrajoli propone a su vez cuatro categorías que hagan referencia a la titularidad y reconocimiento en la norma constitucional, en lo referente a los derechos de la persona y los derechos del ciudadano: *los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos de libertad y los derechos sociales.*

Los derechos civiles y los derechos de libertad, de manera general son conferidos a las personas, aunque las cartas constitucionales suelen restringir dos de los derechos de libertad solo a los ciudadanos, nos referimos a el derecho de residencia y el derecho de circular por el territorio de un Estado. En tanto que los derechos políticos se suelen restringir a quienes tienen el derecho de ciudadanía, y los derechos sociales se reservan en parte a la persona y en parte al ciudadano.

Sin embargo, Ferrajoli reconoce que esta clasificación, como hemos visto, (que hace referencia a los sujetos a los cuales les son atribuidos derechos fundamentales) se encuentra actualmente en crisis debido a que “la función de la garantía desempeñada por la ciudadanía en el interior de los ordenamientos estatales y a los obstáculos que de esta crisis se derivan para la garantía de los derechos de la persona.”⁶³

⁶² Ibid., p. 104.

⁶³ Ibid., p. 105

CAPÍTULO TRES

GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y GLOBALIZACIÓN

Dentro de las transformaciones que afectaron directamente el papel jugado por el Estado-nación a fines del siglo XX (década de 1980), es importante mencionar, el cambio sufrido por las *economías nacionales* limitadas territorialmente, que de manera tradicional formaban parte de un sistema económico mundial; que fueron debilitadas por el surgimiento y fortalecimiento de empresas transnacionales que no están sometidas a las políticas nacionales y se salen del control de cualquier país o estado.

Tales cambios provocaron que en las economías nacionales, las propuestas democráticas en política, y cultura, entre otras, se vieran avasalladas por un fenómeno que se usó para explicarlo todo de manera *humpty-dumptyana*⁶⁴: la Globalización.

*Y es que tras el velo de una Globalización todopoderosa pretenden esconder un hecho fundamental: la extensión a nivel planetario de un determinado modelo de política económica y social, que se está volviendo hegemónico –el modelo neoliberal- y no cualquier otro... Por tanto y por mucho que algunos se empeñen en desfigurarlos, el objeto real del debate, de discusión entre defensores y detractores, no es una Globalización con mayúscula, una especie de entidad cuasidivina de contornos difusos, sino la globalización económica o, para ser más precisos, el actual proceso de mundialización económica neoliberal.*⁶⁵

Tal modelo neoliberal enfundado en un discurso *globalizador* se fortaleció a partir del derrumbe de la URSS en 1991 y se presentó como un fenómeno

⁶⁴ Utilizo este término en referencia al personaje de Lewis Carroll en *Alicia a través del espejo*: Humpty-Dumpty, tratando de establecer una analogía entre la forma en que éste le da al significado de sus palabras, y el uso que se le da al término Globalización.

⁶⁵ Josu Cristóbal De-Gregorio, Juan Gómez García *et al*, *La globalización y la crisis de los derechos*, UNED, Madrid, 2005, p. 13.

ahistórico al que estamos condenados a aceptar y adaptarnos. Sin embargo, ya Marx y Engels advertían sobre esta fase de desarrollo del capitalismo:

Espoleada por la necesidad de dar cada vez mayor salida a sus productos, la burguesía recorre el mundo entero. Necesita anidar en todas partes, establecerse en todas partes, crear vínculos en todas partes. Mediante la explotación del mercado mundial, la burguesía ha dado un carácter cosmopolita a la producción y al consumo de todos los países. Con gran sentimiento de los reaccionarios, ha quitado a la industria su base nacional... Merced al rápido perfeccionamiento de los instrumentos de producción y al constante progreso de los medios de comunicación, la burguesía arrastra a la corriente de la civilización a todas las naciones, hasta a las más bárbaras... Obliga a todas las naciones, si no quieren sucumbir, a adoptar el modo burgués de producción, las constriñe a introducir la llamada civilización, es decir, a hacerse burgueses. En una palabra: se forja un mundo a su imagen y semejanza⁶⁶

En la formación de ese mundo-espejo, los parámetros del Estado-nación han sido sustituidos por una tiranía: la tiranía global del mercado, que entre otras cosas organiza su propia forma de gobierno que pasa por encima de las leyes y las fronteras del Estado-nación, (auxiliada por organizaciones creadas *ex profeso* para ello: BM, FMI, OMC entre otras) que dista mucho de ser democrática y se asemeja más a una oligarquía.

Por lo anterior, encontramos una pérdida de soberanía del Estado-nación a partir de la globalización y la hegemonía de las empresas transnacionales que modifica el papel de dicho Estado y conlleva a que los derechos ciudadanos sean conculcados cada vez más, ahondando las desigualdades entre los pocos beneficiados aún en los países centrales y las grandes mayorías de los países periféricos que se encuentran marginadas.

En síntesis, con la transformación del Estado-Nación a partir de la caída del socialismo y la imposición del nuevo orden global del neoliberalismo, asistimos al fortalecimiento del factor económico en detrimento del factor político que trae como consecuencia un modelo que arrasa con los derechos y libertades

⁶⁶ Carlos Marx, Federico Engels, *Obras escogidas*: Manifiesto del partido comunista, Editorial Progreso, Moscú, 1955, pp. 23, 24.

(conquistados históricamente) ciudadanas de millones de personas en todo el mundo, tratando de revertir de forma abierta los cambios logrados por el Estado de Bienestar implementados por el Estado-nación en los treinta años posteriores a la segunda guerra mundial

En dicha etapa y con base en las ideas keynesianas se desarrolló una política económica tendiente a tratar de crear las condiciones para el crecimiento, el empleo y una mayor inclusión de los ciudadanos en las decisiones políticas, un reparto justo de la riqueza aun y cuando existiesen diferencias entre los países o regiones tales como el continente europeo, África, Latinoamérica, los Estados Unidos de Norteamérica, o las naciones asiáticas.

A partir de estas transformaciones en el Estado-nación, encontramos que uno de los mayores problemas con los que se enfrentan las sociedades actuales es el ejercicio de la libertad por parte de sus miembros en su calidad de ciudadanos, que implica un comportamiento acorde con los deberes y los derechos de tal ciudadanía; puesto que al vivir en un tipo de democracia dominada por las leyes económicas de mercado, dicho modelo produce consumidores y no ciudadanos conscientes y conocedores de sus derechos y sus deberes hacia la comunidad.

Entonces, la preocupación por la libertad en el ámbito privado trae consigo un declive del ejercicio y el espacio de la ciudadanía puesto que la globalización económica se vuelve asimétrica en lo que respecta a la globalización social, las garantías jurídicas que supuestamente eran consideradas logros históricos fruto de las luchas de la humanidad por los derechos ciudadanos se diluyen.

¿Qué ocurre con la ciudadanía, por ejemplo, cuando el fenómeno de la desregulación adquiere tal frecuencia que pasa a ser percibido como <<normal>> y, en consecuencia, se normativiza de forma rutinaria? Cuando el Estado intenta insertarse plenamente en el campo productivo –sin conseguirlo plenamente–, toda legitimidad, como toda libertad, devienen elementos disfuncionales y la ciudadanía un recuerdo del pasado: de luchas y significaciones morales. En consecuencia apuntamos al derecho como <<normalizador>> de una ausencia de espacio ciudadano; cada vez, en mayor medida, el derecho contemporáneo, que es constitutivamente ambiguo,

*se transforma en procedimiento, así como la <<democracia>> en su imposibilidad material, se transforma asimismo en procedimiento.*⁶⁷

Confirmando con el anterior panorama, que el proyecto de modernización en las últimas décadas ha resultado contradictorio en relación con el logro de un progreso técnico, económico, y democrático.

Así pues, dentro del anterior contexto encontramos la propuesta de Luigi Ferrajoli, quien en su obra *Derechos y garantías: la ley del más débil*, justifica la elaboración de su modelo garantista a partir del reconocimiento de una triple crisis del derecho: de legalidad, del estado social, y del estado nacional, que a su vez se traduce en una crisis de la democracia en su conjunto. En otra de sus obras sostiene la existencia del siguiente panorama:

*Hoy día el desafío del futuro es el generado por un lado por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los Estados, y por el otro por el nuevo absolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales. El primero de estos absolutismos se manifiesta en las guerras, en las violaciones masivas de los derechos humanos a cargo de los Estados y en su impunidad. Y es el resultado de la total ausencia de garantías, que hace de las Cartas de las Naciones Unidas y de las diversas declaraciones y convenciones sobre los derechos humanos constituciones de papel, privadas de cualquier efectividad. El segundo absolutismo es un neoabsolutismo regresivo que se manifiesta, dentro de nuestras democracias, en la crisis del Welfare y de las garantías tanto de los derechos sociales como de las relativas al derecho al trabajo y, en el plano tanto interno como internacional, en la ausencia de reglas que ha sido asumida, por el actual anarco-capitalismo globalizado, como la propia regla fundamental, una suerte de Grundnorm de las relaciones económicas e industriales.*⁶⁸

Esta *Grundnorm* ha traído consigo una desigualdad legitimada por las ideologías neoliberales, acuñando la idea de que el mercado no tiene necesidad de ser regulado, puesto que constituye una libertad y una necesidad de ésta para producir riqueza y empleo. Y en palabras de Ferrajoli: “Contra esta regresión de la

⁶⁷ Josu Cristóbal De-Gregorio, Juan Gómez García *et al*, La globalización y la crisis de los derechos, UNED, Madrid, 2005, p. 63.

