



Universidad Nacional  
**SAN LUIS GONZAGA**



## **Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional**

Esta licencia permite a otras distribuir, combinar, retocar, y crear a partir de su obra de forma no comercial y, a pesar que son nuevas obras deben siempre rendir crédito y ser no comerciales, no están obligadas a licenciar sus obras derivadas bajo los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>



UNIVERSIDAD NACIONAL "SAN LUIS GONZAGA"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA



"AÑO DE LA UNIDAD, LA PAZ Y EL DESARROLLO"

EVALUACION DE ORIGINALIDAD

## CONSTANCIA

El que suscribe, deja constancia que se ha realizado el análisis con el software de verificación de similitud a la TESIS, cuyo título es:

**CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y NEOCONSTITUCIONALISMO  
FRENTE AL GARANTISMO POSITIVISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

Presentado por:

**MEDINA OSORIO PIERE ELIAS**

Que, conforme al informe automatizado de originalidad emitido por el Operador del Programa Informático Evaluador de Originalidad de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNICA, se concluye que;

**El resultado obtenido es del 6% por el cual se le otorga el calificativo APROBADO, según Reglamento de Evaluación de la Originalidad**

Para dar fe, se adjunta al presente el reporte de similitud de las bases de datos de Ithenticate.

Ica, 30 de Noviembre del 2023.

UNIVERSIDAD NACIONAL "SAN LUIS GONZAGA"  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
DIRECCIÓN DE UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



*[Firma]*  
DR. FERRAJAMBIA PEREYRA  
DIRECTOR

**UNIVERSIDAD NACIONAL “SAN LUIS GONZAGA”**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Tesis

**“Constitucionalismo Principialista y  
Neoconstitucionalismo frente al Garantismo Positivista  
de Luigi Ferrajoli”**

Presentado por:

***Piere Elias Medina Osorio***

Asesor:

**Humberto Uchuya Carrasco**

Lima, 2022

A mis padres, por su apoyo incondicional, en la búsqueda de mejores horizontes de desarrollo personal, profesional.

PIERRE.

## **AGRADECIMIENTOS**

A la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga” de Ica por darnos la oportunidad de seguir con nuestra formación continua.

A la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga” de Ica por darnos la oportunidad de convertirnos en operadores de justicia en el rol de Abogados.

A los Docentes responsables de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNICA por habernos dedicado tiempo, apoyo en las etapas que comprendió realizar los estudios para alcanzar el Título Profesional de Abogado.

A los compañeros de aula que, con sus intervenciones, aportes han contribuido en la construcción del Perfil Profesional de Abogado.

## ÍNDICE

PORTADA	
DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	3
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	4
ÍNDICE DE TABLAS.....	6
ÍNDICE DE FIGURAS.....	7
RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>10</b>
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	13
1.1. Antecedentes.....	15
1.2. Realidad Problemática.....	15
1.3. Delimitación de la investigación.....	16
1.4. Formulación del problema.....	16
1.5. Justificación e Importancia de la investigación.....	17
2. MARCO TEÓRICO.....	19
2.1. Antecedentes del Estudio.....	19
2.2. Marco histórico de la investigación.....	23
2.3. Marco teórico o bases teóricas propiamente dichas.....	24
Capítulo I: Fundamentos teóricos del constitucionalismo contemporáneo..	25
I. Estado Legalista de Derecho.....	25
II. Teoría del Derecho y Constitucionalismo.....	30
III. Estado Constitucional y Neoconstitucionalismo.....	46
IV. Rasgos esenciales del Constitucionalismo Moderno.....	52

Capítulo II: El Garantismo de Luigi Ferrajoli.....	75
I. Introducción.....	75
II. La Teoría del Derecho del Garantismo.....	77
Capítulo III: Constitucionalismo Garantista y Neoconstitucionalismo.....	100
I. Cuestiones generales.....	100
II. Constitucionalismo Garantista.....	96
2.4. Marco Conceptual.....	137
2.5. Marco legal o formal.....	138
3. OBJETIVOS.....	139
3.1. Objetivos generales.....	139
3.2. Objetivos específicos.....	139
4. HIPÓTESIS Y VARIABLES.....	139
4.1. Hipótesis.....	139
4.2. Variables.....	140
<b>II. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS.....</b>	<b>140</b>
<b>III. RESULTADOS.....</b>	<b>154</b>
<b>IV. DISCUSIÓN.....</b>	<b>154</b>
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>158</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES.....</b>	<b>159</b>
<b>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>160</b>
<b>VIII. ANEXOS.....</b>	<b>163</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1:</b> ¿La ponderación en las decisiones tomadas por los operadores de justicia se encuentra en textos consultados?.....	143
<b>Tabla 2:</b> Los autores consultados coinciden en que el tema de la ponderación ¿Es muy importante en la Administración de Justicia?.....	143
<b>Tabla 3:</b> ¿Constitucionalismo Principalista y Neoconstitucionalismo tienen puntos en común?.....	144
<b>Tabla 4:</b> ¿El Neoconstitucionalismo con sus defensores plantean nuevas ideas en el campo del Derecho Constitucional?.....	144
<b>Tabla 5:</b> ¿La mayor parte de los operadores de justicia cumplen con la ponderación en los fallos que emiten?.....	145
<b>Tabla 6:</b> ¿Los textos consultados definen adecuadamente el activismo del Poder Judicial?.....	146
<b>Tabla 7:</b> ¿Propuesta enmarcada en el Activismo del Poder Judicial contribuye con la correcta administración de justicia según los autores citados?.....	146
<b>Tabla 8:</b> ¿Los aportes de los autores sobre Activismo del Poder Judicial son entendibles?.....	146
<b>Tabla 9:</b> ¿Las propuestas realizadas por el Activismo del Poder Judicial son aplicables?.....	147
<b>Tabla 10:</b> ¿Existe información objetiva sobre el Activismo del Poder Judicial estudiado?.....	147
<b>Tabla 11:</b> ¿Las normas legales aplicadas en temas constitucionales garantizan el respeto a los derechos fundamentales?.....	148
<b>Tabla 12:</b> ¿En la Administración de Justicia el respeto a los derechos fundamentales se sigue considerando vital?.....	148
<b>Tabla 13:</b> ¿Hay derechos fundamentales que en la actualidad no son respetados por los operadores de justicia?.....	149
<b>Tabla 14:</b> ¿La preparación que tienen los operadores de justicia garantiza el respeto a los derechos fundamentales?.....	149
<b>Tabla 15:</b> ¿En nuestro país se respetan a cabalidad los derechos fundamentales?....	150
<b>Tabla 16:</b> ¿Los justiciables conocen el significado de legitimidad?.....	150
<b>Tabla 17:</b> ¿Se aplica oportunamente la legitimidad en las decisiones judiciales?.....	151
<b>Tabla 18:</b> ¿La Administración de Justicia en el país viene cumpliendo con la idea de legitimidad?.....	151
<b>Tabla 19:</b> ¿En ocasiones se vulnera la idea de legitimidad?.....	152
<b>Tabla 20:</b> ¿Los organismos autónomos del Estado, el Poder Judicial aplican con regularidad la idea de legitimidad?.....	152

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Figura:</b> Diseño Descriptivo Correlacional.....	141
--	-----

## RESUMEN

La investigación realizada ha permitido reconocer la estrecha relación que existen entre el constitucionalismo principalista y neo constitucionalismo con el garantismo positivista de Luigi Ferrajoli mediante las Técnicas del Análisis Documental, Encuestas, con el estudio minucioso de la doctrina existente, la consulta a personas conocedoras del Derecho Constitucional se ha podido alcanzar a demostrar las Hipótesis General e Hipótesis Específicas propuestas para la presente Investigación.

Los resultados obtenidos con los Instrumentos de Recolección de Datos usados, como fueron la Guía de Análisis Documental, el Cuestionario sobre constitucionalismo principalista y neoconstitucionalismo, Cuestionario sobre el Garantismo Positivista de Luigi Ferrajoli han permitido demostrar la relación existente entre las variables del estudio realizado.

Este trabajo es, en su mayor parte, una Investigación Dogmática desde su relación con el Derecho, pero, desde la Metodología de la Investigación también coincide con una investigación de nivel descriptivo, el Diseño empleado ha sido el Descriptivo Correlacional, ya que a lo largo de su desarrollo se ha buscado establecer la relación entre las variables: constitucionalismo principalista y neoconstitucionalismo con el garantismo positivista de Luigi Ferrajoli.

**Palabras Claves: Constitucionalismo, neoconstitucionalismo, garantía, positivismo, investigación dogmática.**

## **ABSTRACT**

The research carried out has allowed to recognize the close relationship that exist between principalist constitutionalism and neoconstitutionalism with the positivist guarantees of Luigi Ferrajoli, through the Techniques of Documentary Analysis, Survey has been able with the thorough study of the existing doctrine, the consultation of people who know of the Constitutional Law to achieve has demonstrated the General Hypotheses and Specific Hypotheses proposed for this Research.

The results obtained with the Data Collection Instruments used, such as the Documentary Analysis Guide, the Questionnaire on Principalist Constitutionalism and Neoconstitutionalism, Questionnaire on the Positivist Garantism of Luigi Ferrajoli have shown the relationship between the variables of the study carried out.

This work is for the most part a Dogmatic Investigation since its relationship with Law, but, since the Research Methodology also coincides with a descriptive level investigation, the Design employed has been the Descriptive Correlation, since throughout its development has sought to establish the relationship between the variables: principalist constitutionalism and neoconstitutionalism with the positivist guarantee of Luigi Ferrajoli.

Keywords: Constitutionalism, neoconstitutionalism, guarantee, positivism, dogmatic research.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los conceptos sobre el que mayor debate se ha generado en los últimos años es el de “neoconstitucionalismo”, término utilizado muchas veces para indicar el fenómeno constitucional que se generó a partir de la segunda posguerra con la introducción y positivización de una serie de principios morales en las constituciones y ordenamientos jurídicos en todo el mundo. Si bien se trata de un concepto que puede llevar a equívocos – como lo veremos en detalle más adelante – las diferentes implicancias que conllevan este nuevo, o reforzado, constitucionalismo (según se le entienda) se han materializado de manera casi total en la práctica cotidiana de los operadores jurídicos de gran parte del mundo occidental, sobre todo en los jueces de las últimas instancias y en los tribunales constitucionales.

Uno de los grandes debates que ha revivido e impulsado el “neoconstitucionalismo” es el referido a la pregunta sobre “qué teoría del derecho explicaría mejor el constitucionalismo contemporáneo”, ¿el iusnaturalismo?, ¿el positivismo incluyente?, ¿el positivismo excluyente?, ¿las corrientes anti positivistas como el “no positivismo”?, ¿el postpositivismo? La respuesta a esta pregunta puede significar grandes diferencias no solo a nivel teórico sino en la práctica misma, esto lo podemos corroborar en la jurisprudencia, donde cada vez es más común el uso de técnicas interpretativas que van más allá de resolver casos solo a partir de lo que está expresamente escrito en las fuentes jurídicas. Gran parte de estas nuevas prácticas jurídicas han sido encaminadas por la inclusión de principios morales o valores positivizados, estos es, por la incorporación de los derechos fundamentales en casi todas las constituciones del mundo, cuyo papel en los ordenamientos jurídicos no es solo referencial sino que se han convertido en normas jurídicas con eficacia directa que se irradian por todo el derecho. Esto ha traído como consecuencia que, a grandes rasgos, la tendencia para explicar el nuevo fenómeno constitucional suele ser que el positivismo, el cual alcanzó su máximo esplendor con Kelsen y luego con Hart, ya no sería la teoría más adecuada para explicar el derecho de nuestro tiempo, lo que queda evidenciado en gran parte de la dogmática y práctica jurídica de nuestros días. Podríamos mencionar como ejemplos más relevantes (por su difusión y desarrollo): la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por medio de “la ponderación”, la interpretación de las normas con estructuras de reglas y su posibilidad de “derrotabilidad”, la “irradiación total de los derechos fundamentales” en los ordenamientos jurídicos, la “fuerza normativa directa de la constitución” y sus “cánones específicos de interpretación”, el “control difuso”, la

“autonomía procesal de los tribunales” cuando entran juego derechos fundamentales. Todos estos conceptos y métodos de aplicación del derecho son materia de estudio y crítica desde la teoría del derecho, pero sobre todo son, cada vez con mayor frecuencia, aplicados por los jueces, quienes muchas veces se ven inclinados a desvincularse de los parámetros tradicionales del positivismo jurídico.

Este fenómeno, sin embargo, no ha significado la desaparición del positivismo como teoría explicativa del concepto de derecho, ni mucho menos, de hecho, en la práctica jurídica cotidiana, donde el positivismo, o incluso, el formalismo – entendido como la forma de aplicar el derecho teniendo en cuenta solamente la literalidad de la norma – están aún muy presentes. Lo que sucede es que el constitucionalismo del siglo XX ha traído consigo un fuerte componente no positivista o quizá iusnaturalista, pero no necesariamente la abolición del positivismo, por lo que hay aún muchas posiciones positivistas que van en contra de los cánones del “neoconstitucionalismo”. Una de las más importantes e influyentes en los últimos años ha sido la del “*garantismo*” del autor italiano Luigi Ferrajoli. Se trata de todo un sistema teórico de gran complejidad elaborado como un nuevo positivismo que supera al viejo positivismo para reforzarlo y darle un significado acorde a las exigencias del constitucionalismo contemporáneo. El garantismo está construido teniendo como base tres grandes enfoques: “*el teórico*”, “*el político*”, y “*el filosófico*”, significando cada uno un subsistema de teorías que reconstruyen desde el positivismo garantista los diferentes conceptos e instituciones jurídicas de todas las ramas del derecho, con las particularidades propias de cada una. Es así que el garantismo, según el enfoque del cual se parta, o según el tema que trate, puede tomar diferentes formas, siendo una de las versiones más importantes, por el papel que juega en el derecho, la del llamado “*constitucionalismo garantista*”, expuesto por Ferrajoli como contraposición al “*constitucionalismo principialista*” (término que usa Ferrajoli para referirse al fenómeno constitucional contemporáneo en su versión neoconstitucionalista).

El tema principal de esta tesis se desarrolla en base a la confrontación entre “*constitucionalismo garantista*” y “*constitucionalismo principialista*” o neoconstitucionalismo. Veremos los planteamientos teóricos y las implicancias prácticas de cada posición para luego obtener las conclusiones que formaran la hipótesis final. En resumen, lo que aquí plantearemos es, en primer lugar, el gran valor de las tesis de Ferrajoli por los aportes que brinda a la teoría del derecho en general, a la teoría de los derechos fundamentales, al concepto de democracia constitucional, la relevancia de su crítica a la división reglas – principios, a la ponderación, al activismo judicial, etc.; para

luego analizar cómo, en confrontación a las respuestas que brinda el neoconstitucionalismo, el garantismo no siempre ofrece la solución más adecuada por sus propios problemas y deficiencias estructurales internas; y que, a pesar de sus propios problemas, las teorías y métodos del constitucionalismo principialista resultan los más adecuados por su vínculo más cercano al razonamiento práctico moral.

Para este propósito dividiremos el contenido de esta tesis en 4 capítulos. En el capítulo I veremos cuáles son los fundamentos teóricos del constitucionalismo actual, su desarrollo desde el estado de derecho hasta el estado constitucional, haremos una mirada desde la teoría del derecho, sus características más importantes y explicaremos el fenómeno del “neoconstitucionalismo”; en el capítulo II describiremos los aspectos más relevantes del garantismo positivista de Luigi Ferrajoli; los capítulos III y IV contendrán la médula espinal de esta tesis, ya que aquí analizaremos las teorías del constitucionalismo garantista y todas sus hipótesis contrarias al constitucionalismo principialista, para luego plantear nuestra hipótesis y conclusiones.

Para realizar la presente investigación se ha recurrido al uso de las Técnicas de Recolección de Datos: Análisis Documental; Encuesta, a los Instrumentos de Recolección de Información: Guía de Análisis Documental; Cuestionario sobre Constitucionalismo Principialista, Neoconstitucionalismo y Cuestionario sobre Garantismo Positivista para poder contrastar y validar las Hipótesis planteadas.

EL AUTOR.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La discusión central sobre la que se hace la hipótesis de esta tesis se enmarca dentro de lo que vendrían a ser los diferentes problemas que se dan en los cánones teóricos y de aplicación del llamado “neoconstitucionalismo”, empezando por el término mismo, que como veremos más adelante, es equívoco, ya que es producto de una generalización de la escuela genovesa italiana. Pero más allá de la denominación que se le dé al fenómeno constitucional actual, este es punto de partida de distintos problemas que se presentan en la teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía política y en la aplicación práctica. Aquí abordaremos los siguientes temas:

- Constitucionalismo y moral: ¿objetivismo o subjetivismo moral?
- Significado de constitucionalismo
- Teoría del derecho y constitucionalismo
- Democracia y Constitucionalismo
- Teoría de los enunciados normativos: distinción entre principios y reglas
- Aplicación de principios: Ponderación
- Derrotabilidad de reglas
- Rol de los jueces
- Argumentación jurídica

Desde luego, podemos mencionar muchos más temas problemáticos dentro del neoconstitucionalismo, además de que por sí mismos, cada uno de estos tópicos son bastante extensos y complejos, por lo que aquí solo nos enfocaremos en analizar estos temas desde el enfoque de la crítica del “*constitucionalismo garantista*” de Luigi Ferrajoli.

La democracia, entendida tradicionalmente enfrenta serios retos para desenvolverse dentro de los cánones del neoconstitucionalismo. Un claro ejemplo de esto se da en el enfrentamiento entre los tribunales de control constitucional y el poder legislativo. Los primeros tienen la potestad constitucional de revisar o incluso dejar sin efecto la producción normativa del poder legislativo, pero a la vez visto desde la democracia a secas, esto pareciera no tener sentido, porque dicha producción normativa viene de un poder directamente elegido por el detentador originario del poder: el pueblo. Ferrajoli ha desarrollado una teoría de la democracia constitucional bastante útil para explicar y salir si se quiere de este problema.

Desde la teoría del derecho uno de los aportes más importantes en el marco neo constitucional es la distinción entre reglas y principios, esto debido a la inclusión en casi todos los ordenamientos jurídicos de exigencias morales a modo de derechos fundamentales que irradian todo el derecho y que determinan además la necesidad de ubicarlas en un lugar especial en teoría de los enunciados normativos. Un ejemplo muy influyente es la distinción entre principios y reglas que hicieron autores como Dworkin y Robert Alexy, que veremos capítulos más adelante. El Garantismo, desde luego, no acepta esta distinción y más bien le adjudica un rol pernicioso para la efectiva aplicación de los derechos fundamentales.

La ponderación como método de interpretación y aplicación de derechos fundamentales ha sido objeto de críticas por muchos autores además de Ferrajoli. En este caso el razonamiento siempre es parecido, ya que se trata de la inseguridad y la supuesta gran carga de subjetividad que hay a la hora de hacer el test de ponderación.

La inclusión de la moral al derecho trae consigo una gran objeción: el peligro del absolutismo moral y la consecuente vulneración de del multiculturalismo propio de los estados constitucionales. Esto para Ferrajoli es muy claro, el derecho que incluye moral no separada del derecho contraviene los principios básicos de todo estado constitucional.

Consecuencia de lo anterior es la posibilidad de la inaplicación por cualquier operador del derecho de normas claras que según la interpretación no respetan principios o derechos fundamentales ¿Debería poder cualquier operador del derecho desde el punto de vista neoconstitucional derrotar reglas explícitas si ve que estas vulneran derechos fundamentales?

Finalmente, otro tema íntimamente relacionado a los anteriores es al rol de los jueces. Ferrajoli es aquí también bastante crítico sobre todo con la llamada corriente del activismo judicial donde los jueces tendrían un amplio margen de discrecionalidad para argumentar y dar respuestas no necesariamente de acuerdo a lo que dicen las fuentes del derecho aplicables al caso concreto.

## **1.1. Antecedentes**

Desde que apareció de forma masiva la obra de Ferrajoli, esta ha sido punto de muchas críticas por su heterodoxa propuesta de pretender reivindicar un nuevo positivismo cuando gran parte de la dogmática ya daba por sentado que no era posible explicar el derecho actual a través del ningún positivismo, aunque valgan verdades aun hasta hoy existe una importante corriente positivista, pero en las que no se niega la presencia de principios morales. El Garantismo de Ferrajoli plantea un positivismo reavivado o transformado a las exigencias del estado constitucional, pero positivismo, al fin y al cabo. El propósito principal es garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, pero no en los términos del neoconstitucionalismo sino en los términos de este nuevo positivismo, lo que significa que muchas de las teorías y prácticas tendrían que ser cambiadas. Los estudios que se han realizado alrededor de la obra de Ferrajoli suelen apuntar a cual sería entonces el camino a seguir si no es el de las teorías y prácticas del neoconstitucionalismo, la respuesta de Ferrajoli no satisface generalmente a la dogmática en general.

## **1.2. Realidad Problemática**

Uno de los problemas más resaltados por la posición crítica es el de la inseguridad que generan muchas de las prácticas constitucionalistas. Veamos un ejemplo. Cuando los operadores del derecho tienen que trabajar con reglas jurídicas claras generalmente no tienen mayor problema, la operación suele acercarse más a la subsunción, en cambio, cuando en un caso entran a tallar derechos fundamentales, una de las prácticas difundidas desde el constitucionalismo principialista (usando el adjetivo de Ferrajoli) es el test de ponderación. Este se comienza a desarrollar en los tribunales alemanes y luego es sistematizado teóricamente por diferentes autores, siendo el más influyente Robert Alexy. El problema que se le adjudica a la ponderación es que, si bien, brinda un método para trabajar con derechos fundamentales, los pasos que la conforman tienen (para los críticos) una gran carga de subjetividad, lo que traería como consecuencia el debilitamiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales, en otras palabras, por medio de la ponderación según los críticos los derechos fundamentales pierden la garantía de ser concretizados efectivamente.

### **1.3. Delimitación de la Investigación**

#### **a) *Delimitación Temporal***

Esta investigación se ha desarrollado entre el año 2016 al 2018.

#### **b) *Delimitación Espacial***

Se ha tomado en consideración el contexto nacional, regional.

#### **c) *Delimitación Social***

Este trabajo comprende a Vocales, Jueces, Abogados, Litigantes estrechamente relacionados al Derecho Constitucional.