⁶⁸ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 58-59.

economía y de las relaciones de trabajo al modelo paleocapitalista y contra la rehabilitación de la guerra como medio de solución de las controversias internacionales, no existen otras alternativas más que el derecho y la garantía de los derechos así como obviamente, una política que se los tome en serio.”⁶⁹

Una de las tres crisis que reconoce Ferrajoli, (de legalidad, del estado social, del estado nacional) provoca que al entrar en crisis el Estado-nación, entra en crisis el modelo de democracia propuesto por éste y es ahí donde se provoca un vacío, un vacío de estado de derecho puesto que: “El estado nacional está perdiendo su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en el económico.”⁷⁰

Tal vacío del estado de derecho, ha provocado la aparición de poderes y organizaciones supraestatales que han acabado con las tradicionales fronteras estatales, que lleva a Ferrajoli a plantear la necesidad de encontrar y lograr un cambio de paradigma del derecho que lleve a limitar los poderes, que garantice la paz y el respeto a los derechos fundamentales.

Puesto que como hemos visto, el reforzamiento de los poderes económicos supraestatales, ha traído como consecuencia una mayor concentración y confusión que ha sido producto del desarrollo de poderes salvajes globales que provocan una crisis del derecho. Situación que permite a Ferrajoli identificar dos órdenes de problemas: el primero (que no se abordará aquí) se refiere a la paz y la seguridad internacional que trae implícito la reaparición de la guerra, el terrorismo, y las guerras civiles.

El segundo orden de problemas, (al que nos avocaremos aquí) es el referente a los peligros de la globalización en relación a la crisis de la democracia y del estado de derecho (la globalización como vacío de derecho público

⁶⁹ *Idem.*, p. 59.

⁷⁰ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 471.

internacional), en las cuatro dimensiones de la democracia constitucional: política, civil, liberal y social, a continuación se explicará a lo que hacen referencia estas.

a) La crisis de la democracia política.

La crisis de la democracia política, la identifica Ferrajoli con una aporía respecto a la crisis del Estado y de la soberanía estatal que a raíz de la globalización tal soberanía ha sido desplazada fuera de las fronteras y es ahí donde se toman las decisiones acerca de los Estados-nación, (Banco Mundial, FMI, OMC, etc.), lo cual como es obvio diluye la posibilidad de seguir utilizando dicho termino (soberanía), ya que en la actualidad:

El consenso mayoritario, la democracia política y la ciudadanía, que dentro de las democracias occidentales operaron hasta hace poco como factores de inclusión, desarrollo de la igualdad y de expansión de los derechos, están actuando en el plano mundial como factores de exclusión: de las minorías marginadas en los países ricos y de la mayoría de los seres humanos a escala planetaria.⁷¹

Trayendo consigo que, el vínculo existente entre democracia/pueblo y poderes decisionales/estado de derecho, se ha diluido y aunado a ello, ante la pérdida del monopolio por parte del Estado de la producción jurídica, puesto que dicha normatividad le viene dada al estado por ordenamientos supraestatales, lleva a plantear al mismo autor si podemos seguir hablando de la existencia del *estado de derecho*; puesto que en el modelo del Estado-nacional todos los poderes se encontraban sujetos a la ley o eran legitimados por ésta.

Podemos identificar el estado actual de crisis de la democracia representativa, a partir de la existencia de una crisis de partidos, y de la participación política, provocando con ello que se haya roto el vínculo entre poder político y pueblo, en consecuencia ya no existe coincidencia entre los gobernantes y los gobernados.

Estos últimos se sienten ajenos a las decisiones que se toman en su nombre y representación, y más grave aún es el hecho de que, como se ha dicho,

⁷¹ Ibid., pp. 512-513.

muchas de las decisiones que se toman ni siquiera son tomadas por los poderes de los Estados nacionales, sino por entidades supraestatales que en la mayoría de las veces podemos identificar con los poderes económicos del mercado.

Aunado a lo anterior, asistimos a una crisis del estado de derecho al perderse el carácter estatal del derecho positivo, como muestra, Ferrajoli menciona los procesos de integración jurídica europea que agrega o adiciona fuentes extraestatales tendientes a condicionar de manera diversa, la producción jurídica:

En consecuencia, tanto los Estados como sus ciudadanos han dejado de ser sólo destinatarios del derecho interno, para serlo cada vez más de un <denso retículo normativo planetario> que afecta a las materias más dispares —de la producción de alimentos, a la sanidad, del comercio a los transportes y las telecomunicaciones, de la tutela de la privacidad a la del medio ambiente—y que en parte tiene carácter público, al estar constituido por tratados convencionales internacionales, pero que en gran parte es de origen privado, como producido por el mercado y, de hecho, por las empresas transnacionales.⁷²

Ante ello, Ferrajoli se pregunta si el declive del Estado nacional traerá consigo como un efecto dominó, un declive de la democracia política y del estado de derecho o si de alguna manera estos últimos se podrán extender al ámbito de la política y el derecho internacional.

Puesto que los sujetos que actúan en la esfera internacional (instituciones financieras, poderes económicos transnacionales) lo hacen al margen de una legitimación jurídica y constitucional de los diferentes Estados en donde operan, traen aparejado un vacío de derecho público, caracterizado por una falta de reglas y de límites que garanticen el respeto a los derechos humanos, al desplazar las normatividades estatales que velaban por el respeto y garantía de estos.

Coincidiendo Ferrajoli con la opinión de los autores citados al inicio de este trabajo, respecto a que la globalización se ha vuelto un concepto tan general que

⁷² Ibid., p. 514.

es utilizado para justificar todo tipo de conductas invasivas en las diferentes normatividades estatales:

De la <globalización> asumida hoy en el léxico político como <una categoría explicativa generalísima, una suerte de nuevo paradigma del mundo contemporáneo>, se han formulado múltiples definiciones, que la identifican sobre todo, como ha escrito Danilo Zolo, con la <red mundial de conexiones espaciales y de interdependencia funcionales> que, gracias a la contracción del espacio y del tiempo generada por el enorme desarrollo de los transportes y las comunicaciones, <pone en contacto a un número creciente de actores sociales y de eventos económicos, políticos culturales y comunicativos.>⁷³

Sin embargo el rasgo más preocupante de la globalización para Ferrajoli es el vacío de derecho público en el que opera, y que líneas antes ya se había mencionado, aclarando dicho autor que ello no significa un vacío de derecho que no podría existir nunca, lo cual trae consigo el fortalecimiento del derecho privado del que se valen los intereses y poderes económicos transnacionales para lograr incrementar de manera salvaje sus ganancias, en detrimento de la soberanía estatal.

Luego entonces la crisis del Estado nacional y la pauperización de la democracia y el estado de derecho, que son el sello característico de los poderes transnacionales, evidencia la fragilidad de la esfera pública, entendida como “el conjunto de las funciones y las instituciones destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales.”⁷⁴

b) La crisis de la democracia civil.

En lo referente a la crisis de la democracia civil, que Ferrajoli identifica con los poderes desregulados del mercado, provocada por la no existencia de una esfera pública global que ponga coto al ejercicio de los poderes financieros y empresariales privados, estos están en una constante expansión que invade la vida civil y política en detrimento de las esferas públicas nacionales tirando por la borda las garantías y los derechos fundamentales.

⁷³ Ibid., p. 515.

⁷⁴ Ibid., p. 516.

Tales poderes del mercado internacional son caracterizados por Ferrajoli, como la nueva *Grundnorm* del orden internacional (de la que ya se habló en la página 49 de este apartado). Invirtiendo con ello la relación entre el Estado y el mercado al estar el primero supeditado al segundo, lo cual lleva al autor a identificar cinco efectos (relacionados entre sí) que dicha inversión trae consigo, y que por sí mismos serían capaces de arruinar junto con la democracia civil, las demás dimensiones de la democracia constitucional (liberal, política y social).

El primer efecto que es la tendencial *concentración y confusión de poderes*, hace referencia no sólo a las grandes concentraciones monopolistas y oligopolistas, de los poderes económicos en áreas como las telecomunicaciones y el control de los medios televisivos (que en México nos es bastante familiar con Telmex y el duopolio Televisa-TV Azteca), sino también en lo que respecta al caos existente en poderes económicos y poderes políticos que traen consigo una confusión entre intereses privados e interés públicos, donde los primeros salen favorecidos en detrimento del debilitamiento de los segundos al ser sojuzgados y avasallados por el poder del mercado.

La anterior estrategia provoca que áreas que tradicionalmente eran ámbitos de control de los poderes públicos sean privatizadas en su mayoría, como en el caso de la educación, la energía, la salud pública, la previsión y la seguridad social etc. que en complicidad con los personeros de la política y la economía local, son entregadas a intereses extranjeros transnacionales, los cuales en lugar de traer mejoras en los servicios y áreas mencionadas, pauperizan y degradan los bienes y derechos fundamentales dejando en la miseria a grandes sectores de la población.

El segundo efecto relacionado con el primero, está identificado con la constante y gradual *reducción del derecho a mercancía*, porque si ya no es posible hablar de una esfera pública capaz de controlar la economía en los diferentes estados, en ese mismo sentido es imposible la existencia de una esfera pública mundial, capaz de controlar el mercado global; dándose una modificación radical al ser las empresas multinacionales las que ponen a los estados a

competir para ver en donde les conviene más a éstas instalarse a partir de quien les pueda ofrecer ordenamientos afines, y por ello mismo más inconvenientes y desventajosas para los trabajadores en cuanto a salarios y derechos laborales que se refleja en una pauperización de sus condiciones de vida, y una nula protección al medio ambiente.

El tercer efecto al que alude Ferrajoli, tiene que ver con el sojuzgamiento de los poderes políticos a los poderes económicos supranacionales: la formación de un *mercado trucado*. Si como hemos visto, estos exigen la total apertura de los diferentes mercados locales para la introducción de sus productos y servicios, en este mismo sentido ejercen un férreo proteccionismo a favor de su mercancía.

Ejemplo de lo anterior, lo podemos identificar en las millonarias cantidades por concepto de subvenciones públicas en beneficio de los productos de los países ricos en detrimento de las políticas de los mercados de los países pobres, trayendo como consecuencia una competencia desleal que les cierra el paso a los productos de estos países. Un ejemplo emblemático de lo anterior sería la agricultura y las materias primas provocando con dicho mecanismo, como es de suponerse una elevación en el precio de los productos alimentarios, que obliga a los consumidores a erogar la mayor parte de su salario en tratar de adquirir estos bienes.

El cuarto efecto de la falta de regulación global, es la *explotación ilimitada del trabajo*, como una de las premisas exigidas por el proyecto de acumulación ilimitada capitalista cuya bandera más emblemática es el trabajo desprotegido en los países del sur del mundo, que atrae inversiones de empresas y capitales golondrinos en los países pobres. Lo cual afecta también las condiciones de los trabajadores de los países ricos en cuanto al despido y la reducción de los salarios, al ser transferidas las fuentes de empleo a países pobres más “rentables”, que tienden a incrementar el fenómeno del desempleo.

En fin, la reducción del empleo, la precarización del trabajo, el descenso de los salarios, las restricciones de derechos y garantías de los trabajadores y de la tutela sindical, resultan ulteriormente acentuados por el desarrollo

tecnológico de la producción, que, gracias a la automatización y a la informática, reduce drásticamente el valor del trabajo, sobre todo del peor cualificado.⁷⁵

Además, el cierre de fronteras de los países ricos a la inmigración de los trabajadores que en los países pobres no encuentran empleo, provoca fenómenos como el del trabajo clandestino de los inmigrantes de diversas partes del mundo a países tan diferentes como Dubái y Estados Unidos de América, hacía donde la gente paga para poder llegar a trabajar, y no siempre con buenos resultados puesto que en el trayecto suelen ser víctimas del crimen organizado (otra empresa trasnacional de las más lucrativas y que se abordará en el inciso “c” cuando se hable de la crisis de la democracia liberal), que con frecuencia los reduce a condiciones de esclavitud, trata de personas y en última instancia, en la pérdida de lo único que tienen cuando ya no les queda nada más de valor para serles esquilado: su propia vida.

El último efecto del fenómeno aludido en este inciso, es el de la *destrucción en gran medida irreversible del ambiente natural*. Puesto que por falta de límites jurídicos, el desarrollo ilimitado del mercado global lleva asociado a ella una economía de despilfarro que se traduce en una creciente e insostenible agresión al medio ambiente: “aire, agua, suelo, biodiversidad, especies animales, recursos minerales, energéticos y alimentarios...La causa principal de estos desastres es la concentración en la atmósfera de gases contaminantes provenientes del empleo de recursos energéticos de origen fósil, no renovables, como el carbón y, sobre todo, el petróleo.”⁷⁶

Un ejemplo cercano a la realidad mexicana, son las trasnacionales mineras canadienses instaladas en nuestro país, que han explotado de manera salvaje el suelo contaminando y envenenando el medio ambiente, forzando a los gobiernos locales y federal, a modificar sus leyes de acuerdo a sus particulares intereses.

⁷⁵ Ibid., p. 519.

⁷⁶ Ibid., p. 520.

Así pues, como hemos visto, en estos cinco aspectos que señala Ferrajoli, identificamos los diferentes rostros de la globalización que se nos presenta como una explotación ilimitada del trabajo, una competencia perversa entre trabajadores, la exigencia de una apertura comercial de los diferentes mercados estatales para la invasión de sus productos, en donde más que poder hablar de un libre mercado de las mercancías, sería más correcto hablar de un libre mercado del trabajo, y un libre mercado de los ordenamientos estatales, como las banderas de ataque de los grandes poderes supranacionales hacia los países pobres de las diferentes partes del mundo.

c) La crisis de la democracia liberal.

Como ya se ha hecho mención, ante la carencia de una esfera pública mundial, la repercusión en la democracia sustancial (que hace referencia a la sustancia de las decisiones entendidas como los límites y los vínculos impuestos a los poderes representativos), se hace patente a partir de las violaciones de los derechos fundamentales tanto de libertad como en lo referente a su dimensión social, (al ser constantemente omitidos los derechos sociales).

Tales violaciones han provocado una de las complicaciones más notorias que ha traído la globalización: la transnacionalización del crimen organizado, (las mafias y el terrorismo), dado que: “los crímenes del poder, ya se trate de los cometidos por aparatos públicos o por sujetos privados. Se trata de una criminalidad <global> o <globalizada>, en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía, por cuanto la actividad criminosa, por la naturaleza de los actos y por los sujetos implicados, no se desarrolla únicamente en un solo país.”⁷⁷

Es decir, nos encontramos en un escenario en donde la internacionalización del crimen organizado en sus áreas de influencia arriba mencionadas y la criminalidad económica y financiera actúan a veces por separado, y cada vez con más frecuencia actuando en común acuerdo. Sin embargo, no se puede afirmar lo

⁷⁷ Ibid., p. 521.

mismo del derecho penal puesto que este ha sido rebasado al seguir operando con mecanismos arcaicos e insuficientes para enfrentar tales poderes.

No obstante, que en el caso del terrorismo la respuesta suele ser la guerra, para las diversas formas de la criminalidad del poder, siguen haciendo falta respuestas más contundentes acordes al peligro que representa la expansión de esta empresa, porque como ya se ha señalado, existe un vacío de una esfera pública internacional.

Tal vacío se puede identificar en conductas lesivas para la humanidad, tales como: masacres, campañas de limpieza étnica, violencia de género, tortura, entre otras. Todas ellas atentan contra los derechos humanos al ir en contra de la vida y los derechos de las personas, como el *habeas corpus* entre otros, (este último, de manera general es el derecho de todo acusado a ser presentado ante un juez tras su detención y estar enterado de la acusación que pesa en su contra).

Para ejemplificar la conducta anterior, Ferrajoli se refiere a la actuación del Gobierno de Darfur en Sudan, quienes junto con las milicias afines: Janjawind, destruyeron aldeas de manera selectiva, matando y torturando a un gran número de civiles, practicando violaciones contra las mujeres, de lo cual fueron testigos miembros de la ONU y de la Unión Africana con la anuencia tacita de Occidente al no intervenir y seguirle proporcionando armas a estos grupos.

Por desgracia este tipo de conductas no son un fenómeno aislado puesto que se practican o se han practicado a diferentes niveles en China, Corea del Norte, Rusia y en algunas regiones de Latinoamérica como en el país de Chile con el gobierno de Pinochet, en Argentina etc. A tal grado en el caso de Rusia (antes la URSS), se ha acuñado un verbo para mostrar esta depredación hacia grupos vulnerables: balcanización.

Tales conductas, no solo la podemos identificar por parte de los gobiernos emergentes, sino que en ocasiones es una política de estado como el mencionado arriba de Rusia, y en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica y su “guerra contra el terrorismo” en diversas regiones como Afganistán e Irak, donde operan

prisiones como Abu Ghraib, o en el caso de Cuba Guantánamo, que se consideran lugares de excepción donde no se respetan ningún tipo de derechos humanos de aquellos infelices que tienen la desgracia de ser reclusos en esos lugares.

Lo anterior bajo la bandera constante de la *impunidad*, que como hemos dicho, transgrede los ordenamientos sobre derechos humanos pactados en los tratados internacionales por parte de los países agresores. Tal panorama ha forzado la aparición de la Corte Penal Internacional para crímenes contra la humanidad, que se acordó fundar en Roma el 17 de julio de 1998. No obstante, como es de suponerse, los países transgresores del derecho internacional se han negado sistemáticamente a firmarlo, tal es el caso de EUA, China, Rusia, Japón, Israel, India etc. lo cual ha traído como consecuencia una pobre efectividad de este último instrumento.

Otro hueco que reconoce Ferrajoli y que ha fomentado la violación sistemática de los derechos humanos, es una especie de *derecho penal criminal*, que se ha hecho patente como práctica cotidiana en la forma de tortura en las prisiones arriba señaladas. Asimismo, la cancelación del *habeas corpus* por los gobiernos estadounidenses a raíz del 11-09-2001, para las personas que no tengan la ciudadanía de ese país, con lo cual se echa por la borda el derecho penal, que se vuelve una contradicción en instrumentos como el *derecho penal del enemigo*, instrumento que tipifica a cualquier persona que sea calificada como enemigo, automáticamente se enfrenta a la pérdida de todos sus derechos.