#### **d) *Delimitación Conceptual***

Se han establecido nociones sólidas sobre: “Neoconstitucionalismo o constitucionalismo principalista”, caracteriza a los cánones y prácticas que se dan en el derecho del estado constitucional actual, también se trabaja el tema del “Garantismo de Ferrajoli”, que es una de las teorías más influyentes dispuesta en oposición al neoconstitucionalismo, ya que busca explicar el desenvolvimiento del derecho del estado constitucional a través de un positivismo reforzado.

### **1.4. Formulación del Problema**

#### **1.4.1. Problema Principal**

¿Es el Garantismo desde su crítica al Constitucionalismo Principalista una mejor opción para el derecho constitucional actual?

## **1.4.2. Problemas Específicos**

### **Problema Específico 1.**

¿Qué modelo ofrece mejores respuestas al derecho del estado constitucional entre el Garantismo y el Constitucionalismo Principialista?

### **Problema Específico 2.**

¿Qué ventajas y desventajas se suscitan desde estos dos modelos en la teoría y aplicación de los DDFF, relación Derecho-Moral, división Reglas-Principios, Democracia y Activismo Judicial?

## **1.5. Justificación e Importancia**

### **1.5.1 Justificación**

#### **Justificación Legal.**

Se ampara en la Constitución Política de 1993; también en la Ley 28044, Ley General de Educación en lo relacionado a las Etapas del Sistema Educativo Peruano, que ubica a las Universidades en la II Etapa; otra base legal de la Investigación realizada lo constituye la Ley 30220, Ley Universitaria actual la cual reconoce la relevancia de la Investigación e Innovación para la sobrevivencia sostenible de la Universidad, por otro lado, el Estatuto de nuestra Universidad también hace mención sobre la relevancia de realizar investigación para optar el Título Profesional, además se han tomado en cuenta las normas legales vigentes en la Facultad de Derecho y Ciencia Política para llevar a cabo la presente Tesis.

#### **Justificación Teórica.**

Esta investigación permite analizar las críticas puntuales que hace Luigi Ferrajoli desde el garantismo constitucionalista, lo cierto es que ha habido muchos más de autores que han seguido esa línea crítica, aunque con diferentes fundamentos y propuestas, esto resulta por la gran importancia que tiene para la academia jurídica y para la práctica en general buscar respuestas o salidas a los diversos problemas que plantea el derecho del neoconstitucionalismo.

### **Justificación Práctica**

Todos los datos consignados en la presente Tesis contribuirán con el tema tratado, por lo que este contenido será fuente de referencia para que otros estudiosos que quieran investigar sobre el tema, tengan una opción para recuperar datos, información desde el trabajo que se pone a consideración.

### **Justificación Metodológica**

En la presente investigación, se consideran como parte de la Metodología aspectos relacionados al Tipo, Nivel y Diseño de Investigación, además también se consignan las Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos, así como las Técnicas de Procesamiento de Datos.

#### **1.5.2. Importancia de la Investigación**

Los problemas referidos en este trabajo y los que son expuestos y estudiados por la dogmática se presentan en realidad en los casos donde la respuesta no es evidente para el juez. En la práctica cotidiana donde lo más común es subsumir hechos a reglas claras, el neoconstitucionalismo solo entra a tallar desde dos flancos: la consideración inevitable de la irradiación de los derechos fundamentales si estos se presentan en el caso, y la interpretación de las fuentes del derecho desde el bloque de constitucionalidad (constitución, jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, instrumentos internacionales y jurisprudencia internacional). Esto daría la sensación de que todas estas complejas teorías como la de Ferrajoli se sustentan solo para una minoría de casos, aquellos donde la respuesta requiera ir más allá de las fuentes porque faltan, porque no son suficientes o porque dan pie a más de una respuesta. No nos parece que sea realmente así, básicamente por tres motivos. El primero es que por sí mismo el derecho, por más simple que sea un caso, suele dar la opción a obtener más de una respuesta cuando entra en juego la argumentación jurídica con otra u otras posiciones a la aparentemente más clara. Otro motivo es el de la irradiación de los derechos fundamentales, ya que estos en realidad pueden, de una u otra manera, estar casi siempre presentes para resolver casos; pensemos incluso en los casos mas sencillos de resolver, siempre habrá manera de incluir a los derechos fundamentales y como sabemos estos requieren una mayor carga argumentativa a la hora de resolver un caso. Finalmente es que, incluso aceptando que los casos difíciles son minoritarios, no

deja de ser cierto que cada vez son menos escasos, la jurisprudencia en las más altas cortes así lo demuestran, este fenómeno se debe a que cada vez es más común que los jueces resuelvan desde la visión neoconstitucionalista, inaplicando reglas cuando contravienen derechos fundamentales, ponderando derechos, interpretando más allá del texto explícito de la ley, etc. Por todo lo señalado este trabajo de investigación reviste mucha importancia.

## **2. MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Antecedentes de Estudio**

#### **2.1.1. Antecedentes Internacionales**

MICAELA ALTERIO, A (2015) en su Tesis Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales para la Universidad “Carlos III” de Madrid, España, llega a las siguientes conclusiones: PRIMERA: El constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, en el marco de la Europa continental, incorpora novedades y tiene rasgos característicos al punto de que se lo considere como generador de un “cambio de paradigma”. Sin embargo, lo que daría cuenta de la evolución que desemboca en el Estado constitucional no serían tanto los cambios estructurales en los sistemas jurídico-políticos (como la constitución normativa y rígida) sino el componente de valor, que implica una constitución como ideología. Es decir, una constitución plagada de conceptos valorativos, cuyos textos normativos son imprecisos y que por tanto necesita de una especial interpretación jurídica dinámica, orientada al futuro. El neoconstitucionalismo se presenta así como una teoría del derecho que pretende dar cuenta de estos cambios, a su vez que explicar de un modo particular el arreglo institucional de algunas de sus constituciones y defender su plausibilidad; logrando erigirse como una filosofía política. SEGUNDA: En cuanto “cambio de paradigma”, el neoconstitucionalismo hace hincapié en las modificaciones en el papel del derecho y las condiciones de validez de las leyes, en el papel de la jurisdicción, en el papel de la ciencia jurídica y en la naturaleza de la democracia. Se distingue como seña de identidad del neoconstitucionalismo que ya no solo gira en torno a los derechos, sino que también al hecho de que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces. Además, se agregan dos rasgos distintivos del nuevo paradigma: la demolición del concepto de soberanía y el establecimiento de un

conjunto de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico, lo que genera un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

BELLOSO MARTÍN, Nuria (2015) en su Artículo EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL “NUEVO” CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿DOS CORRIENTES LLAMADAS A ENTENDERSE? por la Universidad de Burgos, España detalla las siguientes conclusiones: Una diferencia notable entre el neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano es que la sistematización consolidada del neoconstitucionalismo, articulada por especialistas en Teoría del derecho y en Derecho Constitucional es una tarea que aún está en fase de articulación en el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano. La constitucionalización de derechos de la que parten en unos y otros textos constitucionales es muy diferente. Plurinacionalidad, pluralismo jurídico y jurisdicción indígena se configuran como categorías jurídicas de difícil encuadre en la teoría del Derecho propia del constitucionalismo europeo (valores superiores, principios jurídicos constitucionales, deberes jurídicos). El sistema de fuentes del Derecho y el principio de seguridad jurídica, propios del constitucionalismo europeo, tienen difícil encaje con el pluralismo jurídico que caracteriza a este “nuevo” constitucionalismo latinoamericano.

SOLANO, Vicente (2016) en su Artículo El neoconstitucionalismo. Una definición y una taxonomía latinoamericana por la Universidad de Cuenca, España llegó a la siguiente conclusión: un criterio para distinguir el neoconstitucionalismo sería la incorporación de los principios constitucionales y su forma de aplicación para la resolución de caso como un criterio final que nos podría dar un elemento importante, aunque no concluyente para establecer una taxonomía.

Los problemas y por tanto los debates alrededor del neoconstitucionalismo comienzan a suscitarse sobre todo en las 3 últimas décadas del siglo pasado desarrollándose con mayor arraigo hasta nuestros días. La crítica de Ferrajoli específicamente tiene lugar como respuesta a este nuevo iusnaturalismo cuando este ya había alcanzado gran cuota de interés por sus implicancias teóricas y prácticas. Recordemos que antes del periodo de las guerras mundiales, en el derecho la teoría dominante era la del positivismo de Hans Kelsen, el cual no admitía ningún tipo de “contaminación” al derecho, sea de cualquier índole, como la moral o la ideológica. La teoría de Kelsen nace en su contexto, por la necesidad de un derecho puro que por sí mismo tenga la fuerza suficiente para ser aplicado. Sin

embargo, de esto se desprendió luego también otro positivismo que sirvió como justificación y validación de los horrores cometidos durante el nazismo en Alemania o el totalitarismo en Italia por poner dos ejemplos. La respuesta desde el derecho fue el renacimiento del iusnaturalismo que demandaba la inclusión de principios morales como directamente aplicables al derecho, esto dio pie luego a la corriente constitucionalista y difusión mundial de la protección de los derechos fundamentales a través de los diferentes instrumentos internacionales. A la par que esto se gestaba hubo otro momento importante para el positivismo, quizá el más importante, que es el positivismo de H.L.A. Hart, quien va más allá que Kelsen. Hart traza un camino mucho más rico para el positivismo jurídico, detalla y diferencia los distintos tipos de reglas que hay en todo ordenamiento jurídico, así como una nueva visión sobre la validez jurídica que perdura hasta nuestros días. Sin embargo, el constitucionalismo principialista hasta cierto punto fue tomando predominancia hasta nuestros días, no exento desde luego de férreas críticas. Aquí es donde entra Ferrajoli quien elabora su propia defensa del positivismo a través del Garantismo. Este autor está de acuerdo con los constitucionalistas en que el positivismo del siglo pasado no tiene la capacidad de explicar el derecho actual, por lo que plantea un nuevo positivismo que acompaña al constitucionalismo contemporáneo porque es el único capaz de hacer realidad su concretización efectiva.

### **2.1.2. Antecedentes Nacionales**

ANGULO HUACHO, G (2017) en su Tesis “EL PROCESO DE AMPARO A PARTIR DEL PRECEDENTE VINCULANTE FRANCISCA VASQUEZ Y LAS RESTRICCIONES A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL” para la Universidad “Autónoma” de Lima-Perú, llegó a las siguientes Conclusiones: “existe criterios vinculantes sobre la ampliación y modificación al recurso de agravio constitucional y que afectan también a la forma de la calificación de demandas de amparo a través de los Órganos Jurisdiccionales. Teniendo en cuenta que dichos criterios podrán ser utilizados como jurisprudencia al momento de rechazar las demandas de amparo y sin conocer el contenido del asunto; Existe la doble calificación del recurso de agravio constitucional, porque el hecho de que este sea admitido por la Sala correspondiente debe ser resuelta íntegramente por el Tribunal Constitucional, bajo los cimientos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y pluralidad de instancia que la ley confiere al ciudadano. Entonces, el hecho de la emisión de sentencias interlocutorias genera un retraso y afectación a la tutela jurisdiccional efectiva, ya

que el fondo del asunto no es resuelto y solo estamos a la merced de la discrecionalidad del Tribunal Constitucional”.

Janampa Almora, J.J. (2018) en su Tesis “La erosión de la Constitución en el constitucionalismo de los principios. Una revisión crítica a los presupuestos jurídico-filosóficos” para la Universidad Nacional “San Cristobal de Huamanga” de Ayacucho-Perú, arribó a las siguientes Conclusiones: “La transformación del Derecho se produce en el constitucionalismo de los principios que es el sintagma que se utiliza para calificar de mejor manera a ciertas posturas que defienden una filosofía jurídica y una teoría del Derecho (Ronald Dworkin y Robert Alexy) dejando de lado el uso común denominado “neoconstitucionalismo” porque éste último representa ciertos problemas como el carácter general, complejo, nada novedoso, confuso, equívoco, ambiguo y vago. La pronunciación es elemental pues el constitucionalismo de los principios en este caso debe ser entendido como “el planteamiento de los límites al poder” en sentido de superación del positivismo tendencialmente iusnaturalista y esta encuentra razón en el uso del otro vocablo “de los principios” pues es a través de este complemento por el que la moral ingresa al Derecho. En este sentido, la relación de estos supuestos conviene en la reconstrucción de los sistemas jurídicos que mantienen defectos morales. “Teniendo en cuenta la pretensión del constitucionalismo de los principios en los actuales sistemas jurídicos contemporáneos este se puede desdoblar en diversos planos de enfoque, es decir, puede entenderse como un tipo de Estado de Derecho, como una filosofía política como una teoría del Derecho y como una filosofía jurídica. Cabe precisar que el surgimiento de este constitucionalismo se da a partir de la revisión y reflexión crítica frente a un tipo positivismo jurídico como el decimonónico que se gesta en el modelo de Estado liberal de Derecho en el que se defiende la tesis de la soberanía popular con un contenido conceptual fuerte, la separación de poderes y la codificación del Derecho; en la teoría del Derecho se defiende el imperio de la ley como única fuente del Derecho, en la teoría de la norma la relevancia de las reglas; y, en la teoría de la interpretación la tesis de la figura del juez autómatas o mecánico. A nivel de la filosofía jurídica el positivismo metodológico se caracteriza por la clara distinción entre derecho real y el derecho ideal o como bien se ha señalado entre el derecho que es y el derecho que debe ser, donde el jurista debe ocuparse sólo del primero, asumiendo frente al Derecho una actitud avalorativa o éticamente neutral. “El surgimiento del constitucionalismo de los principios responde a un dato histórico-jurídico en el que tiene que ver con la incorporación de los derechos (principios) en la cúspide de la Constitución proceso

que se denominó la positivización de la moral en el Derecho, pero no sólo ello, sino también con la incorporación de la moral a través del razonamiento jurídico y que termino por calificarse como la moralización del Derecho”.

Morales Luna, F (2013) en su Artículo UN ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LAS CONCEPCIONES METAÉTICAS EN LAS TEORÍAS DE LUIGI FERRAJOLI Y MANUEL ATIENZA para el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, hace las siguientes conclusiones: “Tanto Ferrajoli como Atienza coinciden en que las cuestiones morales pueden ser sometidas y resueltas mediante una discusión racional. Para ambos, los debates éticos son genuinos y pueden ser racionalmente discutidos y acordados pues expresan algo más que meras preferencias subjetivas”. “Considerando los niveles y gradualidad del objetivismo moral, Ferrajoli y Atienza serían objetivistas morales en el plano ontológico y epistémico mas no en el plano semántico. Semánticamente, asumirían posiciones que conllevarían la justificación racional de los debates y decisiones sobre las cuestiones morales, mas no su verdad”. “Hay buenas razones para reservar el cognoscitivism moral a una concepción de verdad como correspondencia. El que la ética no tenga verdad pone el énfasis en la libertad y responsabilidad individual, evitando las imposiciones de dogmatismos que reivindicuen una ética pretendidamente verdadera”. “Entre Ferrajoli y Atienza no hay desacuerdos en cuestiones éticas y metaéticas, salvo en la terminología. Por ello, estipulando categorías que se correspondan con sus posiciones en el debate, de ambos podría decirse que son objetivistas en sentido mínimo en el plano ontológico; racionalistas en el plano epistémico y no cognoscitivist as en el plano semántico. En suma, asumen un objetivismo ético, mínimo, es decir, racionalista”.

## **2.2. Marco Histórico**

El fenómeno constitucional que vivimos actualmente tiene su origen más cercano en la segunda posguerra debido a las horrendas consecuencias que generaron las guerras mundiales que en el derecho se tradujo como la inutilidad del positivismo para garantizar el respeto de la dignidad y de más derechos fundamentales. En el régimen nazi, por ejemplo, a pesar de las atrocidades que se cometieron, todo se hacía de acuerdo al marco jurídico establecido, no eran prácticas ilegales, pero sí completamente reprobables desde el punto de vista moral, ya que no se respetaba la dignidad ni la vida de un gran grupo de personas. Ante este problema el derecho comenzó a dar un giro hacia la inclusión de la moral como requisito de su validez, es así que desde el

ámbito internacional se producen instrumentos que exponen diversos derechos fundamentales que deberían ser respetados en todo el mundo. Las constituciones comienzan a incluir más derechos y se manifiestan con mayor fuerza normativa y no solo como una carta política. Este fenómeno puede ser entendido como un nuevo constitucionalismo o como un reforzamiento del que ya existía desde mucho antes, pero este es un debate a parte. Lo que es cierto es que desde ese periodo se comenzaron a incluir algunas prácticas que antes no estaban presente y que para cierto sector (el positivismo, sobre todo) generaban grandes problemas de cara al aspecto institucional del derecho y más exactamente a la seguridad jurídica. Y no es para menos, la inclusión de valores morales al derecho puede llevar a deslegitimarlo según cual sea el tamiz ético desde el cual se mire, esto tiene como consecuencia una mayor variedad de respuestas frente a cada caso. En este contexto, la posición crítica más importante viene del que es considerado por muchos el más grande positivista del siglo XX, H.L.A Hart. Este autor reivindica el positivismo llevándolo a un nuevo nivel y superándolo los problemas conceptuales y teóricos de Bentham, Austin y Kelsen. Especifica los tipos de normas que serían necesarias para que un ordenamiento jurídico sea considerado como tal sin necesidad de incluir a la moral como elemento conceptual del derecho. El trabajo de Hart fue muy importante porque trajo consigo posteriores defensas del positivismo, el cual fue tomando formas muy diversos como el positivismo incluyente, el positivismo excluyente, el soft positivismo, etc. Estas nuevas caras del positivismo ya no tenían la forma original como contraposición al iusnaturalismo, sino que en muchos casos incluso llegan a tener cierta apertura a la inclusión de la moral. La obra de Ferrajoli, que es posterior a este fenómeno, siga esta corriente positivista, pero con sus propias particularidades y siempre con una posición muy distinta al positivismo tradicional, al que incluso el mismo denomina “paleo positivismo” por su inutilidad para explicar el constitucionalismo moderno.

### **2.3. Bases Teóricas:** (comienza en la página siguiente)

# CAPÍTULO I

## FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

### I. ESTADO LEGALISTA DE DERECHO

El “estado de derecho” o “estado legalista” es aquel que se fue gestando progresivamente en respuesta al régimen absolutista, en el que la personalidad del estado estaba constituida mediante la concentración del poder en una sola persona o en un grupo de personas. Se trataba de una fuerza política incontrolable y vertical que no daba pie a la consideración de derechos individuales tal como los conocemos hoy, sino más bien todo el poder y los derechos emanaban de una personificación, el derecho existía en base a esa personificación, generalmente denominada como rey. Los estados absolutistas alcanzaron su punto de culminación con las guerras revolucionarias, en específico, la revolución francesa y estadounidense, aun cuando el contexto de ambas fue muy distinto, se va formando lo que ahora conocemos como “estado liberal” o “estado burgués”, nombres que describen por un lado el nacimiento de ciertos derechos individuales inalienables, y la preeminencia, o más exactamente, la presencia dominante de una cierta clase social, la burguesía. Es en este tipo de estado que se desenvuelve el derecho legalista o el estado de derecho legalista, cuyos rasgos básicos, según un clásico escrito de Elías Díaz<sup>1</sup>, serían cuatro:

#### **1) Imperio de la ley**

El imperio de la ley se concretiza en el estado de derecho como resultado de la previa voluntad popular, esto es básico porque como según nos explica el citado autor, el término estado de derecho ha sido pasible de adjudicaciones a realidades donde la fuerza de la ley no provenía de la voluntad del pueblo sino de una persona o un grupo de personas. El pueblo por medio de sus representantes (estado liberal francés por ejemplo) o de forma directa (el naciente estados unidos luego de la revolución) construye el ordenamiento jurídico que limitará el poder del estado y protegerá al pueblo

---

<sup>1</sup> GARCÍAS, Elías Díaz, “El estado de derecho y sociedad democrática”, editorial Taurus, Barcelona, 2010, pp. 31-42.

de cualquier intromisión y desarrollara ciertos derechos y libertades individuales. Aunque como dijimos anteriormente el pueblo regulado y protegido por la ley en ese momento se reducía a la clase burguesa, el estado liberal de derecho representa al menos un inicio para lo que luego sería el estado constitucional donde sí involucra a toda la sociedad sin distinción alguna, o al menos esa es la pretensión fundamental.

## ***2) División de poderes***

No puede existir un auténtico estado de derecho si el poder está concentrado de alguna manera. La división de poderes, o más precisamente, la diversificación de funciones en manos de órganos distintos es una respuesta al sistema absolutista. El legislativo representando al pueblo crea derecho pero siempre controlado por la constitución y órganos judiciales así como como por las diferentes fuerzas políticas que lo rodean; el poder judicial aplica las fuentes del derecho (en este caso sobre todo la ley) con indispensable independencia, sin intromisión de ningún otro órgano o poder del estado; finalmente el ejecutivo se desenvuelve a través del principio de legalidad de la administración, el cual le da el marco legal dentro del cual puede actuar para ejecutar la ley y fines del estado. Cabe mencionar que ya en el estado liberal del derecho la distinción de funciones en diferentes órganos no significaba una separación tajante de estas, ya que existían ciertas funciones compartidas entre los tres poderes, con la salvedad de que no era tan diverso y distribuido como en el estado constitucional donde el poder y funciones del estado está distribuido en una gran cantidad de entes y órganos del estado o incluso particulares.

## ***3) Legalidad de la administración: actuación según la ley y suficiente control judicial***

La función ejecutiva del estado se materializa a través de la denominada administración pública, la cual en el estado de derecho debe ejercer dichas funciones en el marco de un sistema legal previamente definido por el legislativo y por la propia administración. La ley, en la versión más fiel al sistema liberal legalista, no le otorga libertades a la administración, sino que explicita con detalle los alcances y límites de cualquier actuación de la administración; esto quiere decir que la función ejecutiva de la administración no puede fundamentarse en la voluntad de una persona o un grupo de personas, ya que solamente la ley permite la actividad de la administración.