Dicho criterio pone en crisis la existencia del estado de derecho liberal en su conjunto, además del aspecto laico del derecho y el universalismo de los derechos fundamentales de libertad y de inmunidad. Aunado a lo anterior, encontramos el debilitamiento del principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral, puesto que:

Si en los totalitarismos de la primera mitad del siglo pasado, la confusión sustancialista entre derecho y moral se manifestó en la reducción de la segunda al primero y en el culto idealista del Estado por obra de diversos

nacionalismos... hoy parece reproducirse un riesgo análogo a través de la opuesta reducción ideológica del derecho merced a nuevos tipos de cognoscitivismo ético, tales como la valorización apriorística de las formas de democracia, que justifica guerras éticas y lesiones de los derechos humanos para defenderlas y exportarlas.⁷⁸

Tal reducción ideológica se ha dado bajo la campaña orquestada por las diversas potencias en las que de manera contradictoria se afirma el “fin de las ideologías”, para implementar toda una gama de ideologías reaccionarias de corte populista, neoliberal, racista, fundamentalista etc. según sean las necesidades de agresión por parte de las potencias hegemónicas de Occidente. Dentro de este contexto cabe mencionar la definición de Joyce Kolko:

La ideología es la máscara que cubre el rostro de los intereses materiales. Se utiliza para manipular a la gente pero en realidad nunca es asumida por los dirigentes, que pueden desecharla cuando ya no sirve a sus intereses... Para las clases dominantes, los pragmáticos hombres de negocios, es sólo cuestión de interés material y se puede encontrar una nueva ideología que se amolde a sus nuevas necesidades.⁷⁹

Todo ello, claro, con la complicidad de los *massmedia* que por supuesto controlan las clases dominantes desde hace mucho tiempo, ya que por medio de estas, se encargan de alimentar el miedo a lo diferente, con políticas y campañas de manipulación de la opinión pública bajo la dicotomía amigo/enemigo.

d) La crisis de los derechos sociales.

En lo que respecta a la crisis de los derechos sociales, Ferrajoli caracteriza a ésta a partir de los efectos causados por la globalización, en cuanto a la pulverización de los rubros correspondientes al trabajo, la seguridad social, la alimentación, la salud, la educación etc. contraviniendo lo estipulado en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 19 de diciembre de 1966.

⁷⁸ Ibid., p. 525.

⁷⁹ José Guadalupe Gandarilla Salgado, *¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LA GLOBALIZACIÓN?: UNA INCURSIÓN METODOLÓGICA DESDE AMÉRICA LATINA*, [En Línea], Dirección URL: <http://rcci.net/globalizacion/2000/fg133.htm>, [consultada 27 marzo 2014].

Lo cual es producto de lo que ya en otras partes de este trabajo se ha hecho referencia: el crecimiento inversamente proporcional entre las desigualdades entre los países y el desarrollo de un mercado sin reglas a partir de la ausencia de una esfera pública mundial, y en esa misma proporción la igualdad en el plano jurídico, es una tremenda desigualdad en el plano práctico.

Para fundamentar tales afirmaciones, Ferrajoli nos remite al Informe sobre el desarrollo humano 1999, en el cual aparecen cifras enormes en cuanto a la producción de alimentos y el hambre en el mundo, respecto a la escasez de agua, las muertes infantiles por causas de enfermedades diarreicas relacionadas con la higiene etc.

En fin... 17 millones de personas mueren anualmente, víctimas de enfermedades infecciosas, o más bien del mercado, dado que los fármacos <esenciales> que podrían curarlas están patentados y por eso resultan demasiado costosos, o, lo que es peor, no se producen porque tienen que ver con enfermedades en gran parte vencidas han desaparecido en los países occidentales.⁸⁰

Tal panorama ha provocado una desigualdad entre los países ricos y pobres, y ha sido el responsable de la muerte de más personas que el provocado por las anteriores guerras. Efecto como se ha dicho, de seguir un modelo de desarrollo del mercado incontrolado; modelo que conlleva la explotación ilimitada del trabajo, la apertura de los mercados a los que son forzados los países subdesarrollados, y a la apropiación de los recursos naturales de estos países por parte de las grandes empresas transnacionales, aun y cuando tales recursos sean proclamados pomposamente como “patrimonio común de la humanidad”.

La actitud depredadora de los países ricos de occidente hacia los países del sur, se explica a partir de que los primeros manejan un doble discurso al pronunciar leyes proteccionistas dentro de sus fronteras y violentar esas mismas leyes fuera de sus países de manera racista, que implica entre otras cosas, un rechazo hacia la inmigración de los habitantes de países subdesarrollados hacia

⁸⁰ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 527.

los países ricos de occidente, provocando con ello la muerte de miles de personas en su afán por llegar a un mercado de trabajo, o en su defecto convertirse en seres inexistentes políticamente cuando logran llegar a esos mercados.

Tales políticas de exclusión, tendientes a proteger los modos de vida, la seguridad, la identidad cultural, tiene como centro de gravedad el discurso tantas veces utilizado de la figura del “otro”, como el enemigo, el criminal, el salvaje, el incivilizado, el inferior, que tantas veces a lo largo de la historia ha sido utilizado.

El anterior panorama, le sirve a Ferrajoli para fundamentar la doble aporía existente entre democracia política y democracia sustancial en la actual época de la globalización. Puesto que, si bien el discurso de la democracia política en sus inicios estuvo fundado sobre el sufragio universal y el principio de la mayoría, que le dio un valor garantista en el mundo occidental, operó con regular éxito hasta que los países pobres crecieron y rebasaron a los países ricos de occidente, rompiendo así, la hegemonía de los países ricos.

Forzando con ello, a que en el anterior siglo (XX) hubiese una implementación de políticas sociales que promovieran mejores niveles de vida para los habitantes de los países pobres, merced a las luchas de los trabajadores que se verían reflejadas en las cartas constitucionales como derechos sociales.

Sin embargo, en la actualidad la relación entre democracia y derecho se ha invertido, ya que las actuales sociedades occidentales operan con políticas de desmantelamiento de los derechos sociales y las garantías de estos. Siendo los sectores acomodados quienes dictan la política a seguir:

En suma, en el pasado, en el viejo estado liberal sólo garante de los derechos civiles y de libertad, era el estado de derecho el que tenía un valor conservador: mientras que la democracia, al hacer posible la representación de una mayoría de pobres, tenía sobre todo un valor social y, en todo caso, progresista. Hoy sucede lo contrario, el estado constitucional de derecho es un factor de garantía de los sujetos más débiles frente a las tendencias conservadoras de las mayorías; y la ideología neoliberal, paradójicamente, ha

descubierto el valor de la democracia rousseauiana como equivalente político de la libertad del mercado.⁸¹

Otro aspecto de la aporía de democracia política que ya se había mencionado antes, es aquel que se refiere a la pérdida de soberanía de los Estados nacionales que conlleva a una separación entre gobernantes y representantes de países pobres y ricos, donde estos últimos son los que toman las decisiones que inciden de manera negativa en el resto del mundo, al imponer una ideología neoliberal, que condena a la miseria a la mayoría de los habitantes de este planeta; aplastando y arrasando con movimientos que denuncian tal injusticia que al reprimirlos lo hacen violando de manera flagrante las garantías y derechos de libertad, de manifestación etc.

Tal panorama permite mostrar la relación entre derechos fundamentales e igualdad y entre garantías de los derechos y democracia constitucional. Puesto que la igualdad jurídica impide caer en la visión de la existencia de “otro” como desigual e inferior, que debe ser excluido de tales derechos, y de este modo ser discriminado; práctica que de manera nada casual se da de los países ricos que son la minoría hacia los países pobres que son la mayoría, (lo cual no quiere decir que esta práctica, no se dé también al interior de los países pobres).

Así pues como hemos visto en este apartado, el riesgo de los cambios provocados por la globalización, es que estos traen consigo una crisis de la democracia al poner en crisis el estado de derecho como un vacío del derecho público internacional, y una vez reconocido esto, en el siguiente capítulo veremos la propuesta sugerida por Ferrajoli para paliar tal situación.

⁸¹Ibid., p. 529.

3.2. LA PROPUESTA DE FERRAJOLI DE UNA ESFERA PÚBLICA MUNDIAL

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, al decapitar al rey en la revolución francesa, lo que se instaura es la voluntad popular, la soberanía popular (en el sentido que le da Rousseau: que es de todos y no es de nadie porque nadie se puede asumir como propuesto o elegido para representar la voluntad de los demás). A partir de ahí lo político hará referencia al Estado como soberanía o poder centralizado hacia adentro y hacia afuera.

Desde entonces la idea del Estado moderno lleva consigo la idea de un orden impersonal, como un fenómeno independiente de los integrantes del pueblo y de los gobernantes como una especie de “persona artificial”, la cual ostentaría y sería el sujeto de la soberanía.

La soberanía como un poder de mando porque su carácter absolutista no depende de otros. Además la soberanía es absoluta porque no está limitada por leyes es “legibus solutus”, posteriormente cuando se enfrentan soberanía contra constitucionalismo estas traen consigo la “soberanía popular” que trata de establecer un término medio entre ambos.

Lo cual será una característica del liberalismo que se torna democrático al incorporar el concepto de “soberanía popular”, cuya premisa permanecerá constante hasta que con el federalismo surge la gran novedad, que fue su aportación a la democracia por la idea de la representación como límite a la soberanía popular, y con ello se afianza la idea del Estado como la instancia que surge para establecer un control al poder político, como Estado soberano.

Por ende, como hemos visto al principio de este trabajo, no obstante que el modelo contractualista constituye el antecedente directo de la propuesta democrática actual, tal modelo contiene en sí mismo una paradoja: puesto que otorga la encomienda de la tutela de la vida al Estado soberano, pero al mismo

tiempo dota a éste de un poder absoluto de vida y muerte sobre los integrantes del Estado nacional (en la propuesta hobbesiana, más no en la lockeana).

Lo anterior pone en evidencia que el concepto de “soberanía” representa una aporía del modelo contractualista, que como ya vimos en el capítulo sobre democracia y derechos fundamentales, cuando se habla de dicho modelo se parte de un planteamiento inicial, de un “estado de naturaleza” en el cual el derecho a la vida deriva en el planteamiento de la protección de una serie de derechos fundamentales a partir de la construcción de un aparato jurídico de estado, que al ser concebido como un Estado soberano cuyo poder pueda garantizar, con el monopolio de la fuerza y del poder de infligir la muerte, la defensa de la vida frente a los enemigos internos y externos.

Mostrando así la aporía existente entre proclamar en un mismo documento la protección e inviolabilidad de los derechos humanos y la soberanía del Estado, que con base a tal soberanía, pone a éste en condiciones de poder violar tales derechos gracias al poder omnipotente dado al legislador.

Además, resulta contradictorio afirmar en una democracia la existencia de un Estado soberano, puesto que el Estado democrático se funda en el reconocimiento voluntario por parte de todos sus integrantes, de un sistema de derecho y que al mismo tiempo este mismo sistema no se encuentre regulado.

Su historia corresponde a dos historias paralelas y opuestas, la de la *soberanía interna*, que es la historia de su progresiva disolución, con el desarrollo de los estados constitucionales y democráticos de derecho; y la de la *soberanía externa*, que, en cambio, es la historia de su progresiva absolutización, que alcanzó su ápice en la primera mitad del siglo pasado con las catástrofes de las dos guerras mundiales.⁸²

La primera historia (la de la *soberanía interna*), ya ha sido tratada en la parte en la que se habla del modelo garantista de Luigi Ferrajoli, en donde se comienza afirmando que las revoluciones burguesas fueron el parteaguas a partir

⁸² Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 476.

del cual autores como Lasalle, Sieyés y otros, situaron su reflexión acerca de los derechos fundamentales que dieron paso al Estado liberal de derecho y posteriormente al Estado constitucional, más adelante la relación entre estado y ciudadano quedó acotada en cuestión de la soberanía de ambas partes, permaneciendo en este modelo de estado liberal, un remanente de absolutismo en cuanto a considerar desde una perspectiva de derecho positivo la primacía de la ley y la omnipotencia del parlamento.

La segunda historia (la de la *soberanía externa*), ligada al planteamiento de comunidad internacional, hecho por Francisco de Vitoria, y más adelante por Francisco Suárez, Grocio y otros, caracterizando a ésta como una sociedad de repúblicas o ciudades independientes y, sin embargo, sujetas a un común derecho de gentes.

El estado nacional soberano resulta así fundado en dos oposiciones –por negación y por afirmación- al estado de naturaleza. En cuanto <estado civil>, en la negación del estado natural de las sociedades primitivas de los hombres de carne y hueso, y por eso en la oposición entre <civilidad> e <incivilidad> y entre <ciudadanos> y <no ciudadanos> como fuente de legitimación de nuevas formas de desigualdad y de dominio; por otro lado, en la afirmación de un nuevo estado de naturaleza, del de la sociedad salvaje pero artificial de los Estados soberanos, y así en su oposición como Estados virtualmente en guerra pero también unidos, como <mundo civil>, por el derecho-deber de civilizar el resto del mundo todavía <incivil>.⁸³

Tal panorama sin embargo, aplicó sólo en relación con los estados en donde la democracia se encontraba más instaurada como régimen, puesto que en los países en donde ésta se encontraba más endeble el manejo del poder de mayoría degeneró en modelos totalitarios, las mencionadas modificaciones trajeron como consecuencia en los países europeos políticas de opresión, y de colonización en diversas regiones del mundo que hicieron crisis en las dos guerras mundiales.

Siendo pues los regímenes totalitarios en que degeneró el modelo democrático lo que para Ferrajoli, obligo a “una refundación del derecho y de las

⁸³ Ibid., p. 477.

instituciones políticas, tanto estatales como internacionales, basada en la superación de las aporías de la soberanía interna y externa, al menos en el plano normativo.”⁸⁴

Dicha refundación trajo consigo dos grandes avances que en la actualidad se encuentran en crisis, puesto que al ser instituidos entran en conflicto con el modelo institucional de los Estados nacionales y con las formas de las relaciones de los Estados, siendo ambos resultado de la ampliación del viejo paradigma del Estado de derecho, por la vía de la constitucionalización de los derechos humanos y del principio de la paz, como límite impuesto a la política en relación a los poderes internos y externos, que a su vez deviene en un cambio en el aspecto normativo en relación al paradigma del derecho estatal y el internacional.

El primer avance que menciona Ferrajoli, consiste en la forma constitucional otorgada a la democracia a partir de las constituciones rígidas (cuyas características se explican en el apartado: El modelo garantista de Luigi Ferrajoli), y por la aplicación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, que guarda estrecha relación con la dimensión formal y sustancial de la democracia, que propone Ferrajoli y que también es explicada en el apartado mencionado.

En suma, con las constituciones rígidas quiebra el postulado –paleo-positivista y a la vez <democrático>- de la omnipotencia del legislador y de la soberanía del parlamento y alcanza plena realización el modelo del estado de derecho, con la sujeción también del poder legislativo de mayoría a la ley constitucional. En las democracias constitucionales ya no existen poderes o sujetos absolutos o soberanos. El mismo principio de la <soberanía popular>, enunciado en muchas constituciones, sirve para sancionar y al mismo tiempo para garantizar tal inexistencia.⁸⁵

En otras palabras, la soberanía al pertenecer al pueblo no puede pertenecer ni pertenece a ningún otro y, por ende, nadie puede apropiársela o acotar las partes de las mismas, correspondientes a todos y cada uno de sus integrantes.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibid., p. 478.

En lo que respecta al segundo avance o conquista jurídica del siglo XX, Ferrajoli menciona el cambio de paradigma registrado en las relaciones internacionales a partir de la fundación de la ONU, con la adhesión de la mayoría de los Estados del mundo en dicho organismo, el derecho internacional pasa a ser un ordenamiento jurídico supraestatal con la prohibición expresa de la guerra y la protección de los derechos fundamentales por medio de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y los dos Pactos sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966.

Los acuerdos anteriores, unidos forman una incipiente constitución mundial que en gran medida se encuentra inaplicada en la práctica y que requeriría de manera urgente, de mecanismos que le permitan llevarla a cabo para que deje de ser sólo una constitución de papel que pueda servir:

Para sujetar a todos los Estados, como *pactum subiectionis* y no sólo *associationis*, a un ordenamiento supranacional cuya razón social puede perfectamente identificarse con la garantía universal de la paz y de los derechos humanos. Por su virtud, los Estados adherentes dejan de ser, también en sus relaciones externas, *legibus soluti*, para quedar sometidos a las dos normas.⁸⁶

Tales medidas acarrearían la supresión del derecho de guerra como principal atributo de la soberanía y además la protección de los derechos humanos adquieren una garantía ya no sólo constitucional sino supraestatal. Luego entonces, así como el concepto de soberanía se diluye al interior de los Estados, merced a la existencia y vigencia del estado constitucional de derecho, resulta asimismo negada en el plano jurídico en su aspecto externo, revelándose como una categoría incompatible con el derecho, con la paz y la democracia.

Esa misma incompatibilidad la encontramos entre el plano jurídico y la idea de ciudadanía, puesto que contradice:

⁸⁶ Ibid., p. 479.

El universalismo de los derechos que las propias constituciones estatales atribuyen a todos en cuanto personas, sino también el pleno universalismo de todos los derechos fundamentales en el ordenamiento internacional. En efecto, éste, en diversas declaraciones y convenciones ha conferido estos derechos a los seres humanos en cuanto tales, concibiéndolos como sujetos de derecho internacional, es decir, como ciudadanos no ya sólo de su Estado sino también de comunidades supraestatales, ya sean de carácter regional, como la Unión Europea, o de carácter mundial, como la Organización de las Naciones Unidas.⁸⁷

Sin embargo, el panorama no deja de ser desolador a partir de que lo escrito en el papel, dista mucho aun de poder ser llevado a cabo en los hechos, debido en gran parte a la asimetría entre países centrales y periféricos donde de manera más notoria los primeros se niegan a acatar lo plasmado y firmado por ellos mismos al igual que los segundos, y al interior de la mayoría de los países el paradigma del estado de derecho constitucional se encuentra también en crisis, provocada en gran medida, por la globalización (como ya se vio en el capítulo: Derechos fundamentales y globalización).

Y así como encontramos una aporía entre el concepto de soberanía de los Estados, al ser aplicado de manera desigual cuando se trata de grandes potencias o cuando se trata de países débiles, en los primeros se maneja como una soberanía absoluta y en los segundos de manera bastante limitada; así también como hemos visto ya, encontramos una aporía entre ciudadanía y derechos fundamentales, que ha sido abordada en la parte de: Derechos fundamentales y ciudadanía en Luigi Ferrajoli de este trabajo.

De este modo, y con base a lo hasta aquí expuesto, Ferrajoli identifica un vacío de derecho público internacional (del cual se ha hablado en la sección: Derechos fundamentales y Globalización), como el rasgo jurídico característico de la globalización, a partir del cual, ésta resulta insostenible a largo plazo, puesto que traería consigo un estado de guerras y violencia que echaría por la borda el modelo de democracia que se pretende alcanzar.

⁸⁷ Ibidem.

Dado que, ya en otro apartado se hizo referencia a los cambios provocados por la globalización, en el cual se identificó como el rasgo más importante una crisis de la democracia, al poner en riesgo el estado de derecho en el modelo de Estado-nacional provocando con ello, un vacío del derecho público internacional.

Ante tal panorama la propuesta de Ferrajoli va en el sentido, no de crear un súper Estado mundial, sino en la introducción de una serie de garantías que protejan los derechos fundamentales vulnerados, para lo cual resulta indispensable la distinción entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía, primarias y secundarias.