## ***4) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídica formal y efectiva realización material***

Un último requisito esencial para que exista un estado de derecho (siempre siguiendo en esta enumeración a autor citado) es la existencia de ciertos derechos fundamentales individuales que desde el periodo del estado liberal se van ampliando a derechos sociales, democráticos, etc., sin embargo, debemos tener en cuenta que estos derechos enunciados como conquistas contra el estado absolutista no rigieron para todos, sino solo para la clase social dominante en ese momento. Los derechos de igualdad y propiedad (considerada en términos de igualdad social) no estuvieron presentes, y más bien derechos como la libertad individual, libertad de expresión, libertad de tránsito, de religión, o el de propiedad con explosión de la no burguesía entre otros, fueron los verdaderos derechos fundamentales en el estado liberal. El estado de derechos, como veremos también en la explicación que da Zagrebelski, tuvo que ir tomando diferentes sentidos ya que desde su inicio, el estado liberal con su dirección parcializada hacia la burguesía fue dando síntomas de peligro para gran parte de la población relegada hasta ese momento; es así que va tomando formas otros tipos de estado que refuerzan o amplían válidamente y por necesidad la noción de estado derecho, como el estado social de derecho y el estado democrático, sistemas que van aportando para formar lo que hoy conocemos como estado constitucional, el cual bebe de todos los anteriores pero agregando ciertas características que veremos más adelante. Elías Díaz enumera algunos (es una lista referencial no exhaustiva) de estos derechos que nacen en el estado liberal y que se van a sumando al estado social y al estado democrático de derecho: *Derecho a la vida y a la integridad física, respeto a la dignidad de la persona, derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, derecho a la información veraz, derecho a la libertad religiosa y de creencias, derecho a la libertad de reunión y asociación, derecho a la libertad de circulación y residencia, derecho a la inviolabilidad de domicilio, derechos económicos y sociales como el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la huelga, etc., derechos políticos como el de elegir y ser elegido, derecho a la igualdad ante la ley, derechos ante la administración de justicia, como el debido proceso, derecho de contradicción, entre muchos otros más.*

Estos elementos definitorios del estado derecho enumerados por Elías Díaz nos dan un punto de referencia, sin embargo, el término “estado de derecho” no tuvo un significado definitivo o principios elevados que lo identificasen como tal en su momento, sino que, más bien, fue utilizado para denominar realidades distintas que no encajaban necesariamente con lo que ahora conocemos con ese término. Un ejemplo lo podemos ver en el totalitarismo donde el estado se manifestó con gran fuerza y rigidez respecto a sus postulados, sin considerar la voluntad o desarrollo de los ciudadanos; o también podemos poner como ejemplo el nazismo cuyo sustento jurídico estaba validado por un

derecho que, al fin y al cabo, por más inmoral que haya sido, era jurídico. Pero hay que tener en cuenta que estos en realidad fueron desviaciones de lo que es un estado de derecho, y no solo porque ahora las veamos con rechazo moral, sino porque el nacimiento mismo del estado de derecho nos dice otra cosa.

Zagrebelski<sup>2</sup>, otro importante autor que ha escrito mucho sobre este tema, en la dirección de Elías Díaz, adjudica al estado de derecho una verdadera connotación sustantiva relativa a las funciones y fines del estado, para este autor lo que realmente caracteriza a este tipo de estado es que el derecho se hace respetando la protección y desarrollo de los derechos de los ciudadanos poniendo a la ley como protagonista y ya no a la voluntad vertical del estado, es la sociedad desde donde toma sentido la estructura del estado y del derecho. Veamos cómo se entendería entonces el estado de derecho según sus principales rasgos este autor<sup>3</sup>:

#### **a) Principio de legalidad**

Si bien podemos definir directamente este principio como el de la supremacía de la ley frente a cualquier otra fuerza política o fuente del derecho, en la concreción de los hechos históricos el legalismo se desarrolló de formas muy distintas, por ejemplo si tenemos en cuenta el “*rule o law*” inglés frente al “*estado legalista*” continental. En uno y otro caso la supremacía de la ley a secas significa lo mismo, pero la forma como esto se entendió y el contexto en general le dan un significado distinto. Para el estado continental el principio de legalidad reemplazó el absolutismo, esto es, el poder soberano se trasladó de una personalidad concentrada a un grupo de personas concentrado, la burguesía. En el rule of law inglés el principio de legalidad se concibió más bien como un triunfo progresivo del parlamento frente a la monarquía en representación de derechos comunes inalienables que se fueron reconociendo paulatinamente desde mucho antes.

#### **b) Administración pública y particulares frente al legalismo**

El principio de legalidad mencionado anteriormente se concretizaba de manera distinta para los particulares y para la administración pública. En el primer caso regía el principio de libertad individual, lo que significa que los ciudadanos podían desenvolverse libremente cuando no existía una prohibición explícita sobre sus actividades. En el caso

---

<sup>2</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo, “*El derecho dúctil*”, 11va edición, Trotta, Madrid, 2016, pp. 23, 24.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 24-33.

de la administración el principio de legalidad se podía entender de dos formas; una primera en la que la ley otorgaba cierta libertad o potestades siempre y cuando estas no intervinieran en la esfera de los derechos privados; y otra donde la ley más bien predeterminaba explícitamente lo que podía o no podía hacer la administración.

### ***c) Generalidad y abstracción de la ley***

Generalidad y abstracción se refieren a dos cosas distintas. La generalidad de la ley se expresa en la igualdad de sobre quienes cae la ley, igualdad en términos de que la ley no es ajena ni a los particulares ni a ningún poder del estado. La generalidad por eso es vital para permitir la separación de poderes, ya que, si no fuera así, un poder dominaría sobre otro. La abstracción en cambio se explica por el tiempo de permanencia de la ley. En el estado liberal, la clase burguesa requería de leyes que los regulara y protegiera frente al estado de manera permanente, esto les otorgaba seguridad en sus relaciones particulares y con el estado.

### ***d) Homogeneidad del derecho***

El estado de derecho o legalista del siglo XIX tiene como protagonista a un grupo social determinado, del cual partían los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, la burguesía. El derecho en ese momento estaba encausado a regular sobre todo los intereses de quienes habían adquirido ya desde hace un tiempo gran importancia sobre todo en la dinámica económica, por lo que su ordenación en códigos homogéneos sin contradicciones era un imperativo. Esto no significa que no hubiera otros tantos grupos sociales en contradicción con la burguesía, pero formalmente para el derecho considerado institucionalmente se trataba de grupos que si bien requerían regulaciones, no formaban parte del ordenamiento jurídico considerado institucionalmente. Las interpretaciones sistemáticas y analógicas encontraron aquí su mayor auge por las exigencias de unidad y coherencia del ordenamiento del estado liberal.

### ***e) Positivismos y Estado de derecho***

La preeminencia y carácter totalitario de la ley tiene como correlato en la teoría del derecho al positivismo jurídico. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el positivismo tiene muchas versiones por lo que no es posible explicar al estado legalista desde un solo positivismo. La reducción del derecho a la ley fue una necesidad de la nueva realidad constituida en oposición a las ideas absolutistas del antiguo régimen. Era

necesario un margen de acción y límites puestos sobre el estado para evitar las arbitrariedades en el poder tan comunes en el absolutismo, de modo que en este nuevo escenario toda cuota de poder estaba guiada y enmarcada dentro de los cánones que establecía la ley ahora puesta directa o indirectamente por el pueblo. Esta imperiosa necesidad demandaba además que la ley otorgue la mayor seguridad posible y la mejor manera parecía ser entender la ley de forma literal (formalismo jurídico) o solo en base a la voluntad del legislador. En ese momento los métodos de interpretación se reducían al literal, gramatical, histórico y sistemático.

## II. TEORÍA DEL DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO

Al lado del estado constitucional se han elaborado algunas teorías y prácticas que no han sido ajenas a casi ningún sistema jurídico en la actualidad. Estos tópicos que desarrollaremos a continuación han sido materia de discusión desde la teoría general y la filosofía del derecho, dada la necesidad de explicarlos y dar respuestas a las generalidades y ambigüedades que podrían generar. El estado derecho, a pesar de sus propias complejidades, no era materia de tantas incertidumbres y discusiones dogmáticas como sucede ahora con mayor fuerza en el estado del constitucionalismo moderno. La interpretación en general, los derechos fundamentales, la democracia, el control constitucional, la ponderación, etc., son todos temas que generan mucha discusión tanto por su contenido conceptual como por lo que sucede en la práctica, de ahí la importancia del papel que juega la teoría del derecho para explicar y entenderlos mejor.

Nos centraremos en 4 teorías iusfilosóficas: ***Iusnaturalismo, Positivismo, No positivismo, Pos Positivismo y Neoconstitucionalismo.***

### 3.1. IUSNATURALISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Si bien el iusnaturalismo no se configura como una teoría uniforme respecto de la relación entre derecho y moral, la doctrina suele coincidir en que existen ciertas tesis definitorias, sin las cuales, no se puede hablar de iusnaturalismo propiamente dicho; y que además, hay dos tipos o corrientes del iusnaturalismo, cada una con sus propios presupuestos. Las dos tesis<sup>4</sup> del iusnaturalismo serían: *Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana;* y la segunda sería *una tesis acerca de la definición del concepto de*

---

<sup>4</sup> SANTIAGO NINO, Carlos, "Introducción al análisis del derecho", editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, p.28.

*derecho, según la cual un sistema normativo o norma no pueden ser calificados de jurídicos si contradicen aquellos principios morales o de justicia.* La primera tesis no es necesariamente exclusiva del iusnaturalismo, ya que también la comparten autores positivistas como Bentham o Austin, quienes sustentan sus tesis en base a un valor objetivo, el utilitarismo<sup>5</sup> o el valor de las cosas en razón a su utilidad para lograr el máximo de bienestar a la mayor cantidad posible de personas. Estos dos presupuestos tomados a la ligera nos puede llevar a creer de plano que estamos ante un escenario muy parecido o quizá el mismo en el que se desenvuelve el estado constitucional a través de los principios presentes en todo el derecho. No cabe duda que existe una relación innata, pero estas dos tesis del iusnaturalismo se dieron mucho antes del fenómeno codificador o de positivización masiva del derecho, aun no entran en juego los conceptos actuales que forman un estado constitucional. Este iusnaturalismo podía ser, y de hecho lo fue, fuente de justificación para los regímenes absolutistas; si el derecho provenía de principios morales objetivos y, se consideraba como incuestionablemente derecho todo lo que partía de dichos principios, quien representase la voz de esos principios era quien detentaba el poder absoluto. Aunque en este caso estamos hablando sobre todo del iusnaturalismo teleológico, el cual junto al iusnaturalismo racional forman los dos tipos característicos de iusnaturalismos que ya mencionamos.

El primer tipo de iusnaturalismo, el iusnaturalismo teleológico o natural, se entendía desde la idea de que los principios o valores objetivos que validaban conceptualmente el derecho estaban dados por algo que sobrepasa la condición humana, podía tratarse de las leyes de la naturaleza, de la física o de un ente divino interpretado según cada cultura desde su visión de lo espiritual. Podría decirse que este iusnaturalismo es el más fuerte porque los valores o principios que los sustentan no permiten ningún tipo de discusión, aquello desde lo cual nacen siempre es considerado superior a los humanos, un buen ejemplo es la filosofía jurídica de santo Tomás de Aquino quien postulaba que el derecho podía ser tal solo si estaba en armonía con las leyes divinas o de Dios. Para el segundo tipo de iusnaturalismo, el iusnaturalismo racional, la fuente de los valores o principios objetivos ya no es supra humana, sino que proviene justamente de la razón humana, de modo que todos a través del raciocinio podemos llegar a revelar ciertos principios objetivos. Aquí hay una gran diferencia con cómo se entienden estos principios en el constitucionalismo actual, el iusnaturalismo racional entiende que a pesar de que los principios son producto de la razón humana, está siempre va a llegar

---

<sup>5</sup> BARBERIS Mauro, *"Introducción al estudio del derecho"*, Palestra editores, Lima, 2015, p. 24.

a los mismos principios, esto es, se da por sentado que dichos principios son realidades objetivas como en el iusnaturalismo teleológico, solo que a ahora estas realidades objetivas son captadas a través de la razón y no son puestas por un ente divino. Aunque pueda parecer contradictorio, este iusnaturalismo, así entendido, permitió el paso al positivismo, o derecho puesto, del siglo XIX y al subsecuente fenómeno de codificación. Si la fuente valorativa del derecho provenía de la razón, había dos caminos, dejarla en el aire porque ya estaba en la mente de todos o escribirla porque igual ya estaba en la mente de todos, el camino que se siguió fue desde luego la positivización del derecho<sup>6</sup>.

En cuanto al vínculo entre el iusnaturalismo tradicional y constitucionalismo hay que tener en cuenta, en primer término, que esta relación solo se puede explicar entendiendo al constitucionalismo en sus diferentes etapas de desarrollo con sus propias características según cada contexto histórico y social. Por ejemplo, en el common law, o derecho inglés, de donde, como sabemos, proviene la más fuerte y lejana tradición constitucional, el iusnaturalismo tuvo una gran presencia materializándose en los cánones del derecho común cuyos principios sirvieron de fundamento para la jurisprudencia, la cual fue casi total protagonista como fuente de derecho. Un claro ejemplo lo podemos ver en el famoso caso Bonham, dirimido por el también famoso juez Coke. El Dr. Thomas Bonham era un médico a quien el respectivo colegio profesional, sustentándose en cartas de patente otorgadas por el rey y confirmadas por leyes posteriores, había impuesto una sanción pecuniaria, además de haber ordenado su arresto por haber ejercido la medicina sin licencia. Ante ello Bonham alegaba que la obligación del uso de la licencia no alcanzaba a quienes como en su caso habían obtenido el grado de doctor. El juez Coke dio la razón a Bonham, no solo por su alegato, sino también porque de conformidad con la regulación pertinente, la sanción de encarcelamiento solo podía ser impuesta a quienes además de haber ejercido la medicina sin licencia hubiesen causado daño en dicho ejercicio, lo que ciertamente no había sucedido en el caso del recurrente, pero además, y aquí entra en juego el iusnaturalismo, *dio la razón al demandante porque las leyes que habían dado lugar a las sanciones, contravenían las reglas de imparcialidad con las que el common law exigía actuar a toda entidad coactiva*, pues las sanciones de multa que podía imponer el Colegio eran en beneficio propio en tanto buena parte de ellas tenían como destino sus propias arcas, en suma, *en dicho procedimiento el Colegio médico actuaba como juez y parte, lo que contravenía los principios del common law*<sup>7</sup>. Este caso es muy ilustrativo de como el iusnaturalismo se manifiesta en su versión más fuerte, existen

---

<sup>6</sup> Ibídem, p. 25.

<sup>7</sup> CARLETON KEMP, Allen, "Las fuentes del derecho inglés", Instituto de estudios políticos, Madrid, 1969, p. 646.

aquí principios supremos (del common law) que sobre pasan la legislación y que hacen que el juez se sienta obligado a respetarlos y hacerlos respetar.

### **3.2. POSITIVISMO Y CONSTITUCIONALISMO**

Si partimos de una concepción amplia y general, el término “positivismo”, en el derecho, hace referencia simplemente a aquello que está puesto o plasmado en algún medio que permita su lectura o conocimiento; así, es común hablar por ejemplo del derecho positivo o derecho positivado cuando se encuentra escrito en algún medio considerado formalmente como fuente del derecho (constitución, leyes, códigos, tratados internacionales). Desde este primer acercamiento se podría afirmar que el antecedente más remoto del positivismo jurídico se encontraría en las culturas antiguas cuando se comenzó a graficar de alguna forma las reglas que regían cada sociedad; y en la recopilación de Justiniano del derecho romano en el corpus iuris y su posterior descubrimiento en la universidad de Pisa en Italia, lo que dio paso a una gran influencia de esta recopilación en todo el mundo.

Sin embargo, el positivismo jurídico, en su totalidad conceptual, es en realidad muy complejo principalmente por dos motivos: primero que el positivismo en el derecho se puede manifestar de varias maneras, unas con mayor presencia que otras, aunque siempre guardando una íntima relación entre sí. La más extendida y discutida manifestación del positivismo se refiere a la relación entre derecho y moral donde el positivismo se confronta, con diferentes matices, a las tesis del derecho natural o iusnaturalismo; otra está en la estructura lógica de las normas donde se presentan diversas tesis, para algunos son normas jurídicas solo aquellas que tienen la estructura mandato deóntico – sanción (Kelsen), para otros las normas jurídicas también abarcan otras de diferente naturaleza como las que sirven para validar la primera categoría de normas (Hart), entre muchas otras tesis más; otra manifestación del positivismo se da en la interpretación jurídica, en la cual, la tendencia positivista se suele inclinar a ciertos cánones como el literal, sistemático, genético e histórico, aunque aquí también hay muchas más teorías según del tipo de positivismo que se trate; otra manifestación del positivismo la encontramos en el papel de los jueces en cuanto a la discreción judicial, y así, podríamos mencionar muchas más formas en las que el positivismo se manifiesta en el ámbito jurídico. El segundo gran motivo de la complejidad del positivismo es que, en realidad, existe muchas versiones positivistas que varían según cada corriente, o más aun, según cada autor, así, por ejemplo, si tomamos a los autores con mayor influencia o difusión como Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Ferrajoli, etc., si bien, todos ellos son considerados, sin lugar a dudas, positivistas, muchas de sus tesis son

completamente discordantes entre sí, sin embargo, entran en la categoría positivista porque, en mayor o menor medida, todos ellos siguen ciertas tesis básicas del positivismo.

Debido a las complicaciones descritas, veremos el positivismo en su clasificación más conocida y algunas de sus tesis generales para luego vincular todo esto al constitucionalismo moderno.

Nolberto Bobbio, en un escrito muy conocido<sup>8</sup>, diferencia tres sentidos de positivismo jurídico: *positivismo como un modo o metodología para el estudio del derecho*, *positivismo como teoría del derecho*, y *positivismo como ideología acerca del derecho*. En el primer sentido se trata de sostener una clara distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser y también la convicción de que el derecho del cual se ocupa el jurista es el primero y no el segundo. En el segundo sentido, se trata de la suma de la teoría de la coactividad, del imperativismo, de la supremacía de la ley y de la consideración del sistema jurídico como completo (carente de lagunas) y coherente (carente de antinomias). En el tercer sentido se trata de la atribución al derecho, por el mero hecho de existir, de un valor positivo y, en su versión más radical, de la consideración de que el derecho positivo, por el mero hecho de ser positivo, es justo y existe, por tanto, respecto de él, un deber de obediencia. Esta distinción de positivismos se presenta como una generalización que hace al autor para poder ubicar las diferentes formas en que se ha estudiado el positivismo, nos indica diferentes acercamientos de una misma realidad. Es una clasificación muy útil porque nos ayuda a diferenciar los diferentes enfoques desde los que se puede estudiar al positivismo y así darle coherencia y sistematicidad a los que estudios que se hagan y también entender de manera orgánica los diferentes estudios que ya se han hecho. Sin embargo, para otros autores como Ruiz Manero<sup>9</sup> esta triple distinción plantea varios problemas. En cuanto al primero de los sentidos de positivismo en ella distinguidos, el positivismo como enfoque general, como mostraría la distinción de nuestros días entre positivismo excluyente y positivismo incluyente, en el interior de este primer sentido de positivismo, según Manero, subsistiría la ambigüedad que Bobbio pretendía desterrar. En cuanto al segundo sentido sería arbitrario reducir el ámbito del positivismo como teoría del derecho a lo que podríamos llamar una versión extrema del formalismo. Esto implicaría dejar de lado la existencia de teorías del derecho normativistas que se consideran a sí

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Nolberto, *“El problema del positivismo jurídico”*, trad. Ernesto Garzón Valdés, primera edición, Distribuciones Fontamara, Mexico, 2007

<sup>9</sup> RUIZ MANERO, Juan, *“Bobbio y el positivismo, la triple distinción y el propio Bobbio”*, en: *Revus, journal for constitutional theory and philosophy of law*, N° 26

mismas, y con buenos títulos, como positivistas y que de ningún modo pueden ser consideradas como formalistas (Hart sería aquí el ejemplo emblemático) y también de teorías no normativistas del derecho que pueden razonablemente ser consideradas como positivistas. Y en cuanto al positivismo como ideología acerca del derecho, siguiendo siempre a Manero, sería arbitrario poner el énfasis, como no tanto el propio Bobbio, pero sí la manera como predominantemente ha sido leído, en una posición tan extrema como la hobbesiana, esto es, a la tesis de que hay siempre una obligación moral concluyente de obedecer al derecho, posición que ha sido raramente sostenida por algún jurista. La crítica de Manero se explica justamente por la complejidad que contiene el positivismo, es muy difícil, sino imposible, intentar sistematizar sin vacío alguno todo el estudio del positivismo.

Según H. L. A. Hart el positivismo jurídico se sostiene sobre tres tesis. En primer lugar, entendía que para que el derecho exista debe constatarse alguna forma de práctica social que determine las fuentes o criterios últimos de validez del sistema jurídico. A esta tesis se le conoce como *tesis de las fuentes sociales* del derecho<sup>10</sup>. Si para los positivistas clásicos como John Austin la práctica social relevante era la obediencia habitual a los mandatos de un soberano, para Hart tanto la existencia del derecho como el último criterio de validez jurídica derivan de la práctica de los jueces y tribunales consistente en aceptar una regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento constituiría, a juicio de Hart, la práctica social más plausible para determinar las fuentes del derecho. Dicha regla se configura como la práctica social concordante de quienes identifican el derecho con referencia a unos criterios determinados. En segundo lugar, Hart sostenía la denominada *tesis de la separación* conceptual entre derecho y moral según la cual, pese a la existencia de numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moral, dichas conexiones no son necesarias, ni lógicas ni conceptualmente<sup>11</sup>. Esta tesis de la separación versa sobre el propio concepto de derecho. Es cierto que existen multitud de conexiones entre el derecho y la moral, pero no lo es menos que este autor negó reiteradamente el carácter necesario de tales conexiones. De acuerdo con ello, a lo que se muestra contrario es a que en el concepto de derecho tenga cabida una referencia no contingente a la moral. Hart dio a esta tesis una importancia capital, aun cuando las palabras que la precisan puedan valer también para la definición de las tesis de las fuentes. En efecto, no es necesariamente verdad que las normas jurídicas, para serlo, satisfagan exigencias

---

<sup>10</sup> H.L.A. Hart, "El nuevo desafío del positivismo jurídico", trad. Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo, en: Sistema N 36, Madrid, p.5.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 7.

o criterios morales, dado que lo relevante desde el punto de vista jurídico es una procedencia fáctica, es decir, de una fuente social. Al igual que ocurría con la tesis de las fuentes, puede afirmarse que la construcción teórica de la regla de reconocimiento está al servicio de la tesis de la separación. En efecto, según su formulación, tal regla puede proporcionar o no criterios morales de validez. Esto significa que la conexión de la identificación y validez del derecho con la moral puede o no producirse, sin que -sea cual sea el resultado y la opción elegida- ello afecte a la existencia del derecho. La tesis de la separación no implica, por tanto, que no pueda producirse una conexión contingente entre derecho y moral, ni tampoco que dicha conexión en un momento dado no pueda ser distintiva de un determinado sistema jurídico concreto, como ocurre en los sistemas jurídicos constitucionales. Lo que esta tesis defiende es que dicha conexión no es nunca necesaria. En definitiva, lo que pretende refutarse a través de esta tesis es la afirmación de que la conexión necesaria entre derecho y moral sea uno de los rasgos definitorios del concepto del derecho y, por tanto, de un concepto válido para todo sistema jurídico. La tercera y última de las tesis positivistas, a juicio de Hart, es la llamada *tesis de la discrecionalidad* judicial. Según ella, cuando se constate la existencia de un caso no previsto ni regulado por el derecho, esto es, cuando el derecho sea indeterminado e incompleto, el juez -en situaciones en las que haya de llegar por sí mismo a una decisión y no pueda inhibir su jurisdicción- debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho aplicable para resolver ese caso concreto. Cuando el juez se encuentra ante un caso difícil, en el que el derecho es indeterminado, dado que no hay fuentes jurídicas para resolver el caso tiene que buscar la solución fuera del derecho. Al no haber respuesta jurídica para el caso, al juez se le abren multitud de alternativas extrajurídicas para resolverlo. No hay por tanto una única respuesta correcta al caso, es decir, no existe una única respuesta predeterminada por una norma jurídica. Entonces, y una vez tomada una decisión sobre la base de un material extrajurídico, el resultado es que el juez ha creado derecho *ex post facto*. En las tesis de Hart lo que vemos es una generalización de las tesis que compartirían las mas influyentes teorías positivistas hasta ese momento. Esta enumeración de tesis compartidas del positivismo puede ser muy útil para tener un punto de referencia de qué es el positivismo sin entrar en lo que dice exactamente cada autor o corriente, ayuda mucho a tener un primer acercamiento al fenómeno positivista, pero hay que tener cautela ya que, como mencionamos anteriormente, el positivismo varía según cada autor, a pesar de que se pueda hablar de ciertas tesis similares.

El positivismo, debido a sus distintas versiones, ha incursionado en el constitucionalismo igualmente de diferentes formas. Tomemos como primer ejemplo la

versión más extrema del positivismo, el formalismo. Si bien podríamos no tener en cuenta al formalismo jurídico en relación al constitucionalismo, mencionarlo nos sirve para ver como se fue manifestando el fenómeno constitucional en cada momento o como es que el constitucionalismo fue opacado como en este caso. El formalismo nace o se consolida como respuesta de la corriente revolucionaria francesa al régimen absolutista. La revolución francesa guiada por la burguesía dejó claro que era necesario un nuevo status quo donde la ley sea la total protagonista y marco incuestionable de la actuación de los particulares y sobre todo de cualquier grupo con alguna cuota de poder político. Es así que el formalismo encaminado por el legalismo del estado de derecho hace a un lado al constitucionalismo que en otras latitudes como Inglaterra ya había tenido cierta repercusión. La constitución, frente a las exigencias del formalismo, se convierte en una mera carta de intenciones políticas sin fuerza normativa.

Se podría decir que este caso es aislado, porque luego, los diferentes positivismo si tienen a la constitución como protagonista de sus teorías o tesis. Lo que tienen en común estas tesis es su oposición a entender conceptualmente al derecho en relación a los principios morales cada vez más presentes en la práctica jurídica. Pongámonos en contexto. El derecho después de la segunda posguerra comienza a abrirse a la inclusión de una serie de principios de carácter moral, la mayoría de ellos concretizados en derechos humanos o fundamentales de las personas y puestos desde los diferentes instrumentos internacionales y en constituciones de todo el mundo. Esta nueva realidad presentó un nuevo reto para el positivismo, ya que cada vez se hacía más impensable la práctica del derecho sin la inclusión de principios morales. El positivismo lo que hace es reaccionar de diferentes formas, pero siempre coincidiendo en que si bien no se puede negar la inclusión de dichos principios, si se puede establecer una clara separación conceptual entre derecho y moral, además de una serie de consecuencias para el constitucionalismo según las tesis positivista que se iban planteando, veamos algunos ejemplos.

En el derecho del estado constitucional la inclusión de principios ha dado nuevos aires a la interpretación y aplicación de normas cuando entran en juego derechos fundamentales, o cuando aquellas se refieren directamente a estos derechos. En estos casos puede suceder el denominado fenómeno de la derrotabilidad de las normas cuando se interpretan frente a un principio o a la constitución y la derrotabilidad que se da en el caso del enfrentamiento de dos o más derechos fundamentales. En el primer caso la norma que contraviene un principio se inaplica a través de los mecanismos previstos por cada ordenamiento como por ejemplo el control difuso, la autonomía

procesal, etc.; en el segundo caso la confrontación entre derechos fundamentales abre la opción al denominado test de ponderación o de proporcionalidad, mediante el cual un principio puede resultar vencedor frente a otro vencido dando lugar a una regla que resuelve el caso.

### 3.3. NO POSITIVISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Etiquetar a corrientes o autores como iusnaturalistas, neo iusnaturalistas, positivistas, neoconstitucionalistas, etc., puede llevar a equívocos o tergiversaciones respecto de lo que en realidad dice cada autor o corriente teórica. Por ejemplo, autores como Dworkin o Alexy suelen ser etiquetados como neoconstitucionalistas (sobre todo a partir de la difusión de los escritos de la escuela genovesa) por la presencia protagónica de ciertos elementos o teorías que para muchos encajan perfectamente en el pensamiento neoconstitucionalista. Pero lo cierto es que este tipo de generalizaciones generan confusiones innecesarias; por este motivo aquí tratamos de ubicar a los autores dentro de cada corriente siempre y cuando dichos autores se hayan pronunciado expresamente diciendo que son o se adhieren a dicha corriente de pensamiento. Uno de esos casos es Robert Alexy quien expresamente ha dicho más de una vez que el no es un autor neoconstitucionalista y que su obra, si es que hay que ubicarla en algún lugar, sería dentro del “no positivismo”. Y ¿qué es el no positivismo?, es claro que no es iusnaturalismo, ni neoconstitucionalismo; lo que no queda claro es qué es en sí mismo el no positivismo. Veamos brevemente algo del pensamiento de Robert Alexy para, a partir del cual, tener claro que significa ubicarnos dentro de la corriente “no positivista”.

El concepto de derecho que construye Alexy a partir de las críticas al positivismo y de sus hipótesis no positivistas nos servirá para ver que nos dice este autor sobre ciertos tópicos:

*“El derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección; consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”<sup>12</sup>.*

---

<sup>12</sup> ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 123.

En esta definición están implicados algunos conceptos fundamentales en la obra de Alexy que dan forma al sentido de lo que sería el “no positivismo”. El primero es la denominada “*pretensión de corrección*”. En su primera obra publicada Alexy postula la hipótesis según la cual el razonamiento jurídico es un caso especial del discurso práctico general (discurso perteneciente al plano del deber ser), esto en base a 3 razones: (1) las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección y (3) la discusión jurídica tiene lugar bajo ciertas condiciones de limitación<sup>13</sup>. La pretensión de corrección a la que se refiere Alexy puede adquirir significados disímiles dependiendo del enfoque desde el cual se la entienda y aplique, pero en términos generales, lo que quiere decir Alexy con pretensión de corrección es la aspiración de todo operador jurídico, o de todo aquel que tenga algún vínculo con el derecho, de que su discurso sea dirigido en base a ciertos patrones que se ubican como directrices de lo que sería “lo correcto”. Esta tesis es muy importante porque lo que nos está diciendo Alexy, en términos simples, es que todo operador del derecho actúa buscando la corrección. La pretensión de corrección puede traducirse de diferentes maneras según cada quien, no significa necesariamente un patrón de objetividad moral, sino, una búsqueda de corrección según ciertos cánones no siempre coincidentes.

El otro término que usa Alexy en esta definición es el de la “*injusticia extrema*”. El vínculo derecho – moral se ha manifestado en diferentes teorías y prácticas avivando un interminable debate que se extiende aun en nuestros días. Se trata de ver cuál es la conexión y de qué forma se da esta conexión entre el derecho y la moral. Hay quienes dicen que no hay ningún vínculo y que el derecho para ser tal no requiere de ningún canon moral, o que incluso la inclusión de lo moral en el derecho puede resultar muy perjudicial en aras de la búsqueda de seguridad jurídica o de asegurar la fuerza de la coerción jurídica; otras posturas no niegan este vínculo, pero tampoco aceptan que sea un vínculo conceptual de manera que el derecho que es, difiere del derecho que debe ser según patrones morales; otros dicen que sí hay una conexión necesaria entre derecho y moral, o que incluso, el derecho requiere conceptualmente a la moral para ser considerado derecho; en fin, las tesis que se han postulado sobre este tema son muchas y con muchos matices, ya que entre estas que hemos descrito pueden darse una gran cantidad de posiciones intermedias..

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert, “*Teoría de la Argumentación Jurídica*”, Palestra, Lima, 2010, p. 297.

La tesis de Alexy es justamente una posición intermedia con sus propios matices. Lo que dice Alexy, en términos generales, es que el derecho, para ser considerado como tal, no debe ser extremadamente injusto, o, en otras palabras, el derecho extremadamente injusto no es derecho. Aquí es necesario enfatizar algo; uno de los motivos por los que Alexy no se considera dentro de la corriente neoconstitucionalista es que el no postula la predominancia absoluta de los principios frente a las reglas, dejando a un segundo plano el carácter institucional del derecho por la incursión total de los principios y por ende de la moral en el derecho; al contrario, la tesis de Alexy respecto a este punto es que el derecho tiene un fuerte carácter institucional, y que incluso el derecho injusto es derecho. Para Alexy la inclusión de principios morales en el derecho no deslegitima el carácter institucional y coercitivo de este por medio de lo que se considera formalmente como fuente del derecho. La constitución, las leyes, los precedentes, etc., y en general todas las demás fuentes formales, son para Alexy la principal fuerza coercitiva e institucional del derecho, incluso cuando se puedan considerar injustas. Alexy postula que solo en el caso de la extrema injusticia es que ya no se puede hablar de derecho y por lo tanto tampoco de validez jurídica<sup>14</sup>. Alexy aquí está siguiendo la conocido fórmula de Gustav Radbruch, autor en un principio positivista, pero que cambió a una visión más iusnaturalistas al incorporar la moralidad en el caso de la injusticia extrema debido a los sucesos de la segunda guerra mundial legitimados desde el positivismo ideológico.

Otra mención explícita en la definición de derecho de Alexy es la de los “*principios*”, los cuales considera parte sustancial de todo ordenamiento. Para Alexy, el derecho está conformado por dos tipos de normas jurídicas: reglas y principios. Las reglas serían mandatos deónticos que se cumplen o no, ya que están determinados tanto jurídica como fácticamente; los principios, por otro lado, serían mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Ambos son normas, ambos son mandatos deónticos, pero son cualitativamente diferentes porque las reglas expresan determinación deóntica y los principios solo ofrecen un marco gradual de cumplimiento<sup>15</sup>. Tomemos una regla y un principio como ejemplos para tener clara esta distinción; la regla que prohíbe fumar en lugares públicos nos dice con determinación cual es el contenido del mandato y por ende que hacer o no hacer para cumplirla o no, si fumamos en un lugar público violamos la regla, si nos abstenemos de fumar en un lugar público

---

<sup>14</sup> ALEXY, Robert, “*El concepto y la validez del derecho*”, editorial Gedisa, Barcelona, 2004, pp.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, trad. Carlos Bernal Pulido, 2da edición, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.

nos adherimos a lo prescrito por dicha regla; el derecho fundamental de libertad de expresión solo nos dice que está prohibido impedir la libertad de expresión pero no sabemos con certeza varias cosas más como qué es todo aquello que podemos expresar libremente, de qué forma o en qué casos se estaría vulnerando este derecho, qué sucede si el ejercicio de este derecho significa la vulneración de otro ya sea regla o principio. Es claro que los principios ofrecen mucha mayor apertura a la discusión debido a que su cumplimiento es gradual y se da según las circunstancias jurídicas y fácticas de cada caso en concreto. Esta distinción, entre reglas y principios en la obra de Alexy no es solo un discurso teórico, todo lo contrario, sirve como base para la aplicación de los principios a través de la ponderación, tema que trataremos más adelante, cuando hablemos de las prácticas que se dan en el marco del derecho del estado constitucional.

Por último, en cuanto a la definición de derecho de Alexy, es bastante notoria la presencia constante de las normas y demás fuentes de derecho como si estas fueran la médula espinal para conceptualizar al derecho; y es que, a pesar de la importancia que juegan los principios y la pretensión moral de corrección en la obra de Alexy, la institucionalidad y el carácter formal del derecho son para Alexy lo más importante para el derecho.

Estos elementos descritos nos pueden ya dar una idea de cuál es el contenido del no positivismo y su relación con el constitucionalismo. Comenzando por lo último, queda claro que el no positivismo se podría decir es hijo del constitucionalismo contemporáneo, ya que, a diferencia del positivismo, los principios morales están presentes incluso en la definición de derecho, pero sin llegar a ser una presencia totalizadora que desvíe el carácter institucional o formal del derecho, esto lo podemos ver en la tesis de la injusticia extrema. La interpretación y aplicación del derecho se ven también considerablemente afectadas desde el no positivismo; por un lado, entra en juego la derrotabilidad de reglas en el caso de injusticia extrema y, por otro, la ponderación como forma de interpretar y aplicar principios. En pocas palabras se podría decir que el no positivismo para el constitucionalismo es un paso adelante que supera al positivismo pero sin llegar a ser un neoconstitucionalismo donde los principios son los principales protagonistas en perjuicio de las demás fuentes del derecho.

### **3.4. POSTPOSITIVISMO Y CONSTITUCIONALISMO**

El autor más difundido, al menos en América Latina, que se adjudica así mismo la etiqueta de postpositivista es Manuel Atienza. Para este autor el positivismo no sería suficiente para explicar el constitucionalismo actual, al igual que Ferrajoli, Atienza

considera que el positivismo de autores como Kelsen o Hart no tiene la capacidad de explicar tanto teóricamente como en la práctica el fenómeno constitucional reavivado después de la segunda posguerra; aunque, claro está, las hipótesis y conclusiones de Atienza y Ferrajoli son al final muy distantes entre sí. Atienza resume su planteamiento postpositivista en 8 hipótesis centrales<sup>16</sup>: **1) constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante en el plano conceptual entre derecho y moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios, 6) de la ponderación, 7) el papel activo de la jurisdicción, 8) subraya el carácter argumentativo del derecho.**

Según Atienza, una teoría constitucionalista, solo puede considerarse como tal si se enmarca dentro de ciertos rasgos que van más allá del carácter formal, jerárquico o de rigidez con los que se suele caracterizar a las constituciones. El constitucionalismo que defiende este autor significa un cambio en el derecho, no solo un reforzamiento o reemplazo de la ley por la constitución según los cánones del estado de derecho, sino entender que la constitución a adquirido un carácter completamente distinto porque la incursión de los principios y por ende de factores morales así lo ameritan; esto lo explica Atienza resaltando el carácter de apertura a la interpretación de las normas constitucionales, las cuales no representan una determinación moral desde la cual se resuelvan los casos objetivamente, sino la posibilidad a la interpretación de los derechos fundamentales y demás normas por parte de los operadores de derecho.

El postpositivismo de Atienza niega al positivismo porque lo considera inútil por su carácter eminentemente autoritativo que no considera el plano ideal moral del derecho y por la tesis de las fuentes sociales, la cual ha sido ampliamente superada en el marco del estado constitucional. Lo que Atienza postula es que el derecho de nuestros días debe ser necesariamente entendido es dos planos, uno autoritativo o formal y otro ideal, pero no ideal en el sentido de lo que se conoce como tesis neoconstitucionalista, donde todo es vencible en pro de la preeminencia de la presencia de los principios, lo que dice aquí Atienza es que el derecho es algo que se va construyendo por las diferentes fuerzas sociales dirigidas según aspiraciones morales, no es que se agreguen simplemente cánones morales objetivos, sino que estos se van formando según la discusión, interpretación y aplicación del derecho, esto para el autor es muy distinto a la tesis de

---

<sup>16</sup> ATIENZA, Manuel, "Ni positivismo jurídico ni Neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista", en: Observatorio de Jurisdicción constitucional, año.7, N°2, Julio/Diciembre, 2014,

las fuentes sociales del positivismo que resalta solo el carácter institucional o autoritativo del derecho.

La unidad de la razón práctica significa para Atienza que el derecho incluye en su discurso práctico a la moral, no siempre, pero si de manera necesaria cuando se da. Atienza no afirma lo que dice Robert Alexy, para quien el razonamiento jurídico es un caso especial del discurso práctico general, porque el derecho contiene un fuerte componente institucional que acompaña al razonamiento moral, no dejando que este sea totalizador. También hay un énfasis muy marcado en diferenciar la tesis de la unidad de la razón práctica con la postura del positivismo en este aspecto, ya que este último incluso en su versión inclusiva donde se acepta la inclusión de la moral, no explicaría la realidad de los sistemas judiciales donde el razonamiento jurídico está impregnado de cuestiones morales. Esta tesis de Atienza es clara respecto a su diferencia con el positivismo, pero no lo es tanto respecto a su diferencia con la tesis de Alexy, parecen más bien coincidir porque Alexy también tiene muy presente el ámbito institucional del derecho, este autor afirma que el discurso jurídico es parte del discurso práctico general pero a la vez siempre reafirma su posición frente a la importancia del carácter institucional del derecho, que al fin y al cabo es muy parecido a lo que dice Atienza.

Los positivistas suelen tener tesis opuestas al objetivismo moral, o mas exactamente, a la idea de que existen realidades morales abstractas y rígidas según las cuales los individuos se comportan en sociedad; al contrario para las corrientes positivistas lo que existe es el subjetivismo moral, sea subjetivismo individual o grupal, esta es una de las razones de su negación a la relación conceptual derecho-moral, el subjetivismo moral provocaría grandes abusos en la práctica jurídica porque cada quien querrá imponer sus preceptos morales según sus propios intereses. Lo que nos viene a decir Atienza en este tema es que el cree en un objetivismo moral entendido de otra manera, no como absolutismo moral, ni como emotivismo, ni como historicismo. El objetivismo moral vendría a significar en todo caso la necesidad de la existencia de un mínimo de acuerdo de ciertos valores morales, los cuales son adjudicados a las acciones y comportamientos de las personas, teniendo en cuenta que estos valores mínimos compartidos no son realidades objetivas puestas de antemano por algo alguien, sino que se desarrollan producto de la discusión que se puede o debe dar en sociedad.

El papel de los principios en un ordenamiento jurídico es para Atienza tan importante como el papel de las reglas, no hay aquí una visión neoconstitucionalista, según la cual el derecho está dominado por principios, ni tampoco otra que considere a las reglas como absolutas protagonistas; la postura es intermedia: el derecho es un conjunto de

reglas, pero también de principios con igual importancia. Las reglas podrían ser derrotables cuando hay razones excluyentes, e inderrotables o razones absolutas en otros casos. El caso de una regla con razón excluyente lo podemos sacar de la cita que hace Atienza sobre el caso que menciona García Figueroa; se trata de una niña que requiere trasplante de hígado para poder vivir, pero su madre no puede dárselo porque existe una ley que prohíbe que lo haga debido a que es menor de edad. Figueroa utiliza este ejemplo para afirmar que esta aparente regla no lo es, porque si se entendiera así se dejaría morir a una niña; en cambio, si se entiende como principio todo el derecho este tipo de problemas se superaría. Atienza por otro lado considera que este caso ejemplifica lo que sería la derrotabilidad de una regla por razones excluyentes, la regla es derrotada por la presencia de un principio, "el derecho a la vida" de la niña. En cuanto a las reglas con razones absolutas o inderrotables, podemos citar el ejemplo que da Atienza en otro escrito y que a la vez ejemplifica su posición en cuanto al carácter institucional del derecho. En una constitución se habla del matrimonio sin explicitar si se trata de hombre y mujer, y en otra constitución se habla explícitamente del matrimonio entre hombre y mujer, para Atienza en este caso se puede corroborar lo institucional o formal del derecho porque en el primer caso el matrimonio homosexual si sería viable pero en el segundo caso no, esta sería una razón absoluta inderrotable que refleja el ámbito formal del derecho en el que no cabe aplicar ningún principio para derrotar lo que está escrito. Esto, desde nuestra opinión, es desde luego, muy discutible.

La ponderación no es para Atienza una técnica omnipresente en el derecho, sino que tiene lugar cuando se den ciertos presupuestos en la interpretación y aplicación de principios como la laguna normativa a nivel de reglas o la no claridad en cuanto al contenido o desenvolvimiento de un principio que se enfrenta a otro principio. Al lado de la ponderación está siempre presente la subsunción, que es más común en la práctica que la ponderación teniendo presente que la subsunción también puede implicar algún nivel de ponderación, pero entendida desde otra perspectiva. La ponderación según Atienza, a diferencia de lo que piensas positivistas como García Amado si puede brindar seguridad racional y dar patrones de razonamiento que no leven a la inseguridad jurídica aunque siempre se enmarca dentro del razonamiento práctico.

En la tesis postpositivista de Atienza la jurisdicción tiene un papel activo, pero no formalista ni activista. El juez formalista sería aquel que se limita a aplicar el derecho según lo prescrito en las fuentes jurídicas sin tener en cuenta las razones subyacentes o los principios, por ejemplo; por otro lado, el juez activista esta en el bando opuesto, ya que no tiene en cuenta el carácter autoritativo del derecho, causando graves

consecuencias vulnerando la propia naturaleza normativa del derecho. Aquí otra vez la posición de Atienza es intermedia.