En ambas funciones se menciona a la dimensión sustancial, que como ya hemos visto hace referencia a la sustancia de las decisiones entendidas como los límites y los vínculos impuestos a los poderes representativos, como parte de los principios axiológicos de la democracia.

Tales funciones cobran especial relevancia a partir de la ineffectividad de los derechos humanos, en tanto que tal responsabilidad cae dentro de las instituciones de garantía más que las de gobierno, puesto que las funciones e instituciones de gobierno, corresponden al ejercicio de actividades que caen en la esfera de lo decidible, y en ese sentido se legitiman a partir de su representatividad y a su cercanía a la cuestión electoral. Ferrajoli considera que no forma parte de la naturaleza de las funciones de defensa de los derechos humanos, el que estos se encuentren estrictamente ligados en los correspondientes principios universales enunciados en los tratados constitucionales internacionales que operarían como las normas téticas (*cfr.* La parte de este trabajo que se titula: La teoría general del derecho de Luigi Ferrajoli).

Lo que lleva a concluir a nuestro autor que más que la necesidad de crear o proponer funciones e instituciones de gobierno (pero que si sería recomendable que estas fueran un asunto local o nacional y en estricto apego a las formas de democracia política), lo que hace falta es crear a escala internacional: funciones e

instituciones de garantía en estrecha relación con las garantías de los derechos fundamentales establecidos y aceptados universalmente, que a su vez establecería un vínculo con la esfera de lo no decidible (en relación a lo que se puede decidir o que no se puede decidir). Dando como resultado por una parte un modelo formado por funciones e instituciones de garantía primaria, cuya tarea sería la tutela de los derechos de libertad y a la satisfacción de los derechos sociales; y por la otra funciones jurisdiccionales de garantía secundaria encargadas de verificar y reparar las violaciones de las garantías primarias.

En ambos casos se trata de funciones y de instituciones que no requieren representatividad política, sino, al contrario, separación de las funciones de gobierno, ya que su ejercicio consiste en la determinación imparcial de sus presupuestos de derecho y su legitimación, en la tutela de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, incluso frente a las contingentes mayorías...Por lo demás, en el plano teórico, la distinción entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía ofrece sólo un criterio de distribución desde el punto de vista de sus fuentes de legitimación. En particular, sirve para fundar la legitimidad de las funciones internacionales de garantía algunas de las cuales, como la tutela del medio ambiente, la salvaguarda de la paz, la lucha contra la criminalidad transnacional y la regulación de los mercados sólo pueden llevarse a cabo a escala global.⁸⁸

Aclarando, que si bien tales funciones deben ser acordadas a escala internacional, la responsabilidad de su aplicación recaería en los gobiernos locales, para con ello garantizar su eficiencia, teniendo ese doble carácter local e internacional de acuerdo al caso.

En lo que respecta a la garantía de los derechos fundamentales, una de las instituciones de garantía a nivel internacional, es la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad (*cfr.* el apartado: Derechos fundamentales y globalización, en la parte la crisis de la democracia liberal), sin embargo, aún sería necesaria la creación de muchas otras instituciones de garantía principalmente primarias, puesto que con ellas se podrían enfrentar de manera más adecuada los problemas de pobreza y hambre en el mundo y la garantía de los derechos sociales estipulados en el Pacto

⁸⁸ *Ibid.*, p. 533.

internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 19 de diciembre de 1966.

Asimismo, habría que encontrar mecanismos para que la FAO y la OMS pudiesen cumplir de manera más clara, su función de distribuir alimentos y de proteger la salud. En relación a la protección de las garantías secundarias, Ferrajoli sugiere además de la Corte Penal citada líneas arriba, complementarla con otras que se avocaran a la protección de los derechos laborales, civiles:

En fin, para la construcción de una esfera pública internacional, es indispensable introducir una *fiscalidad mundial*, es decir un poder impositivo supraestatal dirigido a la exacción de los recursos necesarios para financiar, con las instituciones de garantía, una política social internacional fundada en los derechos y no (sólo) en las ayudas.⁸⁹

Es decir, como ya se ha mencionado, Ferrajoli propone un federalismo global que contrasta con la idea de federalismo entendido como una forma de organizar el poder político y de estructurar al Estado, (que a diferencia del Estado unitario que concentra el poder político en una sola organización institucional), el federalismo contiene en su organización del mismo orden al menos dos niveles u órdenes de gobierno, es decir, tiene un estructura dual, siendo cada una de tales estructuras independientes entre sí, que nos lleva a identificarlo a partir de una división de poderes que subsiste hoy en modelos como el federalismo estadounidense, además el federalismo introduce el principio de representación que presupone un límite a la soberanía popular.

El federalismo global que propone Ferrajoli, es un cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista, que sea capaz de distinguir entre las funciones particularistas de gobierno a nivel estatal, y funciones universalistas de garantía legitimadas por la tutela igual de los derechos de todos, avalada por instituciones supranacionales con el objeto de garantizar su eficacia, puesto que: “la única alternativa racional a la actual regresión del orden internacional a la guerra global infinita como instrumento de gobierno de una sola superpotencia es la transformación gradual del actual y en parte modelo fallido modelo confederal de

⁸⁹ Ibid., p. 533.

derecho internacional en un modelo federal; como escribieron Hamilton y Kant, el único apto para garantizar la paz y los derechos fundamentales.”⁹⁰

Modelo federal que tiene como sustento el derecho internacional vigente a partir entre otros del párrafo 3° del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, asimismo el artículo 28 del mismo documento; que como ya se ha dicho, es una obligación jurídica tendiente a solucionar las lagunas en cuanto a garantías que vician el orden internacional:

Se trata de una obligación no sólo universal (*ómnium*) de todos los Estados y de las Naciones Unidas, sino también absoluta (*erga omnes*), dado que vincula a los Estados no sólo frente a sus pueblos y ciudadanías, sino frente a todos los pueblos y todos los seres humanos del mundo...Y la razón social del nuevo orden mundial ya hoy diseñado en las cartas constitucionales está en la construcción de una esfera global que de este modo sea garante de la paz y de los derechos humanos.⁹¹

Dicha iniciativa, aun y cuando tiene que ver con el interés de todos los seres humanos, los intereses privados de mercado nunca asumirán la responsabilidad de conformar una esfera pública internacional que tendrá que ser construida con medios públicos, lográndose con ello revertir el sometimiento de la política a los intereses económicos de las grandes empresas trasnacionales que en la actualidad por medio de sus cabilderos controlan la elaboración de normas a escala global, en donde todo es negociable para lograr el beneficio de los intereses privados sobre los intereses públicos.

Tales conductas de la globalización actual, traen aparejada una pauperización y una regresión del derecho que semeja los sistemas jurídicos premodernos en donde las personas se encontraban sujetas en un mismo territorio a diversos ordenamientos: la Iglesia, el Imperio, los principados, etc. ante lo cual Ferrajoli sugiere que la formación de una esfera pública y de una democracia global, debieran seguir un proceso opuesto al de las democracias constitucionales en los ordenamientos nacionales:

⁹⁰ Ibid., p. 536.

⁹¹ Ibid., p. 537.

El del estado constitucional de derecho ya no como plena realización del estado legislativo de derecho, sino, al contrario como su presupuesto, es decir, como proyecto normativo que impone la refundación del derecho internacional por el cauce de una legislación de actuación basada en la distribución multinivel de las fuentes y de las competencias, en la separación entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, en la rehabilitación, en fin, del principio de legalidad como límite y vínculo de todos los poderes, tanto públicos como privados.⁹²

Reconociendo el autor, que dicha tarea comporta fuertes dificultades, por un lado a nivel teórico-jurídico, cuyo fondo político lo constituye la falta de disposición de las grandes potencias y las grandes empresas transnacionales a sumarse a estos acuerdos que los someterían a una esfera pública, además resulta necesario encontrar un mecanismo para hacer coincidir la naturaleza de los problemas y el nivel de competencias, a partir de la creación de instituciones que se encarguen de la supervisión y el cumplimiento de las garantías que los derechos conllevan.

Puesto que tópicos como la paz, la protección ambiental, son cuestiones que rebasan el interés estatal y se convierten en ámbitos de interés global, requieren ser tratados con esa misma jerarquía, y en ese sentido, dichos cambios pasan forzosamente por el replanteamiento del papel del Estado y el orden internacional actual. “Esto significa que hoy no es posible una fundación de la democracia internacional sin una refundación interna de nuestras democracias occidentales; y que, a la inversa, no es posible una refundación de las democracias nacionales sin una fundación democrática del orden internacional.”⁹³

Dicha refundación es pensada por Ferrajoli como un federalismo global multinivel que reconozca el pluralismo de los ordenamientos estatales y supranacionales, que sea capaz de separar, como ya se mencionó, entre funciones de gobierno y funciones de garantía, de tal forma que con ello, ponga un límite a los poderes públicos en general y en particular a las funciones de

⁹² Ibid., p. 538.

⁹³ Ibid., p. 539.

gobierno, previniendo los retrocesos y vicios de nuestras democracias por su proclividad a caer en posiciones organicistas y populistas.

Además, otra de las ventajas que conlleva la implementación del modelo federalista propuesto por Ferrajoli, consiste en que éste vendría a ser una teoría de la libertad civil y de la democracia, al ser garante de ambas frente a las desventajas de un estado unitario que se puede volver en cualquier momento en despótico y opresor, en tanto que el modelo federalista promueve una multiplicidad de centros autónomos que fomenten la participación ciudadana en la *res pública*.