Finalmente, el último aspecto de las tesis postpositivistas de Atienza consiste en relacionar todo lo visto anteriormente con la argumentación o el carácter argumentativo del derecho. El derecho es efectivamente un ejercicio argumentativo que en el marco del estado constitucional ha sido resaltado en este nivel, la argumentación juega un papel protagonista en toda práctica jurídica. La unidad de la razón práctica que incluye a la moral exige una mayor carga argumentativa, la presencia de los principios y la ponderación requieren de argumentos muy elaborados para poder resolver cada caso en concreto, el papel activo, no formalista ni activista del juez, para poder ubicarse en ese plano intermedio se vale de la argumentación como su principal herramienta. La cuestión problemática que resalta aquí Atienza es la dificultad de contar con una teoría de la argumentación jurídica que pueda estar a la altura de las exigencias de la práctica jurídica de hoy en día, esta tarea, desde luego no es solo un ideal, sino que ya se está desarrollando.

### **3.5. NEOCONSTITUCIONALISMO**

Probablemente no es lo más adecuado hablar del término neoconstitucionalismo como una teoría del derecho en relación al constitucionalismo moderno, pero lo mencionamos aquí porque, si bien, el neoconstitucionalismo, como ya explicamos, es una generalización de las teorías del constitucionalismo actual con tendencia principialista, generalización que no refleja con exactitud lo que en realidad dicen los autores designados como “neoconstitucionalistas”, lo cierto es que se sigue citando mucho este término en los diferentes estudios que se hacen para explicar y dar soluciones a los problemas que plantea el fenómeno constitucional contemporáneo. Se suele usar de dos maneras: una como etiqueta para hacer referencia al constitucionalismo que va desde la segunda posguerra hasta nuestros días, dotándolo de una serie de características propias del derecho del estado constitucional, pero con la acentuación del papel de la moral y los principios, en otras palabras, se usa el término “neoconstitucionalismo” sencillamente para hablar del derecho del estado constitucional pero con gran tendencia principialista; y la segunda manera en que se usa este término es lo que dijimos al principio, para hacer una generalización inexacta de las teorías de una serie de autores quienes han desarrollado sus trabajos en referencia al aspecto principialista o moral del derecho del estado constitucional

### III. ESTADO CONSTITUCIONAL Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Ahora trataremos en más detalle la relación entre estado constitucional y neoconstitucionalismo, sobre todo cómo nace, se desarrolla y se suele entender este último término.

#### 3.1. ESTADO CONSTITUCIONAL

Como ya hemos mencionado, el fenómeno del estado constitucional adquiere presencia global sobre todo a partir de la segunda guerra mundial como oposición a entender el derecho desde el positivismo ideológico desde donde no se consideraba la presencia de principios morales como parte de la concepción de derecho. El estado constitucional trae consigo ciertos elementos identificables que han sido desarrollados por la dogmática y por la práctica jurídica. Según Prieto Sanchís<sup>17</sup>, los principales serían:

##### ***1) El reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la constitución***

Aquí el autor hace referencia a la fuerza normativa de la constitución como expresión de la versión de Locke del contrato social más que la de Rousseau, esto es, la fuerza normativa suprema en ordenamiento jurídico no está en la representación general del pueblo (parlamento) como sucedía en el estado de derecho, sino en la voluntad perpetrada de manera rígida para el futuro por el poder constituyente, la voluntad del pueblo en un solo acto que vinculara a todos, pero sobre todo a toda cuota de poder. Recordemos que en el estado de derecho el principio de legalidad era el primer fundamento que regía tanto la actuación tanto de los particulares como del estado. En el estado constitucional esto se traslada a la constitución, pero no en los mismos términos, dado que la constitución trae consigo otras características no presentes en la ley común y corriente (esto lo desarrollaremos luego en detalle). La característica que resalta aquí Prieto Sanchís es que la Constitución ahora ya no solo es un cuerpo político con parámetros de actuación, sino una verdadera fuente normativa indesligable a toda fuente e interpretación jurídica.

---

<sup>17</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)", En: Anales de la cátedra Francisco Suarez, 44 (2010), pp. 462-470.

## **2) La rematerialización constitucional**

Se trata en este caso de la incorporación de principios morales a la constitución y al ordenamiento en general. Como vimos, en el estado de derecho legal ya se comenzó a incorporar ciertos derechos fundamentales, por lo tanto, parámetros morales, la diferencia es que en el estado constitucional, además de la diversificación de estos derechos, la moralidad se vuelve un verdadero parámetro de validez del resto de normas. Citando Ferrajoli, Prieto nos dice que en el estado constitucional ya no solo se regula lo que se debe o no hacer sino también el contenido de eso que está obligado, prohibido o permitido, que se debe o no regular según ciertos cánones morales que ahora son parte del derecho.

## **3) La garantía judicial y la aplicación directa de la constitución**

Una consecuencia directa de la fuerza normativa de la constitución es la garantía judicial que permite que la constitución tenga efectos verticales sobre pasando incluso a la ley cuando esta no esté conforme con aquella. El mecanismo más difundido para esta práctica se encuentra sobre todo en dos formas: el control concentrado y el control difuso. En el primero se dan condiciones más estrictas dado que se trata de dejar sin validez a la ley, el segundo es más ilustrativo sobre el punto que se trata aquí. El control de la ley en la medida de los parámetros constitucionales en manos de los tribunales ordinarios puede darse generalmente de dos formas: buscando alguna interpretación de la ley conforme a la constitución o, de plano, inaplicándola previa consulta a un tribunal supremo (en el caso peruano esta operación se da consultando a la corte suprema encargada de estos temas, la sala suprema constitucional y social).

## **4) Rigidez constitucional**

Prieto Sanchís diferencia entre rigidez y supremacía, siendo que la primera no es requisito esencial de la segunda. La rigidez vendría a ser presupuesto propio del estado constitucional que le otorga a la constitución un carácter muy distinto al que tenía en el estado de derecho decimonónico, esto es el antiguo papel de carta política programática fácilmente modificable.

Para Zagrebelski<sup>18</sup> es erróneo pensar que el estado constitucional es un mero continuador del estado de derecho con diferente protagonista (la constitución en vez de la ley), sino que más bien, el estado constitucional significa un profundo cambio que ha afectado incluso la concepción misma de derecho, esto se explicaría mejor si se pasa de las afirmaciones generales a detallar aquellos elementos que conforman el significado de estado constitucional, a saber:

### **1) La ley, la Administración y los ciudadanos**

El principio de legalidad ya mencionado cuando citamos las descripciones doctrinarias sobre el estado de derecho, habría sufrido un profundo cambio, esto visto principalmente desde dos flancos. En el estado de derecho la administración actuaba solo en tanto y en cuanto lo determinaba la ley, esto es, no tenía un ámbito de libertad, sino que todo estaba predeterminado legalmente. En el estado constitucional, en cambio, esto no puede ser así ya que la administración se ha complejizado por la incursión de otros elementos como los derechos sociales o la diversificación de destinatarios, en esa nueva realidad la administración no solo se encarga de garantizar mediante ciertos mecanismos los derechos liberales, ahora va más allá; la administración tiene funciones más diversas como las relacionadas a efectivizar programas sociales como la salud o educación, para lograr esto requiere de ciertas potestades o atribuciones normativas las cuales no podrían ejercerse bajo la tutela del principio de legalidad liberal. Zagrebelski<sup>9</sup>, en este punto, no está contradiciendo el principio de legalidad de la administración que aún subsiste, lo que el autor hace es explicar que este principio en sí mismo no es suficiente para explicar cómo se desenvuelve la administración en el marco de un estado constitucional. El otro aspecto es que el principio liberal de autonomía o libertad del estado de derecho también ha sufrido un severo cambio, esto se explica por la muchas veces necesaria intromisión del estado en los derechos para cumplir con fines de bienestar general, un ejemplo podría ser la expropiación.

### **2) La reducción de la generalidad y abstracción de las leyes**

El contexto social en el que se desenvuelve el estado constitucional ofrece otras realidades que en ocasiones son prácticamente opuestas a las del régimen anterior. En este caso la generalidad y abstracción de las leyes propias de una sociedad homogénea

---

<sup>18</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo, *“El derecho dúctil”*, 11va edición, Trotta, Madrid, 2016, pp. 33-41.

(burguesía) que requería perpetuidad legal, da paso a leyes ahora dirigidas a un grupo mucho más diverso con necesidades de diversas índoles. Ahora vemos que existen leyes casi de todo tipo dirigidas a los grupos sociales que van apareciendo y que ejercen presión para ser representados para cubrir sus intereses. A la vez también las leyes en muchas ocasiones no pueden gozar del carácter de perpetuidad de antaño, a la par que van apareciendo diversos grupos sociales, los requerimientos se van diversificando lo que ocasiona que las leyes sean modificadas o reemplazadas por otras constantemente.

### ***3) La heterogeneidad del derecho en el estado constitucional***

Lo complejidad y diversidad social mencionada en el punto anterior traen también otra gran consecuencia para el derecho, la heterogeneidad y la diversidad de fuentes jurídicas. Recordemos que unos de los símbolos emblemáticos del estado de derecho era el código considerado como un cuerpo coherente y homogéneo. Lo que se vive en este nuevo contexto es más bien la crisis de los códigos y la heterogeneidad de leyes o de diversas fuentes. El derecho civil por ejemplo estaba representado por el código, ahora además del código existe numerosas leyes dentro del derecho civil, todas ellas buscan ser representativas de los diversos grupos sociales a los que ahora el derecho debe cubrir.

### ***4) La función unificadora de la constitución. El principio de constitucionalidad***

Todo lo dicho (siempre siguiendo a Zagrebelski) en los puntos anteriores si se entendiese solo de la forma en que está expuesta, acarrearía confrontaciones sociales insalvables donde cada grupo social buscaría imponer sus propios intereses en perjuicio muchas veces de los intereses de otros grupos. Esto, desde luego no puede darse en un estado constitucional, ya que significaría la vulneración constante de derechos fundamentales, por eso la constitución entra a tallar como norma suprema de balance entre intereses, la constitución regula el equilibrio de los intereses de cada grupo y el equilibrio de lo regulado en las leyes, de modo que estas no pueden favorecer ciertos sectores de la sociedad perjudicando a otros. El principio de constitucionalidad impone condiciones para la elaboración de las leyes, diversas normas orgánicas dirigidas al estado, otras a la relación entre estado y sociedad, así como normas que regulan la actuación de los particulares considerados individual y colectivamente.

## **2.2. NEOCONSTITUCIONALISMO**

Para comenzar debemos tener presente que no es lo mismo hablar de “estado constitucional” o de “neoconstitucionalismo”. El primero es el fenómeno suscitado el siglo pasado que refuerza o renueva (como ya dijimos, son dos formas diferentes de entenderlo) al constitucionalismo desarrollado varios siglos antes. El neoconstitucionalismo en cambio viene a ser un término acuñado por la escuela genovesa italiana para referirse a ciertos tópicos que adquirieron gran presencia en el desarrollo del estado constitucional, dicho término luego fue ampliamente difundido en diferentes latitudes del mundo jurídico. Expliquemos mejor esto.

Se suele reconocer que una de las primeras referencias que se hizo del término “neoconstitucionalismo” estuvo a cargo de la autora italiana Susanna Pozzolo en un escrito de la famosa revista española de filosofía del derecho “Doxa”<sup>19</sup> para luego, con el paso del tiempo, difundirse como una expresión común en gran parte de la dogmática española, italiana y en casi toda latino américa, aunque sin llegar a tener ninguna repercusión en realidades tan importantes para la dogmática jurídica como Alemania o Francia. El escrito de Pozzolo es, en realidad, una generalización de ciertos elementos del estado constitucional, a los que ella califica como integrantes principales de lo que denomina como “neoconstitucionalismo”, adjudicándolos como desarrollo teórico de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelski y Carlos Santiago Nino. Se ha verificado luego en la doctrina posterior que son tres los problemas de este planteamiento. El primero es que los autores citados tienen teorías, si bien relacionadas en algunos aspectos, en otros tantos, bastante disimiles entre sí. Otro problema es que la descripción que hace Pozzolo no es exacta en relación a cada autor, por ejemplo, no se tiene en cuenta el aspecto institucional en la teoría de Alexy, solo por ese detalle ya no encajaría en el llamado neoconstitucionalismo de Pozzolo. Finalmente, los rasgos del neoconstitucionalismo según Pozzolo en los autores citados no necesariamente son teorías del constitucionalismo sino de la teoría o filosofía del derecho, por ejemplo, la división semántica entre reglas y principios en la teoría de Alexy.

Vistas así las cosas parece ser que el término “neoconstitucionalismo” se refiere en realidad a una generalización de rasgos adjudicados a autores de manera muy general, lo que no nos garantiza fidelidad en relación a lo que realmente dicen los autores citados por Pozzolo. Se podría afirmar por lo tanto que el “neoconstitucionalismo” no existe, o

---

<sup>19</sup> POZZOLO, Susanna, “*Neoconstitucionalismo y especificidad de la Interpretación Constitucional*”, en: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho vol. 21, Seminario de filosofía del Derecho de la universidad de Alicante, Alicante, 1998, pp. 339-353.

en todo caso no se sabe con exactitud qué es<sup>20</sup>, o en todo caso, que existe en el imaginario de una elaboración teórica que no se ajusta a un autor o a un grupo de autores en específico.

La síntesis que hace Pozzolo sobre el “neoconstitucionalismo” se resume en 4 temas que, vistos sin los problemas descritos, resumen claramente temas que forman parte de la realidad del derecho de estado constitucional, más allá de que los autores citados no sean, o incluso ellos mismos no se consideren “neoconstitucionalistas” (según la concepción defendida desde el escrito de Pozzolo). Estos 4 rasgos del “neoconstitucionalismo” son según Pozzolo:

### **1. Principios vs Normas**

Esta dualidad se refiere a que el Ordenamiento Jurídico, visto desde el neoconstitucionalismo, no solo está compuesto de reglas, sino también de principios y que tanto unos o como otros tienen sus propias particularidades, ya sea porque las reglas se aplican según el criterio “*todo o nada*” al lado de los principios que se caracterizan sobre todo por su “*dimensión de peso*” (Dworkin); o porque los principios son “*mandatos de optimización*” cuya aplicación tiene por rasgo principal la gradualidad y las reglas no (Alexy), o cualquier otra diferencia. Lo importante es que existen dos tipos de normas y que estas tienen diferencias sustanciales.

### **2. Ponderación vs Subsunción**

Referido a un método interpretativo/aplicativo respecto de los principios. La subsunción como método de aplicación de las reglas no sería aplicable a los principios. Se debe considerar que los principios conllevan un método propio de interpretación llamado ponderación el cual consiste básicamente en tres pasos (Pozzolo cita aquí a Guastini): “a) En primer lugar una operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial, Es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son solo parcialmente coincidentes; b) En segundo lugar, los principios así localizados son internamente sopesados para poder ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica; el principio de mayor peso prevalece sobre el

---

<sup>20</sup> ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, En: Observatorio de Justicia Constitucional, año 7, no2, Julio/Diciembre 2014, p. 1.

principio de menor peso; c) En tercer lugar, la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto , sino en concreto”<sup>21</sup>

### ***3. Constitución versus independencia del legislador***

Aquí la autora menciona la tesis sobre la penetración general del texto constitucional y la materialización o sustancialización de la constitución, lo que vendría a significar que la constitución es el fundamento de la validez de todas las demás normas jurídicas no en el sentido que le dio Kelsen sino como una expresión del derecho natural.

### ***4. Jueces versus libertad del legislador***

Esta formulación se manifiesta en la afirmación del rol creativo del juez en la interpretación. La omnipresencia y jerarquía normativa de los principios constitucionales obligan al juez a ya no interpretar según los cánones meramente legales, ahora el contenido constitucional axiológico determina los valores que conforman las verdaderas bases para la decisión final del juez.

Cabe resaltar que la generalización que hace Pozzolo sobre el constitucionalismo en estos 4 principales rasgos tiene como objetivo principal sustentar su posición respecto a la naturaleza particular de la constitución en la interpretación jurídica. Luego ya son ampliadas o bien caracterizadas con sus propias particularidades por autores posteriores, generando una amplia gama de teorías, algunas con ciertas similitudes, otras totalmente distintas.

Sea o no errático el término “neoconstitucionalismo” y la generalización que se hace, lo cierto es que, como ya dijimos, el derecho del estado constitucional ha incorporado diversos tópicos que han sido desarrollados por la dogmática en casi todo el mundo y, lo más importante, puestos en práctica en los tribunales jurisdiccionales en también casi todas las latitudes. Pasemos a analizar este fenómeno primero desde su explicación de la teoría del derecho en general para luego ver cada uno en detalle.

## **IV. RASGOS ESENCIALES DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO**

Las doctrinas del actual constitucionalismo adquirieron mayor desarrollo a partir de la segunda post guerra como respuesta a la oscura realidad que mostraron los terribles

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 341.

sucesos de la guerra y en oposición a la intensa labor positivista resaltada a principios de ese siglo, sobre todo, con la obra de Hans Kelsen. Más adelante, ya en la década de los 60s, la obra de Herbert L. A. Hart es decisiva (en principio para toda la filosofía del derecho en general) para la búsqueda de reivindicar el valor del positivismo como filosofía genuina del Derecho. Desde un punto de vista histórico, la segunda guerra mundial fue el punto de quiebre para el decaimiento del positivismo, cuyos fundamentos no fueron suficientes para explicar la existencia de un derecho que justificara por sí mismo las atrocidades que se habían cometido contra los derechos fundamentales de millones de personas. El positivismo legalista o también conocido como positivismo ideológico<sup>22</sup>, para el cual, el derecho se sustenta según sus propios criterios sin necesidad de motivos externos (morales, sobre todo) cayó en favor de la reivindicación de un nuevo iusnaturalismo, pero que esta vez se materializó en las nuevas corrientes constitucionales, que en realidad significaron una intensificación en general del constitucionalismo y de sus principios.

La labor de caracterizar determinante al constitucionalismo de nuestros es bastante compleja ya que existen muchas versiones y explicaciones de este fenómeno que ofrecen teorías e implicancias prácticas disímiles, las cuales varían no solo de acuerdo a cada corriente doctrinarias, sino que además, muchas veces cada autor tiene una versión singular.

No es la pretensión aquí agotar todas o incluso parte de estas teorías sobre el fenómeno constitucional contemporáneo, sino solo tener un entendimiento general y esencial del tema. Por eso, vamos a partir de la enumeración de los que vendrían a ser los elementos fundamentales (aceptados y compartidos por las opiniones de gran parte de la doctrina) del constitucionalismo para estudiarlos singularmente según las principales teorías que se han dado. Estos elementos los podemos apreciar por ejemplo en una conocida fórmula descrita en un artículo por el connotado autor brasileño Humberto Ávila, quien la toma de otro conocido autor<sup>23</sup>. En dicho artículo<sup>24</sup> desarrolla brevemente los elementos principales del constitucionalismo moderno (usando la

---

<sup>22</sup> SANTIAGO NINO, Carlos, *“Introducción al análisis del Derecho”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, p.32. La clasificación que expone Nino en esta obra clásica está basada en la que hizo en su momento Norberto Bobbio.

<sup>23</sup> CARBONELL, Miguel, *“El Neoconstitucionalismo en su laberinto”*. En: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 9-12; PRIETO SANCHÍS, Luis, *“Justicia Constitucional y derechos fundamentales”*, Trotta, Madrid, 200, p. 132; FERRAJOLI, Luigi, *“Pasado y futuro del estado de derecho”*. En: CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 15 y ss.; MOREIRA, Eduardo Ribeiro, ob. Cit., esp. Pp. 19, 22, 35, 36-39, 48-50, 54, 56, 68 y 96.

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto, *“Neoconstitucionalismo: entre la ciencia del derecho y el derecho de la ciencia”*, Gaceta Constitucional N° 66, Lima, 2002, pp. 203-217.

etiqueta “neoconstitucionalismo”), pero otorgándoles un sentido lógico discursivo que los relaciona unos con otros, de esta manera: *“Los cambios propuestos por el neoconstitucionalismo, en la versión aquí examinada no son independientes ni paralelos. Ellos mantienen por el contrario una relación de causa y efecto, o de medio y fin, unos con relación a los otros. El encadenamiento entre ellos podría ser construido, de forma sintética, de la siguiente forma: las constituciones de la posguerra habrían previsto más principios que reglas; el modo de aplicación de los principios sería la ponderación en vez de la subsunción; la ponderación exigiría un análisis más individual y concreto que general y abstracto; la actividad de ponderación y el examen individual y concreto demandarían una participación mayor del poder judicial en relación con los poderes legislativos y Ejecutivo; el activismo del poder judicial y la importancia de los principios radicados en la constitución llevarían a una aplicación centrada en la constitución en vez de que esté basada en la legislación”*. Así Ávila presupone 4 elementos esenciales: el normativo (de la regla al principio), el metodológico (de la subsunción a la ponderación), el axiológico (de la justicia general a la justicia particular) y el organizacional (del poder legislativo al poder judicial). Citamos el artículo de Ávila a modo de ejemplo de cómo los autores suelen generalizar con ciertos rasgos definitorios el constitucionalismo contemporáneo, esto se da debido a la gran complejidad que implica este fenómeno.

Siguiendo el método de Humberto Ávila y otros autores procederemos a analizar algunos elementos más recurrentes tanto en la práctica como en la doctrina del constitucionalismo de nuestros días.

#### **4.1. CONSTITUCIONALISMO Y MORAL: ¿OBJETIVISMO MORAL?**

Ya hemos dado algunos alcances de la relación derecho – moral refiriéndonos a algunas de las teorías al respecto, lo que aquí toca es ver dentro de que teoría o teorías respecto a esta relación se desenvuelve el constitucionalismo moderno. Cuando los autores positivistas se refieren al “neoconstitucionalismo”, siempre hay la tendencia a caracterizarlo con una fuerte tendencia a una relación intrínseca entre derecho y moral; el derecho estaría completamente comprometido con ciertos cánones morales por la omnipresencia de los principios, esto incluso en desmedro del carácter institucional del derecho. Esta forma de entender el constitucionalismo contemporáneo con la etiqueta de “neoconstitucionalismo” donde la moral siempre derrota al derecho es una visión extrema del constitucionalismo actual porque da la sensación de ya nada de lo está puesto en el derecho tiene peso normativo frente a la presencia de principios siempre listos para derrotar cualquier otra fuente del derecho. Autores denominados

“neoconstitucionalistas” (erróneamente denominados así, como ya explicamos) como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza o Carlos Santiago Nino, por mencionar los más difundidos e influyentes en habla hispana, si bien, postulan que los principios y la moral pueden derrotar o guiar a las demás fuentes del derecho, no dicen que esto sea algo totalizador, por el contrario, siempre remarcan la importancia de las otras fuentes y el carácter institucional del derecho, aunque cada uno con sus propios matices, lo que sucede es que el trabajo de cada uno de ellos se sustenta muchas veces en la afirmación explícita o implícita de que la presencia de principios morales en el derecho ha generado diversos cambios en la teoría y en la práctica de varias instituciones o figuras jurídicas, porque en realidad el cambio que se ha dado nace en la propia concepción de lo que hoy conocemos como derecho. Esto supone por ejemplo que actualmente ya no podemos decir “el derecho es un conjunto de normas...” porque el constitucionalismo y la moral han complejizado exponencialmente la dogmática y la práctica jurídica. No basta revisar las fuentes y aplicarlas a los casos que se presentan día a día para resolverlos porque, algo que no podemos obviar es que los principios en el derecho del estado constitucional siempre están presentes, otra cosa es que no siempre es conveniente trabajar con ellos en desmedro de las reglas porque esto podría significar el quiebre de la seguridad jurídica, el cual es un principio de carácter institucional fundamental para el buen desenvolvimiento del derecho a nivel de su carácter normativo. La omnipresencia e influencia decisiva de los principios en el derecho también significa según los autores “neoconstitucionalistas”, y tal como se ve en la práctica, el reforzamiento a gran escala de la denominada argumentación jurídica, ya que no necesariamente es un acuerdo entre estos autores que los principios en el derecho son realidades objetivas (objetivismo moral) las cuales captamos como un catálogo ya dado para resolver los casos, sino que, es a través de la argumentación que se van construyendo la manera de entender y aplicar los principios para resolver casos concretos, por eso es que se han preocupado tanto por desarrollar una teoría de la argumentación jurídica. Ahora bien, hay que tener claro que todo esto nace del contexto fáctico, de lo que pasa en una sociedad o en el mundo en su totalidad y en la práctica jurídica cotidiana, no de los autores, cuya labor se reduce a teorizar y sistematizar alrededor de lo que sucede en la realidad. La incursión de los principios y la moralidad en derecho siempre ha estado presente, solo que se ha entendido de diferentes formas según cada realidad histórica social. Como ya hemos mencionado, la incursión de los principios como la entendemos ahora comenzó específicamente por un hecho real: los horrores de las guerras mundiales, a partir de ese momento se vio la necesidad imperiosa de incluir en el derecho de todo el mundo principios morales que protegieran

a la humanidad, pero muchos de estos principios estaban en el derecho desde años atrás o incluso siglos atrás.

En definitiva, la inclusión de la moral en el derecho del estado constitucional o en el “neoconstitucionalismo” ha significado un cambio en el mismo cimiento de lo que conceptualmente entendemos por derecho, no se trata solo de una guía ética para los operadores jurídicos, sino de una verdadera transformación en todo aspecto jurídico, lo que sucede es que esta transformación no siempre es entendida ni aplicada de manera similar.

#### **4.2. CONCEPCIONES SOBRE EL SENTIDO Y LOS ALCANCES DEL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL**

Casi Todos los autores coinciden en que el constitucionalismo moderno significa un verdadero cambio desde las bases mismas de la concepción del derecho y no solo un reemplazo de papeles, esto es, que la constitución ha reemplazado a la ley como la nueva cúspide jerárquica y normativa de los ordenamientos jurídicos. Esta posición la comparten no solo lo llamados autores “neoconstitucionalistas”, sino también autores que se adhieren a diferentes corrientes iusfilosóficas, incluso Luigi Ferrajoli, quien representa una de las posiciones positivistas más influyentes de los últimos años, está de acuerdo con que se ha producido un cambio radical en el derecho del estado constitucional.

Esta forma de entender el constitucionalismo moderno viene del hecho mismo de que la constitución no puede ser entendida como eran entendidas las leyes en el estado legislativo de derecho. La constitución además de contar con los rasgos de normatividad directa y de máxima jerarquía como la ley del estado decimonónico, trae consigo otros rasgos que le dan un significado muy distinto y particular. La presencia de los principios, la forma de interpretarlos y aplicarlos requiere entender el derecho desde otra perspectiva donde la argumentación juega un papel preponderante a través de sus propios cánones y los que se han ido desarrollando para interpretar los enunciados constitucionales, los cuales no pueden interpretarse con los tradicionales de la ley (histórico, genético, sistemático, semántico, teleológico), las normas constitucionales han necesitado de otros cánones de interpretación como el de concordancia práctica, el de corrección funcional, el de eficacia integradora, fuerza normativa de la constitución, etc. La constitución también, a diferencia de la ley del estado legalista, es un documento que se ha expandido por los instrumentos internacionales, la jurisprudencia y que debe adecuarse a cada caso en concreto, la constitución que se aplica no es solo el

documento que la contiene, el contenido de la constitución es, en realidad, el bloque de constitucionalidad que va mucho más allá de lo que dice la carta constitucional escrita. La constitución está en constante expansión porque los principios o derechos fundamentales no son un catálogo cerrado, sino que a través de la argumentación y el discurso práctico, van acrecentándose según lo requieran los casos que se van presentando. Otra gran diferencia es que la constitución ha adquirido un gran nivel de rigidez que solo en casos muy específicos puede ser quebrado o modificado.

### **4.3. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO**

La democracia, entendida bajo el tamiz de las exigencias de todo estado constitucional, ha sufrido severos cambios, los cuales resumiremos en dos temas: la necesidad de una concepción más amplia de la democracia que integra dos dimensiones (formal y sustancial); y la contraposición que se genera entre la expresión máxima de la democracia, esto es, los encargados de legislar representando al pueblo y las nuevas prácticas o fuerzas orgánicas del constitucionalismo contemporáneo, como ejemplos de esto último podemos mencionar la técnica del control difuso y las funciones del tribunal constitucional. Para el primer tema seguiremos lo desarrollado al respecto por Luigi Ferrajoli, ya que en este campo su trabajo es bastante representativo y fuera de discusiones sobre el alcance conceptual actual de la democracia constitucional; el segundo tema lo explicaremos según como se ha dado el debate entre diferentes autores.

La tesis de Ferrajoli sobre la democracia es que esta, entendida en el marco de un estado constitucional, no puede ser entendida solo en su dimensión formal, esto es, como el conjunto de reglas o métodos para elegir a los representantes y así dar cuenta de la idea donde los representados se gobiernen a sí mismos; bajo esta sola forma de entender la democracia, cualquier decisión, incluso la que vulnere derechos fundamentales, sería válidamente considerada como democrática; por esto es que la democracia debe incluir en su concepción otra dimensión, la dimensión sustancial. Esta afirmación recaería en 4 razones y/o aporías (paradojas o dificultades lógicas insuperables) básicas las cuales explicarían la auto insuficiencia de la democracia formal frente a las exigencias del constitucionalismo moderno. La definición formal por sí sola no logra encajar dentro de los balances de poder de todo estado constitucional, en el que existen límites incluso para el poder del pueblo para gobernarse a sí mismo de acuerdo a los cánones de la democracia representativa formal; consecuencia de esto es que si se entiende a la democracia solo en su dimensión formal es posible destruir desde el derecho fundamental más esencial hasta la democracia misma, ya que toda

decisión formalmente democrática solo se sustenta en la regla según la cual es válida toda decisión adoptada por la mayoría; otra razón que apunta acertadamente Ferrajoli es que en la democracia entendida cabalmente en sus dimensiones se encuentra una relación indispensables, sin la cual no podría sobrevivir ninguna pretensión de carácter democrático, la relación entre soberanía popular y los derechos fundamentales primarios y secundario (según la clasificación de Ferrajoli que veremos luego), en otras palabras, la relación entre democracia y derechos de libertad y derechos sociales, no le falta aquí razón a Ferrajoli, la democracia según este autor, no se puede desenvolver saludablemente si es que no es ejercida en un espacio de libertad previamente asegurado por los derechos fundamentales correspondientes de libertad, pero además estos derechos y la democracia misma tampoco son posibles de realizarse sin la concretización de los derechos sociales que otorguen el escenario mínimo de bienestar para poder ejercitar cualquier derecho; finalmente la cuarta razón de la necesidad de una concepción más amplia de democracia es, según Ferrajoli, que las decisiones que se toman a través de los representantes en realidad no significan la verdadera voluntad de cada representado y que dichas decisiones tampoco pueden abarcar temas como los relacionados a los derechos fundamentales estatuidas en la constitución por ejemplo, esto viene a dar cuenta de que la democracia formal sola es incapaz de adentrarse a temas fundamentales referentes a los derechos y exigencias de la sociedad en su conjunto y de manera individual. Estas razones o aporías como las llama Ferrajoli tendrían como primera consecuencia la exigencia de replantear la concepción de lo que significa “soberanía”, o en específico, la relación entre pueblo y democracia; esta nueva forma de entender esta relación significaría entender la soberanía de dos formas, las dos incluyentes. La soberanía se entendería ahora como una potestad exclusiva del pueblo y solo de este, en negativo significa que nadie podría inmiscuirse en la voluntad del pueblo ya que su capacidad de decidir es exclusiva y, además, esta potestad no corresponde a un grupo social como si este grupo pudiera tener una voluntad unitaria, sino que, debe considerarse a cada individuo respetando sus derechos individuales; el otro significado de soberanía vincula a esta con los derechos fundamentales básicos en relación a las exigencias que vienen dadas para cada sujeto individualmente considerado, los derechos fundamentales aquí sirven como sustento de la noción de soberanía, la cual está en la obligación de actuar de acuerdo a los límites que imponen el respeto y las garantías de estos derechos. Pareciera que en este aspecto Ferrajoli se refiere a una ficción, esto es, a la posibilidad de considerar la voluntad de cada individuo para que se concrete la democracia en sus dimensiones, pero en realidad, de lo que se trata es que, como acabamos de mencionar, la soberanía solo se puede dar si está dirigida según los que establecen los derechos fundamentales.

#### 4.4. TEORÍAS SOBRE LOS ENUNCIADOS NORMATIVOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

##### **a) Principios: variedad de significados**

Antes de analizar los rasgos esenciales de la teoría de los principios, hay que anotar que el propio término principio es, en el derecho, pasible de ser entendido de diferentes maneras. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero<sup>25</sup>, siguiendo a Genaro Carrió y Riccardo Guatini, nos dicen que los principios pueden tener, por lo menos, los siguientes significados: 1) *como norma muy general, es decir, aquellas que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales*; 2) *como norma redactada en términos particularmente vagos. Aquí se encuentran los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”*; 3) *como norma programática o directriz, es decir, como norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines*; 4) *como norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico*; 5) *como norma dirigida a los órganos de aplicación y orienta cómo debe seleccionar e interpretar la norma aplicable* y 6) *como regula iuris, es decir, como enunciado o máxima de la ciencia jurídica con un alto grado de generalidad, coadyuvando a la sistematización del ordenamiento jurídico*.

En el Perú, Mijaíl Mendoza<sup>26</sup> siguiendo en parte a Genaro Carrió y Juan Igartúa Salaverría menciona, entre otros, los siguientes significados de principios: 1) *como generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de reglas pertenecientes al sistema*; 2) *para identificar determinadas normas de un sistema jurídico positivo que tienen carácter fundamental*; 3) *como consecuencia lógica de una conjunto de normas del derecho positivo*; 4) *como norma a la que se atribuye un contenido intrínsecamente justo o proveniente del derecho natural*; 5) *como máximas provenientes de la tradición jurídica, muchas de ellas provenientes del derecho romano*; 6) *denotando las cláusulas constitucionales no operativas, conocidas también como normas programáticas o disposiciones de principio*; y 7) *como pautas de segundo grado, es decir, normas referidas a la aplicación de normas jurídicas, dirigidas sobre todo a los jueces y , secundariamente, a los ciudadanos*.

---

<sup>25</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Las piezas del Derecho”, 2da edición, Ariel, Barcelona, 2004.

<sup>26</sup> MENDOZA, Mijail, “Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano”, Gráfica Bellido, Lima, 2000.

Como vemos, el estudio de los principios presenta, en primer lugar, considerable dificultad por su variedad de significados; pero, además, el propio significado de qué es un principio resulta sumamente controvertido, la literatura al respecto es muy extensa. Veamos algunas cuestiones fundamentales al respecto.

### ***b) Hacia la definición de los principios***

Si tenemos muchos significados para los principios, la definición va a variar de acuerdo a cuál sentido de principios se adopte. Los principios como premisas fundamentales en el derecho romano, los principios como guías o marco de legalidad en los subsistemas normativos, los principios generales de cada especialidad del derecho (principios del derecho civil, penal, laboral...), son solo algunos ejemplos de los mencionados en el punto anterior. En esta investigación hablaremos de principios básicamente para referirnos a aquella materia de estudio en los autores que fueron decisivos para el constitucionalismo, esto es, de los principios como derechos fundamentales. Por otro lado, existen definiciones generales sobre los principios que toman sus características básicas.

Riccardo Guastini<sup>27</sup>, por ejemplo, afirma que en nuestra cultura jurídica se consideran principios aquellas normas que presentan conjuntamente dos características:

- i) Por un lado, que tengan carácter fundamental y*
- ii) Por otro lado, que estén sujetas a una particular forma de indeterminación, en una u otra de las formas siguientes:*
  - a. que tiene un antecedente abierto, o bien*
  - b. que es derrotable, o bien*
  - c. que es genérica.*

En referencia a la segunda característica (ii), el citado autor nos dice que si bien *“la única idea que todos los autores parecen compartir es que los principios son normas indeterminadas, la indeterminación no es un carácter suficiente para distinguir los principios de las otras normas por al menos dos razones: a) en el lenguaje corriente de los juristas el uso del vocablo ‘principio’ tiene un evidente componente axiológico que el*

---

<sup>27</sup> GUASTINI, Riccardo, *“Interpretar y Argumentar”*, trad. Silvina Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 190.

*concepto de indeterminación no captura en modo alguno...La idea subyacente es que desde el punto de vista valorativo, las normas jurídicas no están todas en el mismo plano: algunas normas expresan los valores ético-políticos que caracterizan la fisonomía del ordenamiento, y en este sentido son superiores a las restantes. b) la indeterminación es una característica propia de toda norma jurídica, desde el momento en que toda norma es necesariamente formulada por medio de 'términos generales clasificatorios', como se suele decir.*"<sup>28</sup>

### **c) Principios y Reglas**

Se suele considerar a Ronald Dworkin como uno de los primeros y más importantes teóricos en referencia a los principios jurídicos, como parte de todo ordenamiento jurídico al lado de las reglas, por la influencia decisiva que tuvo su trabajo para la filosofía del derecho posterior y para el denominado neoconstitucionalismo. Sin embargo, la presencia de los principios, en contraposición a las reglas, en el derecho y su estudio iusfilosófico data de mucho antes<sup>29</sup>. Si bien podemos podríamos prever que la presencia y estudio de los principios se puede remontar hasta el derecho romano, para efectos de los objetivos de la presente tesis, solo mencionaremos de forma breve las teorías concebidas a partir de la segunda mitad del siglo XX, ya que estas fueron las que influyeron directamente en el ámbito del constitucionalismo contemporáneo.

De la infinidad de teorías que existen solo haremos referencia a unos cuantos autores<sup>30</sup>, clasificando ente distinciones débiles y fuertes como se suele hacer cuando se trata este tema.

Walter Wilburg fue el primero en poner en el tapete la discusión sobre la distinción principios-normas<sup>31</sup> con su teoría sobre la ciencia del derecho como "sistema oscilante de normas". Se trata de hallar una decisión caso por caso en función de una dinámica

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 184, 185.

<sup>29</sup> MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María, *"Introducción a la Teoría del Derecho"*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 89.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto, *"Teoría de los Principios"*, trad. Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, pp. 33-37.

<sup>31</sup> PORTOCARRERO QUISPE, José Alexander, *"Peligros y Límites de la Ponderación"*. *Análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos paradigmáticos del Tribunal Constitucional*, tesis para optar el título de abogado por la UNMSM, Lima, 2011, p. 15.

de fuerzas oscilantes determinadas en función de las normas individuales y sus respectivos supuestos jurídicos.

### ***i) Distinciones débiles***

Josef Esser entiende a los principios como fundamentos para encontrar un determinado mandamiento. Para este autor la diferencia es cualitativa, en tanto que, los principios son normas que van a servir como base desde las cuales se van a afirmar ciertos mandamientos en concretos, estos vendrían a ser las normas como reglas.

Karl Larenz diferencia entre principios y reglas tomando como referencia que, si bien los principios son normas de gran relevancia para el ordenamiento, no se pueden materializar concretamente como las reglas, debido a que, en su estructura, no se encuentra el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, como sucede con las reglas. Los principios establecen fundamentos normativos para la interpretación y aplicación del derecho, de los que derivan, directa o indirectamente, las normas de comportamiento.

Claus-Wilhelm Canaris menciona dos características como puntos de referencia para esta distinción. En primer lugar, los principios tendrían un contenido axiológico específico, por lo que carecerían de reglas específicas para su concreción. En segundo lugar, la interacción entre las normas; los principios adquirirían su sentido específico solo complementándose y limitándose con otros principios, a diferencia de las reglas, las cuales ya lo contienen en sí mismas.

### ***ii) Distinciones fuertes***

Entre las distinciones fuertes mencionaremos las dos más influyentes, la de Dworkin y la de Alexy. Antes de mencionar a Dworkin haremos referencia brevemente a solo un aspecto en concreto de los postulados de Hart, ya que la teoría de Dworkin, en este tema, parte de la respuesta a Hart. H. L. A. Hart – probablemente el positivista más importante del siglo XX – reivindicó en muchos aspectos la filosofía iuspositivista, venida a menos por la corriente iusracionalista de la segunda posguerra. En *“The concept of Law”*, estudio exhaustivo sobre la naturaleza del derecho en general y su fuente principal las normas jurídicas, formula la denominada *“separability thesis”* o tesis de la separabilidad<sup>32</sup>, según la cual, entre derecho y moral sí hay una relación, pero solo

---

<sup>32</sup> BARBERIS, Mauro, *“Introducción al estudio del Derecho”*, primera edición en castellano, Palestra, Lima, 2015, p. 28

contingente, mas no necesaria desde un punto de vista conceptual y analítico. El fundamento de su teoría sobre las normas jurídicas descansa en primer lugar sobre la crítica a John Austin<sup>33</sup>, para quien las normas son “*commands*” o mandatos cuyo carácter coactivo nace en la autoridad del soberano; las normas se podrían considerar como amenazas, en el sentido de que si no se cumplen se generan consecuencias jurídicas negativas; las que junto a la legitimidad que les brinda la presencia del soberano configuran los principales presupuestos conceptuales y de validez de las normas. Para Hart, por otro lado, en todo ordenamiento jurídico no solo existen las normas tal cual las describe Austin, hay además otros tipos de normas, como las que disponen *permisiones* o las que se refieren ya no al comportamiento humano, sino a otras normas. Así, Hart nos habla de dos grandes grupos: *Normas primarias* y *Normas Secundarias*. Las normas primarias serían aquellas dirigidas a los comportamientos, servirían para incentivar, permitir, obligar o prohibir acciones humanas; en cambio, las reglas secundarias serían aquellas que van dirigidas, ya no a comportamientos humanos, sino hacia las normas o reglas primarias. Estas reglas secundarias las clasifica en tres tipos: *reglas de reconocimiento*, *reglas de cambio* y *reglas de adjudicación*. Las reglas de reconocimiento especifican los criterios que debe poseer una regla para ser considerada una regla del sistema; las reglas de cambio facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias que regulen la conducta del grupo y a dejar sin efectos las anteriores; y las reglas de adjudicación facultan a ciertas personas a determinar si en una ocasión particular se ha transgredido o no una regla primaria<sup>34</sup>. Las teorías de Hart constituyen un punto de quiebre para las subsiguientes reelaboraciones del positivismo jurídico en manos de distintos autores, cada uno con sus propios matices. Sin embargo, todo el sistema que elabora Hart es incompleto según lo apreció en su momento otro gran filósofo del derecho, Ronald Dworkin.

La obra de Dworkin resulta de gran importancia para entender la naturaleza de los principios en una de sus primeras grandes elaboraciones teóricas, decisiva, sobre todo, para el estudio de las diferencias entre principios y reglas, con Dworkin, se dice, se inicia<sup>35</sup> masivamente el debate. Para diferenciar principios y reglas el autor emplea dos

---

<sup>33</sup> La obra donde Austin sintetiza estas ideas es “*The province of jurisprudence determined*” o “*La delimitación del ámbito de la teoría del derecho*”.

<sup>34</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, “*El Concepto de Derecho*”, trad. Genaro R. Carrió, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 117-123.

<sup>35</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “*Sobre Principios y Reglas*”. En: DOXA cuadernos de filosofía del derecho N° 10, Alicante, 1991, p. 101.

argumentos: *el todo o nada de las reglas (all-or-nothing-fashion) y la dimensión del peso (dimension of weight)*. Sobre el primero, Dworkin dice: *“Rules are applicable in an all-or-nothing-fashion. If the facts are rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer is supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”*<sup>36</sup>. Así lo que quiere decir es que cuando se concretiza el supuesto de hecho subsumible en la regla, se pueden dar dos hipótesis, la regla es válida y; por lo tanto, se cumple la consecuencia jurídica prevista, o la regla es inválida y no se cumple la consecuencia jurídica, esto es, o hay consecuencia jurídica o no la hay. En contraposición a esta estructura, los principios no contienen un mandato de la forma “todo o nada”, sino tan solo motivos para su aplicación, razones que hablan en favor de una u otra decisión. En cuanto a la dimensión del peso, los principios tendrían una dimensión que las reglas no exhiben, que se muestra en la colisión entre principios, de forma que cuando dos principios se confrontan no se plantea el tema de la validez de uno u otro, sino que se va a medir el peso de cada uno.