Sin embargo para que ello sea factible debe de cumplir en opinión del autor con dos condiciones. La primera se refiere a que no prevalezcan las connotaciones centralistas características del Estado federal:

El estado federal es poco más que una variante del viejo Estado nacional soberano, no muy diversa de los Estados articulados en autonomías regionales o en comunidades autónomas...En cambio, la federación es una red de relaciones entre ordenamientos federados, cuyo grado de federalismo con respecto al modelo estatalista se mide por el grado de división y de separación de los poderes ente los diversos niveles y, por eso, por la ausencia de poderes supremos, más aún de poderes absolutos.⁹⁴

La segunda condición, está relacionada con las razones y la base social de la federación a partir de la distinción hecha por Michelangelo Bovero y Ernano Vitale (Michelangelo Bovero, Europa 2001, *Tra unità e divisioni: Teoría política XVII/2*, 59.74; Ernano Vitale, <Le moltepliciti declinazioni del federalismo>, ponencia presentada en el congreso *La costituzione europea: la fine di un'illusione?*) respecto a dos tipos de federalismo: el primero de tipo comunitarista y organicista, cuya pretensión es la protección de identidades culturales homogéneas recíprocamente excluyentes; y el segundo de tipo individualista y contractualista, cuyo fundamento vendría a ser el pacto constitucional a partir del cual se estipulan en un marco federal las instituciones de algunas funciones de

⁹⁴ Ibid., p. 543.

gobierno: el principio de la paz y la garantía de los derechos fundamentales de todos.

Es decir, el rechazo al comunitarismo viene dado entre otras cosas por el propósito de éste de reducir la autonomía individual en beneficio del bien colectivo, manteniendo una clara diferenciación entre las diversas comunidades a partir de sus diferencias culturales, pugnando no por una justicia universal sino por una justicia valida solo en ámbitos restringidos. Puesto que para los comunitaristas la realidad humana primaria y original es la sociedad, no el individuo; por ende la identidad con la comunidad tiene una importancia determinante para la identificación y la protección de los derechos.

Así pues, la refundación de la democracia constitucional a escala supranacional que propone Ferrajoli, cobra relevancia a partir de que ante la ausencia de una esfera pública global que pueda fungir como garante de la paz y de los derechos humanos, provoca que exista una expansión de manera desenfrenada de lo que llama poderes salvajes de tipo político o económico. Si esto sucede en países que tienen cierta estabilidad en los aspectos antes mencionados, en los países más pobres dicha problemática se agudiza, puesto que tales poderes salvajes al moverse en la informalidad se sustraen a cualquier tipo de control de tipo jurídico y por ende constitucional, provocando caos y confusión que pone en un serio riesgo a la democracia y al estado de derecho en su conjunto.

Por ello, de no intentar una refundación del paradigma constitucional a nivel internacional como propone Ferrajoli, el mundo entero corre el riesgo de quedar a expensas de los mecanismos del poder y de las leyes del mercado que ya en la actualidad aquejan a gran parte de la humanidad.

Para dejar en claro las bases de las que parte Ferrajoli, éste se desmarca de un cognoscitivism ético relacionado con los teóricos de la universalidad de la doctrina de los derechos humanos, llamados por Hedley Bull y Danilo Zolo (*cfr.* H. Bull, *The anarchical Society* y D. Zolo, *Cosmopolis*) *Western globalists*.

Distanciándose asimismo, de la idea iusnaturalista de un universo ontológico de los derechos humanos que de manera general pretende ubicar a estos a partir de su aceptación universal (consensualista).

Como dije entonces, no existe ni una ontología ni una aceptación universal de los derechos...Pero, precisamente porque no son compartidos moralmente por todos (y tampoco es legítimo pretender que lo sean), estos derechos han sido estipulados jurídicamente en garantía de todos. Su fundamento axiológico no reside en el inverosímil consenso universal, sino en la igualdad que prescriben, en el hecho, no de ser queridos por todos, sino de garantizar a todos... En suma, el universalismo de los derechos humanos es sólo un universalismo jurídico, ligado a su forma universal como derechos expresados por normas téticas.⁹⁵

Argumentando que, el lado más oscuro de la falacia ontológica o consensualista, es que sirve para justificar lo que Danilo Zolo llama *fundamentalismo humanitario*, (cfr. Danilo Zolo, *los derechos humanos como política e Idolatría, Paidós, Ibérica, Barcelona, 2003, p. 135-137*), a partir del cual países como Estados Unidos de Norteamérica emprenden constantemente guerras contra otros países, a esta política belicista Ulrich Beck le ha llamado humanismo militar, que consiste de manera general en una política de falsear la realidad so pretexto de la defensa de los derechos humanos, asumiendo esta actitud como una especie de religión civil. (Ulrich Beck, *Il soldato Ryan e l'era delle guerre postnazionali*).

Para fundamentar su desacuerdo con dicho enfoque, Ferrajoli aduce que: la idea de defender los derechos humanos mediante la guerra es a todas luces una contradicción en los términos, puesto que la guerra constituye la máxima negación de los derechos y del derecho en general. Aunado a lo anterior, el país estadounidense que es el que más utiliza tal estrategia, se ha negado a firmar sistemáticamente todos los acuerdos y pactos internacionales que obligan a proteger los derechos humanos, lo que en el fondo nos muestra que dicho país sostiene la “extraña idea de que los derechos humanos se defienden con

⁹⁵ Ibid., p. 549.

bombardeos y no con el derecho y con los tribunales. Tal es el verdadero lado oscuro de Occidente en conflicto con sus propios principios.”⁹⁶

En contraste, la propuesta de Ferrajoli de un constitucionalismo global, resalta lo jurídico y lo político al negar que la estrategia de la guerra en la supuesta defensa de los considerados valores de Occidente, lo único que hacen es reactivar el planteamiento schmittiano de amigo/enemigo lo cual conlleva a la disolución del ordenamiento internacional.

De acuerdo a lo ya mencionado en el apartado: Derechos fundamentales y globalización de este trabajo, en donde Ferrajoli plantea los peligros de la globalización en relación a la crisis de la democracia constitucional en sus cuatro dimensiones: política, civil, liberal y social, en lo que sigue, y de acuerdo con los propósitos de este trabajo, solo haremos mención a la dimensión liberal en cuanto al esquema federal y multinivel de la democracia constitucional del modelo ferrajoliano, que identifica a la dimensión liberal de la democracia constitucional internacional, con una libertad e igualdad jurídica de las diferencias existentes actualmente a partir de la ciudadanía, que permita por medio de este enfoque superar la antinomia entre derechos fundamentales y ciudadanía. Debido a que tal igualdad consiste en la igual titularidad de los derechos fundamentales, a partir del reconocimiento de las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto a todos los demás:

Todos los derechos de libertad, tal como son previstos en los artículos 3-14 y 18-20 de la Declaración Universal de 1948, son, directa o indirectamente, derechos a la (afirmación, conservación, manifestación o valorización de la) identidad de cada uno, cualesquiera que sean sus opiniones, creencias, pertenencias y condiciones personales o sociales. También bajo este aspecto se revela el valor de la separación laica entre derecho y moral y entre derecho y naturaleza.⁹⁷

La importancia de tal separación radica en que presupone la igualdad y la libertad, al desterrar cualquier tipo de discriminación y castigo so pretexto de supuestas identidades y, por otro lado, prevé la posibilidad de recurrir al derecho

⁹⁶ Ibid., p. 551.

⁹⁷ Ibid., p. 567.

en el momento en que se quiera defender una determinada moral o forma de pensar. Siendo tal reconocimiento (la igualdad de las diferencias) el que permitiría a fin de cuentas la convivencia y el respeto de las diferentes culturas, organizaciones políticas, y creencias religiosas que no ofendan las libertades de los demás.

El panorama anterior sostiene Ferrajoli impedirá caer en fundamentalismos de tipo tradicional o en el fundamentalismo capitalista (de la guerra), a partir del cual el modelo estadounidense sería el único modelo válido y legítimo de sociedad: “A la inversa, paz y derechos, principio de igualdad y garantía de las diferencias, laicidad de las instituciones, libertades fundamentales y pluralismo de las culturas, se implican recíprocamente, como factores que son cada uno de ellos de todos los demás.”⁹⁸

Dado que vivimos en un mundo globalizado que se caracteriza por una ineludible interdependencia en cuanto a la comunicación y movilidad de las personas, relacionado esto último con el fenómeno de la migración, que en el pasado se dio del viejo mundo al nuevo mundo y cuando esto fue así, se elaboraron discursos para legitimar la conquista, la colonización y el comercio (Vitoria); sin embargo en la actualidad nos encontramos con que el mismo fenómeno se presenta de manera inversa al ser los habitantes de los pueblos del tercer mundo quienes emigran hacia países del primer mundo, donde estos últimos se niegan a medir con el mismo rasero tal fenómeno, cuando este fue al revés.

Excluyendo a los inmigrantes que llegan a sus países confinándolos en guetos, o encerrándolos en cárceles, bajo el pretexto de no gozar de la ciudadanía. Por ello Ferrajoli plantea que en un modelo de democracia liberal cosmopolita, la idea de ciudadanía constituye una insuperable aporía del constitucionalismo supranacional:

⁹⁸ Ibid., p. 567.