#### **4.5. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE PRINCIPIOS: PONDERACIÓN**

Debido a su propia naturaleza los principios conllevan un mayor nivel de complejidad en cuanto a su interpretación y aplicación por lo que los tribunales se han visto obligados a buscar otros métodos o técnicas para resolver casos donde están en juego principios, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales. Tal es la complejidad de este tema que no solo se discute sobre qué tipo de método sería el más adecuado sino que el problema se da en la propia percepción sobre si realmente es necesario buscar técnicas de aplicación de derechos fundamentales ya que no necesariamente habría que suponer que los derechos fundamentales entran en conflicto, esto es, según esta última posición los derechos fundamentales nunca entran en conflicto entre sí, de lo que se trataría es de verificar el alcance y los límites de cada derecho fundamental y los hechos en concreto<sup>37</sup>. Otra forma en la que se ha evitado hablar de ponderación u otros métodos de aplicación de derechos fundamentales es a través de la previa jerarquización de estos, lo que quiere decir que unos derechos serían superiores a otros, por lo tanto los superiores se aplicarían como reglas que derrotan a los inferiores, esta es la posición adoptada en el derecho estadounidense. En fin, a pesar de todos estos planteamientos y discusiones, lo cierto es que, al menos en nuestro sistema jurídico la ponderación es el mecanismo de aplicación de principios por excelencia, esto debido a

---

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald, *“Taking Rights seriously”*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1978, p. 24.

<sup>37</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis Fernando, *“¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”*, En: Cuestiones constitucionales, N° 12, enero-junio 2005, pp. 117-127.

la influencia del derecho alemán, sobre todo a la influencia del trabajo de Robert Alexy, el cual ha sido el más traducido y difundido en Latinoamérica. Lo que hace este autor es sistematizar teóricamente lo que venía siendo una práctica constante en los tribunales alemanes cuando resolvían casos donde entraban en juego derechos fundamentales. El más conocido es el llamado caso “Luth”, en el cual Erich Luth un periodista incitó al público, a los medios en general y a las salas de cines al boicot de las películas del cineasta Veit Harlan quien había tenido vínculos con el nazismo, ya que sus películas según Luth incitaban o hacían alegoría al fenecido régimen nazi. El tribunal de primera instancia decidió a favor de Harlan aplicando reglas civiles que prohibían los daños causados como los de Luth al querer perjudicar tan severamente el trabajo de Luth, sin embargo, en apelación el tribunal constitucional federal alemán consideró que al estar en juego derechos fundamentales (libertad de expresión y libertad de industria o trabajo) no se debía aplicar solo las reglas del derecho civil sino que debía utilizarse otro método para resolver este conflicto: la ponderación, ya que los derechos fundamentales tienen plena eficacia sobre cualquier ámbito del derecho, en este caso el derecho civil. Según Alexy<sup>38</sup> serían tres las ideas principales sobre derechos fundamentales que se encuentran en la sentencia del caso Luth, la primera es la que ya mencionamos sobre la necesidad de trabajar con la ponderación cuando se trate de derechos fundamentales y las otras dos serían que la garantía constitucional de los derechos civiles no se agotan en los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al estado, sino que estos encarnarían también un “orden de valores objetivos”; y la otra idea es que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todo el ámbito del derecho”.

A partir de este caso y muchos más que siguieron luego en esa línea, Robert Alexy desarrolla su teoría de los derechos fundamentales y su teoría de la ponderación, la cual actualmente es una de las más citadas y aplicadas por los tribunales cuando resuelven casos donde se ventilan derechos fundamentales u otros principios.

La base teórica de la ponderación en Robert Alexy se encuentra en su teoría de la norma jurídica, de la norma de derecho fundamental y en su planteamiento sobre la estructura de las normas de derecho fundamental. Recordemos que la norma jurídica se puede estudiar desde diferentes enfoques como el sociológico, estructural, antropológico, etc., el enfoque desde el cual Alexy plantea su teoría de la norma jurídica

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 11, enero-junio 2009, pp. 5-6.

es el semántico la diferenciación básica entre enunciado normativo y norma jurídica<sup>39</sup>. Esta diferenciación es fundamental, ya que delimita el significado que se le puede dar a un enunciado de acuerdo a los criterios de interpretación que se utilicen para obtener la forma deóntica, y es que para este autor la norma en su traducción a un significado contiene un mandato deóntico. Otro punto que se desprende del concepto semántico de norma es que la validez no es un concepto que defina la norma, si no que puede o no puede estar, esto es, pueden existir muchas normas que sean inválidas. Del concepto de norma se obtiene el concepto de norma de derecho fundamental que también es semántico porque también hace realce de las normas adscritas de derecho fundamental que no estén necesariamente expresadas en la ley fundamental o carta fundamental. El fundamento de las normas de derecho fundamental según Alexy sería la fundamentación iusfundamental<sup>40</sup>, en otras palabras, la carga argumentativa que sustenta que una norma sea o no un derecho fundamental y no solo el hecho que estén puestas en la constitución u otra fuente de derecho.

El siguiente paso en la teoría de Alexy es el de la estructura de la norma de derecho fundamental. Aquí el cimiento teórico es la diferenciación entre principios y reglas, siendo que los principios “...son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>41</sup> a lo que Alexy denomina *mandatos de optimización*, dado que, si bien se trata de normas en el sentido semántico y deóntico de la teoría Alexyana, no son, o no pueden ser realizados de manera directa como sí sucede con las reglas, ya que son como cartas abiertas que solo pueden ser cumplidas gradualmente. Es importante tener en cuenta que para Alexy los principios siguen siendo en principio mandatos, lo que significa que obligan, prohíben o permiten, lo que sucede es que lo que está ordenado, prohibido o permitido está dispuesto de una manera singular que no permite realizar dicho mandato de manera categórica, sino gradualmente. Esta es una distinción cualitativa, lo que quiere decir que se trata de dos tipos de normas completamente diferentes, por lo que los conflictos que se den entre estas también requieren de operaciones completamente distintas, y aquí es donde aparece la teoría de la ponderación para el caso de conflictos entre principios. Primero, en el caso de las reglas, al ser mandatos que se pueden cumplir completamente o no, los conflictos que se produzcan entre estas se resuelven mediante las clásicas técnicas de jerarquía, temporal o de especialidad, esto por supuesto teniendo en cuenta que se debe tratar de dos o más normas-reglas válidas; otra cosa

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert, “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”, trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 33.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 67.

son las excepciones que se pueden dar en las reglas, excepciones que vienen dadas en el propio ordenamiento.

Para la interpretación y aplicación de principios en conflicto Alexy elabora su teoría de la ponderación que como hemos visto parte de la teoría semántica de las normas iusfundamentales y de la estructura de las normas divididas en normas-reglas y normas-principios. Hay que tener en cuenta que el trabajo que hace Alexy en este punto parte no solo de su teoría general de las normas, sino que gran parte se basa en el análisis de los diferentes casos que resolvió el tribunal federal alemán cuando aplicaba principios desde donde elabora como premisa para el test de ponderación lo que él llama como la “ley de colisión” que dice lo siguiente:

*“Si el principio P1 en las circunstancias C, tiene precedencia sobre el principio P2: (P1 P P2), y si de P1, en las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica”.*

El autor también lo explica de manera más sencilla:

*“Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.*

Alexy explica su planteamiento sobre la ley de colisión analizando un caso sobre incapacidad procesal en Alemania, pero por fines didácticos pondremos aquí como ejemplo el caso Magaly Medina vs Mónica Adaro Como podemos recordar en este caso los hechos fueron que la entonces periodista de espectáculos, Magaly medina, saco al aire en su programa de televisión un reportaje sobre una red de prostitución que se estaba dando con varios personajes conocidos del mundo del espectáculo, sobre todo las vedettes. En ese reportaje se mostró un video donde la conocida vedette Mónica Adaro tenía relaciones sexuales con un cliente, en este video, hay que enfatizar se mostró explícitamente la consumación del hecho que avalaba la red de prostitución de quería dar a conocer Magaly Medina. Ante esto, la respuesta de Mónica Adaro fue plantear un proceso judicial contra Magaly alegando la vulneración de su derecho a la intimidad por el video que la mostraba completamente desnuda teniendo relaciones sexuales, como podemos apreciar se trataba del enfrentamiento entre el derecho a la libertad de expresión, o mas exactamente, de prensa de Magaly Medina contra el derecho a la intimidad de Mónica Adaro. En este caso se hace la ponderación entre

estos derechos o principios determinando finalmente los jueces que se estaba vulnerando efectivamente el derecho a la intimidad de Mónica Adaro, ya que en el caso concreto era completamente innecesario necesario mostrar desnuda a Mónica Adaro para ventilar la red de prostitución porque no se trataba de un personaje público en sentido estricto; la regla que resulta de la ponderación realizada por los jueces es que está prohibido mostrar videos u otros medios que muestren a personas en su espacio de intimidad. El principio *P1* (derecho a la intimidad) prevalece sobre el principio *P2* en las condiciones *C* (en este caso no era necesario mostrar públicamente el espacio íntimo de una persona), de modo que *C* se convierte en el supuesto de hecho para la regla *R* (si se dan las condiciones del caso se establece la prohibición que hemos mencionado).

En resumen, podemos decir que la ley de colisión se puede sintetizar en dos ideas:

*1. Todos los principios en abstracto tienen el mismo peso, ninguno, a priori, es más importante que otro.*

*2. La precedencia de un principio sobre otro va a estar determinada por las condiciones que se den en el caso concreto.*

Se podría decir que la ley de colisión es la premisa general de la primera conclusión que resulta del análisis de los casos donde se aplica la ponderación de principios, ahora nos toca ver más concretamente en que consiste, en la teoría de Alexy, la ponderación.

La premisa general es que hay dos o más derechos fundamentales enfrentados, los cuales se desenvuelven según la denominada “ley de colisión” que nos viene a decir que estos derechos no tienen a priori una jerarquía, que la precedencia de uno sobre otro va a estar determinada por las condiciones o circunstancias jurídicas y fácticas del caso en concreto y que, finalmente, la solución de este conflicto se determina en una regla donde el supuesto de hecho son las condiciones del caso en concreto. Esta precedencia de un derecho sobre otro y la regla que resuelve el conflicto se obtienen mediante los 3 pasos del test de ponderación o proporcionalidad<sup>42</sup>: *Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*. Los dos primeros se refieren a la optimización de los principios respecto de las posibilidades fácticas y el último respecto de las posibilidades jurídicas.

#### *a) Idoneidad*

---

<sup>42</sup> ALEXY, Robert, “Los derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”, en: Revista española de Derecho Constitucional, N°91, enero/abril, 2011, pp. 13-19.

Cuando dos o más principios entran en conflicto lo primero que hay que tener en cuenta es que el fin principal es intentar que dichos principios sean realizados de la mejor manera posible y evitar en la medida de lo posible que sean socavados, por lo tanto, se comienza por verificar si la forma o la medida que se adopta para realizar el principio que vulnera a otro u otros principios es idóneo para su plena concretización. En el caso *Magaly Medina vs Mónica Adaro*, ¿era idóneo la medida que adoptó la periodista para realizar el derecho fundamental que estaba ejerciendo, el derecho de libertad de prensa?, ¿era idóneo mostrar explícitamente el acto íntimo para poder decir que Magaly está ejerciendo su derecho a la libertad de prensa?, la respuesta podría ser positiva en tanto que sería la forma más idónea para poder ventilar lo que Magaly Medina quería dar a conocer públicamente en ese momento, sin embargo la respuesta podría ser no si consideramos que esa prueba en concreto no tenía por qué ser hecha pública si bastaba con relatar el caso y enviar el video a las autoridades correspondientes, la medida podría decirse entonces sería inidónea para lograr la realización del derecho fundamental a la libertad de prensa, por lo que quitar dicha medida no afectaría que se ejerza igualmente ese derecho, además que esa medida vulnera el derecho a la intimidad de la vedette. Como podemos apreciar, la clave aquí es verificar si es posible o no dejar de lado la medida que se ha adoptado en el caso concreto de manera que su ausencia no perjudique la igual realización del principio o derecho fundamental que se alegue.

#### *b) Necesidad*

Según Alexy el test de idoneidad por lo general es insuficiente y requiere de este segundo paso porque aquí se verifica si cabe la posibilidad de no afectar el principio contrario. De lo que se trata es de elegir entre dos o más medidas que sean igualmente idóneas para satisfacer el principio P1 a la que sea menos perjudicial para el principio P2. En el caso *Magaly Medina vs Mónica Adaro* ¿era realmente necesaria la propagación televisiva del acto íntimo para ejercer su derecho de información periodística cuando Magaly pudo lograr su cometido informando del hecho pero sin vulnerar la intimidad de Mónica Adaro?, claramente en este caso el acto de Magaly Medina no pasaría el teste de necesidad que nos indica que entre dos o más medios idóneos para ejercer un derechos se debe elegir el que sea no lesivo o menos lesivo para el otro derecho fundamental que está en juego.

#### *c) Proporcionalidad en sentido estricto*

Como ya hemos mencionado, en el test de idoneidad y el de necesidad se hacen respecto a las condiciones fácticas del hecho en concreto, en cambio, en este caso, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a las posibilidades jurídicas. Este test se desarrolla en base a dos cuestiones: la “ley de la ponderación” y la “fórmula del peso”. Citando a Alexy, la ley de la ponderación viene a decir: *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*. Esto es, se sopesa o se pone en una balanza la afectación de un principio  $P_i$  (por ejemplo, el derecho a la intimidad de Mónica Adaro), frente a la importancia de la satisfacción de otro principio  $P_j$  (el derecho a la libertad de expresión de Magaly Medina). De esta manera, siguiendo el caso que ya hemos visto, podríamos preguntarnos ¿Se justifica la afectación del derecho a la intimidad de Mónica Adaro por el grado de importancia de la satisfacción del derecho a la libertad de Magaly Medina? Para responder a esta pregunta, es necesario en el caso concreto hacer un análisis más pormenorizado, el cual se hace mediante la denominada “fórmula del peso”. En esta fórmula se dividen el producto de tres factores referentes al principio afectado  $P_i$  y al principio afectante  $P_j$ . Estos tres factores son:

$I_{i,j}$ : Intensidad de la interferencia en el caso del principio  $P_i$  e intensidad de la interferencia respecto a  $P_j$ .

$W_{i,j}$ : El peso abstracto de cada principio. Aquí se trata de analizar el peso que tiene cada principio sustrayéndolos del conflicto.

$R_{i,j}$ : El peso de la confiabilidad de las apreciaciones empíricas referidas a lo que la medida en cuestión significa para la no realización del principio  $P_i$  y para la realización de  $P_j$ .

La fórmula se resume así:

$$W_{i,j} = I_j \cdot W_i \cdot R_i / I_i \cdot W_j \cdot R_j$$

De esta fórmula se va a obtener un resultado numérico ya que cada factor es representado por 1, 2 o 4 según se considere que cada uno es leve, medio o grave; si el resultado es mayor a 1 gana el principio  $P_i$ , y si el resultado es menor que 1 gana el principio  $P_j$ . En caso que el resultado sea 1, Alexy ha dado distintas respuestas, siendo la concluyente hasta el momento la inclinación a resolver el conflicto mediante los principios formales, esto es, aquellos que se refieren a la institucionalidad democrática.

#### **4.6. DERROTABILIDAD DE REGLAS**

La derrotabilidad como fenómeno jurídico o como figura jurídica ha tenido y tiene aún diversas interpretaciones; se ha hablado de derrotabilidad desde diferentes enfoques, en diferentes términos, con diferentes concepciones, desde diferentes formas de estudio, etc.<sup>43</sup> No podemos hacer aquí un análisis o estudio minucioso sobre este fenómeno porque ya estaríamos hablando de otra tesis, pero sí podemos hacer referencia a algunas formas de entender la derrotabilidad. La primera se da cuando “una norma jurídica, con independencia de la estructura y grado de claridad semántica que posea, puede ser inaplicable a un caso lógicamente subsumible en ella, en virtud del mayor peso de las razones morales derivadas, directa o indirectamente, de las normas jurídicas que reconocen derechos fundamentales y, en definitiva, que reconoce a la dignidad como valor jurídico supremo”<sup>44</sup>. Esta forma de entender la derrotabilidad está directamente relacionada con lo que podría decirse es el rasgo más elemental e importante en la formación de todo estado constitucional: la incursión de la moral al derecho a través de los derechos fundamentales teniendo como base a la dignidad humana. En términos simples si nos encontramos ante una regla que encuentra una excepción implícita que involucra a la moral para un caso concreto, la consecuencia es la inaplicabilidad de esa norma para ese caso. Hay que diferenciar con claridad este tipo de derrotabilidad con otras formas de inaplicar normas como la que sucede cuando una regla entra en conflicto con otra, o cuando una norma escrita toma otra forma luego de la interpretación, la cual puede agregar, quitar o cambiar el contenido semántico de la norma inicial (diferencia entre enunciado normativo y norma jurídica). En el primer caso la solución se da a través de los principios de conflictos de reglas como el jerárquico, el de especialidad o cronológico; en el segundo caso lo que tenemos es un fenómeno común y corriente en la práctica jurídica cotidiana, ya no se puede pensar en las normas como realidades plenas que solo tomamos tal cual están dispuestas para resolver los casos subsumibles en ellas, ahora es de común acuerdo que la norma escrita es solo fuente inicial, ya que la fuente definitiva será la que se produce como

---

<sup>43</sup> Algunos de los estudios en español más conocidos sobre derrotabilidad se encuentran en: Atienza, M., Ruíz Manero, J., «Reglas, principios y derrotabilidad», en: Para una teoría postpositivista del Derecho, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2009; Bayón, J.C., «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», en: Isonomía, N.º 13, Octubre 2000; Bayón, J. C., «Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho», en: J.C. Bayón y J. Rodríguez, Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 2003; Buriticá, E., «Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable», en: Estudios de Derecho, V. 72, N.º 159, 2015; García Figueroa, A., «La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho», en: Diritto & questioni pubbliche, N.º 3, 2003; Guastini, R., «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», en: Doxa, N.º 31, 2008; Ródenas, A., «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas», en: Doxa, N.º 24, 2001; Rodríguez, J., «La derrotabilidad de las normas jurídicas», en: Isonomía, N.º 6, Abril 1997; Rodríguez, J. y Súcar, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», en: Analisi e diritto, P. Comanducci y R. Guastini (editores), 1998.

<sup>44</sup> RÓDRIGUEZ SANTANDER, Roger, “Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el estado constitucional”, tesis para optar el grado de doctor por la universidad Carelos III de Madrid.

resultado de la interpretación a través de los diferentes cánones. Aunque cuando el producto de la interpretación es una regla completamente distinta también se podría decir que se produce un tipo de derrotabilidad, pero como mencionamos al principio, la derrotabilidad tiene diferentes interpretaciones en la doctrina por eso esta afirmación es discutible. La obtención de un enunciado normativo distinto a la norma originalmente escrita se produce debido a que en el estado constitucional ya no se entiende a las normas escritas como algo absoluto como sí era común entenderlas en el estado de derecho y sobre todo en la corriente positivista ideológica o, más aun, en el formalismo jurídico. Los diferentes cánones de interpretación pueden llevar al operador jurídico a obtener diferentes resultados, aunque cabe precisar que esta operación y su resultado no pueden ser actividades arbitrarias, el estudio de las técnicas de interpretación y argumentación juegan un rol central. Podríamos también armonizar esta forma de entender la derrotabilidad con la primera si decimos que derrotabilidad sería solamente si la norma jurídica producto de la interpretación que es distinta a la norma original ha tomado esa forma debido a la inclusión de la moral a través de los derechos fundamentales, esto es, la interpretación se dio incluyendo el raciocinio práctico donde la norma original por sí sola no era suficiente o contravenía algún o algunos derechos fundamentales. Otra forma bastante común de entender la derrotabilidad es cuando se inaplica cualquier norma de rango legal o inferior por contravenir lo que dice la constitución o el bloque de constitucionalidad, lo que hacen los jueces en este caso es inaplicar dicha norma o normas en el caso concreto sin que esto signifique su invalidez o expulsión del ordenamiento jurídico.

Como vemos, el fenómeno de la derrotabilidad entendido en las perspectivas brevemente descritas es consecuencia directa de un fenómeno aun mas grande; el estado constitucional nacido en la primera mitad del siglo XX.

#### **4.7. ROL DE LOS JUECES**

El papel que cumplen, o más exactamente, que deberían cumplir los jueces en el derecho del estado constitucional es solo la consecuencia de todo lo que ya hemos descrito y analizado hasta el momento. La discrecionalidad de la que gozan actualmente es el más importante factor a tener en cuenta, pero no como una facultad arbitraria, si no, como una facultad que se desenvuelve en el estudio y desarrollo de la interpretación y argumentación jurídica. La participación de los jueces ha crecido tremendamente en ese sentido, solo en ese sentido, determinado por la mayor carga argumentativa, la mayor exigencia de fundamentar. Casi todas las decisiones judiciales requieren fundamentación, pero no cualquier fundamentación, ya que esta debe estar

determinada por lo que en teoría de la argumentación jurídica se conoce como el contexto de justificación, esto es, el contexto de la argumentación jurídica que es en el plano donde los jueces deben transitar. El nuevo papel de los jueces ha traído consigo también problemas referidos a sus límites y a la naturaleza de su actividad. Traspasar los límites de sus funciones trae como consecuencia lo que en doctrina se conoce como “activismo judicial” lo que por ejemplo se podría dar si los jueces utilizan desmedidamente la derrotabilidad generando incertidumbre o inseguridad jurídica, principio clave en el derecho de nuestro tiempo el cual permite que tengamos la certeza de como va reaccionar el derecho frente a nuestras acciones. La incursión de los principios en la interpretación y argumentación jurídica puede llevar a una percepción subjetiva moral de los jueces trayendo como consecuencia resultados de acuerdo a una visión moral que no necesariamente se conlleva con lo que establece el ordenamiento jurídico. Es importante diferenciar entre lo moral como instrumento jurídico y lo moral según cada visión personal. Es cierto que la moral que ha entrado al derecho pertenece a una visión cultural, en nuestro caso la occidental, por eso es que los autores que defienden el constitucionalismo que introduce principios resaltan que se trata de un mínimo de objetividad moral compartido por un grupo social que sirve no para obtener verdades absolutas, sino como instrumento para la argumentación iusfundamental que pesa en cualquier decisión que tomen los jueces.