En la actualidad la ciudadanía de los países ricos representa el último privilegio de estatus, factor de exclusión y discriminación y no, como en el origen del Estado nacional, de inclusión y equiparación; herencia premoderna de las diferenciaciones personales por nacimiento, en contradicción con la igualdad y con la universalidad de los derechos fundamentales sancionados como derechos de la persona, y no (sólo) del ciudadano, por la Declaración Universal de 1948 y los Pactos de 1966.⁹⁹

A partir de lo cual, la única forma de llevar a cabo el ejercicio de los anteriores derechos, implica reconocerlos independientemente de la cuestión estatal que llevaría a separarlos de la cuestión de la ciudadanía, con lo que se podría cumplir su carácter universal, terminando así con la aporía entre derechos fundamentales y ciudadanía, que lleva a Ferrajoli a concluir: “Por eso, en el próximo futuro, la credibilidad de los <valores de Occidente> -igualdad, derechos fundamentales, dignidad de la persona- se juega en su efectiva universalización.”¹⁰⁰

⁹⁹ Ibid., p. 568.

¹⁰⁰ Ibid., p. 569.

CONCLUSIONES

Ante la necesidad de superar el régimen normativo actual, cobra vigencia el modelo garantista de Luigi Ferrajoli, dado que la idea del contrato social que se encuentra en la base de la propuesta de democracia de dicho autor, pretende ser una guía que nos marca hacia donde debemos ir, ya que ninguna teoría contractualista ve hacia el pasado sino hacia el futuro.

Sin embargo, al remontarnos a los orígenes del constitucionalismo moderno nos encontramos con una paradoja, puesto que la propuesta contractualista como detonante de la vida civil que está en la base de la filosofía iusnaturalista, parte de la protección y el resguardo de la vida que será una pieza importante para más adelante poder hablar de los derechos fundamentales, y del constructo jurídico del Estado, concibiendo a este último como un Estado soberano que, merced a esta característica tiene un poder de vida y muerte tanto al interior como al exterior, lo cual constituye a todas luces un contrasentido frente al planteamiento de un sistema de derecho positivo en donde la razón y el consenso juegan un papel central.

Ante las diferentes variantes del constitucionalismo viejo y nuevo y ante las diferentes propuestas de democracia, la de Luigi Ferrajoli destaca por llevar implícito que: merced a los acontecimientos que ponen y han puesto en crisis a la democracia, existe la posibilidad de que a través del derecho los ideales de ésta, que datan de la tradición ilustrada como la igualdad y la dignidad sean aun aspiraciones válidas. Teniendo en cuenta además que la definición de democracia de dicho autor viene a ser el núcleo de la teoría jurídica y política de la modernidad al plantear que el derecho viene a ser ante todo el instrumento para la garantía de condiciones específicas de justicia básica como son los derechos fundamentales.

Como hemos visto de manera muy general en este trabajo, el paradigma de la democracia constitucional moderna atraviesa por una profunda crisis atribuible a diferentes causas, y es dentro de este contexto que la propuesta

garantista de Luigi Ferrajoli que pugna entre otras cosas, por la positivización de los derechos fundamentales (a partir del debilitamiento de estos en las diferentes cartas constitucionales), cobra relevancia al plantear que es necesaria una enérgica defensa de los derechos fundamentales, teniendo como punta de lanza el reconocimiento de la antinomia de estos en relación con el concepto de ciudadanía.

Puesto que la idea de la ciudadanía como el presupuesto *sine qua non* de los derechos fundamentales contradice la supuesta universalidad de estos, que las mismas constituciones otorgan a todos en cuanto personas y asimismo el universalismo de todos los derechos fundamentales en el orden internacional, que se ha hecho más notorio en la actualidad a partir de fenómenos como la migración, y el reforzamiento de los poderes económicos en un mercado global que provoca una mayor concentración y confusión de poderes.

El panorama anterior ha provocado la existencia de una sociedad desregulada y regresiva respecto a la garantía de los derechos fundamentales y una pauperización cada vez más marcada de estos en detrimento de las condiciones de vida de la mayoría de la población mundial, provocando una inestabilidad política, la cual es necesaria para la paz y la sana convivencia, poniendo en crisis el papel de la democracia política y por ende el papel del Estado nacional, desplazando el poder de éste fuera de sus fronteras que conlleva un vacío de derecho público al no haber una esfera pública a la altura de los procesos de globalización actuales, (es importante recordar que por esfera pública se hace referencia a todas las funciones e instituciones que tienen como fin la tutela de los intereses generales, entre los cuales se encuentra la paz, la seguridad y los derechos fundamentales).

Sin embargo, es importante agregar que el vacío del derecho público en la globalización no es equivalente a un vacío de derecho, sino un vacío de derecho público en relación con la sustitución de éste por parte de los grandes poderes económicos transnacionales representados por los grandes despachos de abogados de dichas empresas que pugnan por la ley del más fuerte.

En lo que respecta a las relaciones civiles y económicas, dicho vacío se manifiesta en el poder ilimitado que adquieren los poderes financieros y empresariales privados, que se refleja en una desmedida expansión y acumulación que invade tanto el ámbito civil como el económico, lo cual trae como consecuencia el debilitamiento de las esferas públicas nacionales y aunado a ello la pauperización de las garantías de los derechos fundamentales, situación que resume Ferrajoli al afirmar que el problema actual es que el Estado nacional está perdiendo su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, y su centralidad en el económico.

Por otra parte, si esto sucede a escala nacional, a escala mundial la falta de una esfera pública global que garantice la paz y el respeto de los derechos humanos, provoca la proliferación de poderes salvajes, en el ámbito político o el económico. Y es ante este vacío de derecho público internacional que los países más pobres se encuentran en total indefensión ante tales poderes.

Ante tal panorama, la democracia y el estado de derecho en su totalidad se encuentran en grave riesgo, siendo urgente tomar en cuenta la propuesta de Luigi Ferrajoli acerca de la necesidad de una refundación de ambos a escala global, sobre todo frente a la explotación y las lesiones de la dignidad de la persona una de cuyas aristas la encontramos en la idea de ciudadanía, incompatible con el principio de igualdad en los derechos y con el paradigma de una democracia liberal.

Puesto que como se ha hecho mención en este trabajo, en la actualidad la ciudadanía de los países ricos representa el último privilegio de estatus, de exclusión y discriminación, provocando fenómenos como la inmigración hacia tales países, en donde las personas que emigran procedentes de países pobres, son excluidos, rechazados, hacinados en guetos, lo cual claramente se encuentra en contradicción con la igualdad y con la universalidad de los derechos fundamentales que aparecen como derechos de la persona y no sólo del ciudadano, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los Pactos de 1966.

En este contexto, la cuestión de la antinomia de los derechos fundamentales y ciudadanía en la democracia garantista de Luigi Ferrajoli, fue algo que desde el momento de iniciar este trabajo, consideré y aún sigo considerando de suma importancia para ser abordado en los diferentes ámbitos que le incumben como la filosofía política y el derecho, y que por supuesto guardan estrecha relación con la cuestión de la democracia y la globalización, ya que los derechos fundamentales constituyen el presupuesto de toda democracia a partir de la obligatoriedad de su garantía de protección en las diferentes cartas constitucionales.

Cabe agregar que el camino recorrido por la propuesta de Ferrajoli no ha sido fácil, puesto que desde su formulación hasta hoy en día sigue siendo objeto de innumerables críticas, estando sometida a un exhaustivo escrutinio filosófico y jurídico al que ha tenido que enfrentar y dar respuesta; lo cual por sí mismo se puede interpretar como un logro de dicha teoría ya que al llamar la atención sobre tópicos como el ya mencionado constitucionalismo garantista, contribuye a que este tema sea puesto en el centro de la discusión y posibilita el surgimiento de propuestas útiles para una mejor instrumentación a futuro, que permitan dignificar y refundar la actividad política con vistas a poner un coto a los “poderes salvajes”, esto, por supuesto, requiere aún de un arduo trayecto por recorrer.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes bibliográficas

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, Madrid, 601pp.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, F.C.E., México, 2003, 138pp.
- _____, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990.
- Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro, *garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta IJ-UNAM, 2009, 542pp.
- De-Gregorio, Josu Cristóbal, Gómez García, Juan, *et al*, *La globalización y la crisis de los derechos*, UNED, Madrid, 2005
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, 376pp.
- _____, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006
- _____, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, 180pp.
- _____, *garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, 2009, 132pp.
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, 390pp.

- _____, *Poderes salvajes, La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, 109pp.
- _____, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia, 2. Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, 676pp.
- _____, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia, 1. Teoría del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, 906pp.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982
- Marx, Carlos, Engels, Federico, *Obras escogidas: Manifiesto del partido comunista*, Editorial Progreso, Moscú, 1955
- Pozzollo, Susanna, “Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli” en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro, *garantismo estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta IJ UNAM, 2009, 542pp.
- Rousseau, Jean-Jaques, *Del contrato social*, cit., lib. III, cap. XV
- _____, *Scritti politici*, traducción italiana, Roma-Bari: Laterza, 1994, vol. I, pág. 44. En Stefano Petrucciani, *Modelos de filosofía política*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2008
- Yturbe, Corina, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, UNAM, México, 2007, 262pp.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, 156pp.

Fuentes electrónicas

- Gabriel Maino, Carlos Alberto, *La ley natural en la taxonomía de John Austin*, [en línea], Dirección URL:
http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/la_ley_nat_en_la_tax_d_las_ley_j_a.pdf, [consultada 04 de mayo 2014].

- Gandarilla Salgado, José Guadalupe, *¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LA GLOBALIZACIÓN?: UNA INCURSIÓN METODOLÓGICA DESDE AMÉRICA LATINA*, [En Línea], Dirección URL:
<http://rcci.net/globalizacion/2000/fg133.htm>, [consultada 27 marzo 2014].

- Rentería Díaz, Adrián, *Constitución y democracia ¿límites y vínculos?* [en línea], Dirección URL:
<http://web2.mty.itesm.mx/temporal/confines/articulos6/RenteriaA.pdf>
[consultada 13-10-2013].