#### **4.7. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Otra consecuencia directa de todo lo mencionado hasta ahora sobre el derecho característico del estado constitucional es la necesidad del desarrollo de las técnicas o métodos de argumentación jurídica. No nos referimos solo a la habilidad de exponer ideas frente a un juez, esto siempre ha existido, sino al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica que busca encontrar la manera y la solución correcta para resolver los casos de acuerdo a las exigencias del derecho de nuestros días donde la labor de los operadores jurídicos va mucho más allá de lo que está dispuesto en las fuentes jurídicas, sobre todo, si tenemos en cuenta la incursión de principios y de la moral en general. Esto ha traído grandes complicaciones que han sido tratadas por diversos autores con diferentes tesis sobre la naturaleza y el contenido que debe guiar la argumentación jurídica, porque claro, ahora más que nunca es común entender que el derecho no solo está compuesto por una dimensión institucional sino también por una dimensión moral o sustancial, pero el problema se acentúa cuando nos preguntamos cuáles son los límites de estas dimensiones y cuál es el alcance del contenido de cada una. La pregunta clave para ubicarnos en el problema que plantea la argumentación

jurídica es ¿Cuál es la metodología más adecuada que nos lleve a dar la solución correcta para cada caso en concreto? Los caminos que se han seguido para responder esta pregunta han sido diversos, pero el punto de encuentro que acompaña justamente al reavivamiento del constitucionalismo del siglo XX son dos obras: “Teoría de la argumentación jurídica” de Robert Alexy y “Legal reasoning and legal theory” de Neil MacCormick. Estas dos obras llegan a la misma hipótesis, aunque desde caminos diferentes. La hipótesis es que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general, esto es, la práctica racional argumentativa del derecho se mueve en el mundo del deber ser lo que daría sentido a la relación derecho-moral. A partir de esta tesis conocida como “Teoría estándar de la argumentación jurídica” se ha ido elaborando los métodos que acompañan a las exigencias del razonamiento jurídico en el marco del estado constitucional.

## CAPÍTULO II

### EL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

#### I. INTRODUCCIÓN

En sus escritos y entrevistas Luigi Ferrajoli se ha calificado a sí mismo como un autor estrictamente positivista y no neoconstitucionalista, es importante empezar por esta aclaración debido a que algunas veces se le ha considerado dentro de la tendencia neoconstitucionalista, sobre todo por sus trabajos donde desarrolla ampliamente temas constitucionales, como los principios, los derechos fundamentales, la democracia constitucional, el constitucionalismo en general, la ponderación etc. El positivismo de Ferrajoli no es el positivismo “clásico”, estamos más bien ante un positivismo cuyas particularidades se adaptan de diferentes formas a las exigencias del constitucionalismo contemporáneo, es un positivismo que nace para explicar al constitucionalismo fuertemente contrapuesto al neoconstitucionalismo y todas las tendencias iusnaturalistas.

La teoría del derecho que desarrolla Ferrajoli en base al “Garantismo” es una teoría formal o formalizada, no dice nada sobre un determinado ordenamiento jurídico o sobre lo que debe o no debe ser, sobre lo que es justo o injusto. Es una teoría sobre la teoría del derecho en general aplicable a cualquier derecho existente, es una estructura conceptual idónea para explicar cualquier tipo de ordenamiento jurídico.

El garantismo entendido en su concepción tradicional o clásica se desarrolla en el derecho romano, sobre todo en el derecho privado donde juega un papel fundamental para asegurar y conseguir el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales, tenemos así diferentes garantías de derecho privado como la hipoteca, la prenda, las garantías procesales, etc. Todas aseguran derechos subjetivos con contenido patrimonial. Lo que hace Ferrajoli es redefinir el marco estrecho de las garantías para construir un concepto de garantías mucho más amplio y general, nace así el concepto de Garantía como garantía de todos los derechos subjetivos, todas las obligaciones y prohibiciones correlativas a derechos subjetivos, sean estos Patrimoniales o Fundamentales, todo tipo de derechos en realidad. El garantismo vendría a ser entonces un modelo de Derecho

dirigido garantizar la protección y concretización de los derechos subjetivos. De esta forma, según los tipos de derechos subjetivos podemos distinguir entre “garantismo patrimonial”, “garantismo liberal”, “garantismo social”, “garantismo político” (derechos políticos), “garantismo civil” (derechos civiles), “garantismo supranacional”, “garantismo penal”, entre otros.

En el pensamiento de la ilustración se introdujo la idea de que todo poder es legítimo solo en tanto sea limitado por ciertos derechos, el poder absoluto se convierte en un poder arbitrario que se deslegitima a sí mismo. Esta idea en el derecho se desarrolló bastante en el derecho penal, donde las garantías se presentaron como una necesidad debido a la vulneración que supone la capacidad punitiva del estado frente al acusado o imputado, derechos como la libertad, el honor, defensa, entre otros, están seriamente comprometidos en el ámbito penal, por lo que el refuerzo de las garantías de estos derecho se convirtió en un imperativo para el buen desarrollo del derecho penal en general. El derecho a la presunción de inocencia, a la privación de libertad como última ratio, las garantías procesales, se configura como garantías de defensa de la persona para evitar la arbitrariedad o abuso de poder punitivo del estado y de los particulares. Gran parte del trabajo de Ferrajoli se enfoca en el derecho penal justamente por el desarrollo del Garantismo en esta rama del derecho, pero como hemos visto, el garantismo de Ferrajoli es entendido como una teoría general del derecho.

Las garantías se entienden como todos los deberes y obligaciones que corresponden a “expectativas”, ya sean positivas o negativas. Las expectativas se forman como el concepto clave para definir los diferentes derechos subjetivos, la responsabilidad civil, penal, etc., esto es, todo lo que exprese una pretensión que corresponde a un deber. Tenemos así dos tipos de expectativas: la expectativa positiva (deber) y la expectativa negativa (obligación). Estas dos expectativas conforman lo que Ferrajoli entiende como “Garantías Primarias”. Luego las garantías, al comprometerse con todo tipo de derechos subjetivos, adquieren diferentes formas, siendo las principales y generales: “Garantismo de los derechos patrimoniales” y “Garantismo de los derechos fundamentales”. Los derechos patrimoniales son provenientes de la tradición romana, el derecho de crédito, derecho de propiedad, los actos como los contratos, testamentos, etc. Estos derechos siempre son efectos de actos singulares predispuestos por “normas hipotéticas”, esto es, no disponen un efecto inmediato, sino que más bien predisponen efectos con la mediación de un acto negocial. Los derechos fundamentales, por otro lado, son derechos establecidos por “normas categóricas”, llamadas también “normas téticas”, ya que son normas que producen efectos inmediatos, empezando por la titularidad que se

establece sin ningún acto negocial de por medio Además los derechos fundamentales son derechos que gozan de ciertas características que los hacen únicos e indistinguibles, como la universalidad o la indisponibilidad. Los derechos fundamentales al ser normas téticas y universales requieren de ser establecidas por la actuación política en normas escritas, deben estar establecidas claramente porque se trata de límites que vincula a la democracia política y a la omnipotencia de la mayoría. Estos límites y vínculos se componen por fragmentos de soberanía en cabeza de cada uno de nosotros cambiando así la idea de soberanía desde el soberano al pueblo en general.

Esta pequeña síntesis del Garantismo nos permitirá entender mejor el desarrollo que seguiremos a continuación, que si bien sigue siendo un resumen, está más ordenado y detallado.

## II. LA TEORÍA DEL DERECHO DEL GARANTISMO

### 2.1. GARANTISMO Y POSITIVISMO

#### 2.1.1. Los tipos de legitimación

La idea de lo que es o no legítimo en el derecho ha ido de la mano del compromiso con una particular concepción del derecho. Desde el positivismo legalista el derecho es legítimo toda vez que se encuentre positivizado en normas escritas, sin importar el contenido; desde el iusnaturalismo la legitimidad se entiende desde la suposición de valores morales que deben estar concretizados en las normas jurídicas, lo jurídico se establece solo a partir de la conformación del derecho a dichos valores objetivos; desde el postpositivismo la legitimidad se entiende desde las fuentes del derecho institucionalizadas pero teniendo presente un mínimo de objetivismo moral que las guía, en este caso las normas no son legítimas solo por estar escritas, aunque este es el primer supuesto para la legitimidad.

La idea de legitimidad en Ferrajoli toma un sentido diferente dado que este autor no quiere comprometerse con valores específicos. Tenemos así dos tipos de legitimación: *legitimación externa o justificación* y *legitimación interna o legitimación en sentido estricto*. La primera está integrada por criterios de valoración moral o políticos de tipo extra o meta-jurídicos, es decir, *razones externas* o *del Derecho*, mientras que la segunda se identifica con pautas normativas cristalizadas dentro del marco del ordenamiento jurídico, como criterios jurídicos de valoración, es decir, *razones internas*

o de Derecho. Por lo tanto, la legitimación externa se identifica con lo que tradicionalmente se entiende por justicia, de modo que las normas se consideran legítimas, si se ajustan a ciertos criterios políticos o morales. Por otra parte, la legitimación interna se identifica con lo que tradicionalmente se ha entendido por validez, de modo que lo importante es determinar si las normas pertenecen al ordenamiento, para lo cual deben cumplir las exigencias que éste último establece. Este enfoque es preferido al tradicional por dos razones: porque utiliza expresiones más genéricas y menos comprometedoras, en cuanto no se refieren a valores sino a puntos de vista normativos y no aluden a una teoría iuspositivista o iusnaturalista sobre la justicia o validez. Especialmente la legitimación externa, no sólo se refiere a motivos éticos o políticos, sino también a criterios de diversa índole, como de oportunidad, prácticos o funcionales.

### **2.1.2. Derecho y moral**

Todo aquel que se considere positivista debe aceptar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, de acuerdo con la cual no existe una conexión cierta o necesaria entre ellos. El autor italiano asume este postulado y además lo analiza desde una perspectiva teórica y axiológica. Desde un enfoque teórico, FERRAJOLI sostiene que la separación entre Derecho y moral puede entenderse en un sentido *asertivo* y en un sentido *prescriptivo*. Él sostiene que la referida separación puede ser explicada sobre la base del desglose de seis tesis, de las cuales tres se refieren al sentido asertivo, denominándose *tesis teóricas* y las restantes, al sentido prescriptivo, asumiendo la calificación de *axiológicas*. El sentido asertivo permite explicar la autonomía de los juicios jurídicos respecto de los juicios morales o políticos. El problema en cuestión es el de la legitimación interna o validez de las normas. El sentido prescriptivo permite plasmar la autonomía de las normas morales de las normas jurídicas. Se trata del problema político de la legitimación externa o de la justicia. A continuación veremos brevemente en qué consiste cada una de las tesis enunciadas.

*La tesis meta-lógica* es una manifestación de la falacia naturalista aplicada en lo jurídico. Según esta tesis, no es posible la derivación lógica del Derecho válido (*Derecho que es*) del Derecho justo (*Derecho que debe ser*) y viceversa. FERRAJOLI señala que es *ideología* toda postura que incurre en la referida falacia, considerando que las normas son válidas en cuanto sean éticamente justas o, viceversa, considerando que las normas son justas en cuanto sean válidas. La primera de estas ideologías coincide con el *iusnaturalismo o moralismo jurídico*, el cual conlleva una confusión del deber ser con el

ser de las normas, mientras que la segunda corresponde al *legalismo o estatalismo ético*, el cual confunde el ser con el deber ser de las normas. Por otra parte, la falacia naturalista impide confundir tanto la efectividad de las normas con los valores de justicia relacionados con la legitimación externa, como la normatividad constitucional propia de la legitimación interna con la efectividad de las leyes ordinarias.

*La tesis científica* impide fundamentar la validez de las normas en parámetros de justicia, de modo tal que los criterios para su determinación deben ser esencialmente jurídicos y deducibles del ordenamiento. Es una tesis vinculada con el monopolio estatal de la producción normativa jurídica.

*La tesis meta-científica* es aquella que defiende la recíproca autonomía entre legitimación interna, legitimación externa y enfoque sociológico. Así las cosas, el discurso sobre la validez debe desatender el moralismo jurídico, evitando la contaminación del papel descriptivo de la ciencia jurídica. Asimismo, todo estatalismo ético debe ser rechazado para salvar el carácter convencional de las normas, lo que posibilita su crítica desde la legitimación externa o desde enfoques sociológicos. La interrelación entre las tres tesis anteriores configura una concepción positivista del Derecho, también denominada *convencionalismo o formalismo jurídico*.

De acuerdo a las *tesis axiológicas*, relativas a la dimensión prescriptiva de separación entre Derecho y moral, el Derecho y el Estado se justifican en tanto garanticen los derechos y la seguridad de los ciudadanos. Esta tesis coincide con el *utilitarismo jurídico*, entendido por nuestro autor como un principio meta-jurídico que impone una carga de justificación al Derecho y al Estado. Esta posición se ha manifestado en la evolución del Derecho penal, especialmente, en la configuración de las nociones de delito, proceso y pena. Así las cosas, al tipificar el delito, el *ius puniendi* debe tender a criminalizar ciertas conductas que causen daños a terceros o, expresado técnicamente, que vulneren bienes jurídicos, procurando evitar manifestaciones de Derecho penal de autor en que se penalicen modos de ser de las personas. En consecuencia, en el proceso penal, el objeto de comprobación debe coincidir con hechos tipificados en la ley y no la moralidad o el carácter. Finalmente, la pena no tiene como finalidad la moralización del condenado, ya que “*el Estado no tiene derecho a forzar que los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí. [...] Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es*”.

## 2.2. NEOCONSTITUCIONALISMO Y VIGENCIA

La estructura del ordenamiento jurídico desde el tamiz del constitucionalismo garantista positivista adquiere ciertas singularidades que lo diferencian significativamente de cómo se concibe en el constitucionalismo principialista. Veamos algunos aspectos.

La separación entre legitimación externa e interna de la distinción entre Derecho positivo como hecho y Derecho natural como valor se establece básicamente para evitar conclusiones erradas, ya que se ha entendido equivocadamente que los juicios que se formulan en el contexto de la dimensión de la legitimidad externa son juicios de valor o de deber ser por referirse a criterios morales o políticos, a diferencia de los que se formulan en la dimensión de la legitimidad interna, que son juicios de hecho en cuanto se refieren a la existencia de las normas, es decir, a su pertenencia al derecho positivo. Este equívoco proviene de una concepción simplificada de la validez, propia del positivismo jurídico tradicional, según la cual una norma válida es la que ha sido dictada por el órgano competente de acuerdo al procedimiento debidamente establecido para su producción. Por lo tanto, la calificación de validez responde a parámetros empíricos formales vinculados con la generación o creación normativa, ajenos a criterios valorativos o de contenido. Derecho válido es Derecho existente. Sin embargo, esta teoría resulta inadecuada y descontextualizada ante los modernos Estados de Derecho, ya que éstos han asumido una estructura diferente tras el Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo. En efecto, las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, incorporan catálogos de derechos fundamentales en la parte material. De esa forma, el ordenamiento se impregna de contenidos, de instituciones éticas, políticas o morales, de principios de justicia. Los derechos fundamentales, además, adquieren eficacia jurídica, ya que con la regulación del control de constitucionalidad de la ley que suele radicarse en órganos jurisdiccionales, toda norma o acto que los infrinja puede ser declarado nulo por dicho órgano. Surge así, el Estado Constitucional, cuyo eje central es la supremacía de la Constitución sobre la ley como fuente del Derecho. De esa manera, las Constituciones establecen límites a los poderes públicos, en cuanto no podrán vulnerar los derechos en el ejercicio de sus respectivas funciones. Este proceso, considerado por muchos como un cambio de paradigma, incide en el test de validez de una norma del ordenamiento. Ahora la norma válida no sólo debe superar el test de formalidad a que me he referido, sino que además debe superar otro test, el de

sustancialidad, en virtud del cual el contenido de la norma en análisis no debe ser contradictorio con las normas jerárquicas constitucionales.

El derecho positivo bajo el paradigma del constitucionalismo moderno ha adquirido una forma distinta debido a las exigencias del plano sustancial del derecho, cuya vinculación con la estructura del ordenamiento jurídico va más allá de las formalidades otra suficientes para explicar el funcionamiento de las normas y las fuentes del derecho en general, de modo tal que es necesario introducir una nueva noción independiente y autónoma de la validez y la efectividad: la vigencia. La norma vigente es la norma existente, es decir, producida por el órgano competente de acuerdo al procedimiento pertinentemente establecido para ello. La norma válida es aquella cuyo contenido no es contradictorio con el de las normas jerárquicas superiores del ordenamiento, específicamente, las constitucionales. La norma efectiva, en general, es la que goza de un margen relativamente amplio de cumplimiento en la sociedad. Por lo tanto, la legitimidad jurídica o interna puede ser desdoblada en *legitimidad jurídica formal*, relativa a la vigencia, y *legitimidad jurídica sustancial*, relativa a la validez. Una norma vigente, dependiendo de cada caso, puede ser eficaz o ineficaz, válida o inválida. Debe hacerse presente que de acuerdo a las prohibiciones impuestas por la falacia naturalista, la validez o eficacia no pueden ser deducidas de la vigencia. Esta última, pertenece al *ser* si se la compara con el *deber ser* propio de la validez, y al *deber ser* si se la compara con el *ser* de la eficacia.

### **2.3. LA TEORÍA JURÍDICA DE LUIGI FERRAJOLI**

A partir de lo que hemos explicado hasta ahora, Ferrajoli postula una teoría jurídica de carácter crítico. Para la comprensión de la misma es prudente explicar algunas cuestiones previas. En primer lugar, es necesario entender cómo queda estructurado el ordenamiento jurídico tras la constitucionalización de los derechos y a la vista de la introducción de la noción de vigencia. Lo importante es entender las relaciones que se generan entre los diversos niveles normativos del ordenamiento. En segundo lugar, se requiere hacer una referencia a la redefinición que el profesor italiano hace de las antinomias y lagunas jurídicas.

#### **a) Ordenamiento jurídico - Estructura**

El andamiaje del ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia de diferentes niveles normativos. Pues bien, una norma jurídica insertada en un nivel jerárquico determinado se considera como hecho respecto de las normas superiores que regulan

su producción y como Derecho respecto de las normas inferiores cuya producción regula. Así las cosas, en relación a la primera de estas funciones, lo que importa es la determinación de su validez o invalidez respecto de las normas superiores. En cambio, en lo referido a la segunda función, importará su eficacia o ineficacia respecto de las normas inferiores. Por ende, el juicio de validez de una norma inferior coincide con el juicio de eficacia de una norma superior. La comprensión de este enfoque puede quedar más clara con un ejemplo. Tomaré en consideración tres niveles del ordenamiento: constitucional, legislativo y administrativo. De acuerdo a la teoría ferrajoliana, una norma situada en el nivel legislativo debe ser considerada como hecho respecto de las normas constitucionales que regulan su producción y como norma respecto de un acto de ejecución administrativa cuya producción está regulada por la norma legal anterior. Ahora bien, hemos señalado que el constitucionalismo implica la incorporación de valores en los niveles superiores del ordenamiento jurídico. Para Ferrajoli, en cuanto más sean los valores incorporados en tales niveles en forma de imperativos negativos, menos serán los márgenes decisorios abandonados a los arbitrios potestativos de los niveles inferiores, por ejemplo, legislativo respecto del constitucional o jurisdiccional respecto del legislativo. Por ende, *“las leyes, en pocas palabras, son tanto más vinculantes cuanto más vinculadas estén”*. Al contrario, en cuanto menos sean tales valores vinculantes en los niveles superiores, mayores serán los márgenes de discrecionalidad en los niveles inferiores. En este caso, las leyes serán *“tanto menos vinculantes en cuanto menos vinculadas estén”*. Es por eso que Ferrajoli, caracteriza al modelo garantista por una *incorporación limitativa*, esto es, la introducción de vínculos negativos. Por otra parte, en un modelo autoritario, existe una *incorporación potestativa*, o sea, ausencia de tales vínculos.

#### **b) Las Antinomias y Lagunas en el sistema Garantista**

Las divergencias de validez y efectividad que se generen entre los diferentes niveles normativos generan antinomias y lagunas. Nuestro autor adopta una postura distinta a la tradicional en la definición de estas instituciones, ya que para él la antinomia *“es el vicio sustancial producido por la decisión indebida de una norma contradictoria con una norma sustancial sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste”*<sup>13</sup> mientras que la laguna *“es el vicio producido por la omisión indebida de la decisión de una norma, requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de la norma que falta”*. En palabras más sencillas, la antinomia implica la existencia de una norma contradictoria con una norma superior constitucional que establece una prohibición sustancial a los poderes públicos. Se trata de la

producción indebida de una norma. A su vez, la laguna conlleva la violación de una norma constitucional que establece obligaciones para tales poderes. Se trata de la omisión indebida de producción normativa. Por lo tanto, la antinomia es producción de una decisión prohibida y la laguna, omisión de una decisión obligatoria. Ejemplo de antinomia, es el contraste que se genera entre la norma constitucional que regula la libertad de prensa y una norma inferior que autoriza la censura. Ejemplo de laguna, es la ausencia de garantías jurisdiccionales que tutelen el derecho al trabajo plasmado en la Constitución. Tradicionalmente se suele definir la antinomia como incompatibilidad entre normas, siendo imposible la aplicación de ambas. Por lo demás, esta posición entiende que tales incompatibilidades pueden producirse no solo entre normas de diferentes niveles jerárquicos, sino que también entre las que pertenecen a un mismo nivel. A su vez, la laguna se suele definir como ausencia de una norma cualquiera – no necesariamente constitucional – en el proceso de aplicación jurídica del juez en una controversia. Por ende, las antinomias y lagunas se han entendido como problemas de aplicación normativa derivadas de las imperfecciones del ordenamiento, solucionables por el intérprete mediante la aplicación de algunos criterios que, en el caso de las antinomias, serán el cronológico o el de la especialidad, mientras que en el de las lagunas se deberá recurrir a la analogía o los principios generales del Derecho. En ambos casos no existe un vicio, porque la norma inaplicable por ser general o anterior no es inválida, como asimismo la omisión de una norma cualquiera no genera infracción indebida de otra norma. El lector perspicaz ya habrá inferido que existen diferencias esenciales entre el constructo conceptual de Ferrajoli y el discurso tradicional. Para Ferrajoli, las antinomias y lagunas configuran hipertrofias del ordenamiento jurídico sólo solucionables a través de la modificación del ordenamiento jurídico. Se trata de vicios, porque son consecuencia del incumplimiento normativo que consiste en la comisión de un acto normativo prohibido por la norma infringida (antinomia) u la omisión de un acto normativo obligatorio según la norma infringida (laguna). Es por ello que no pueden ser solucionadas por el intérprete, sino que requieren la intervención de un órgano competente que proceda a la anulación de una norma indebida, en el caso de las lagunas, o a la incorporación de la norma que falta, en el caso de las omisiones. Generalmente, en la primera hipótesis el órgano competente es jurisdiccional y en la segunda, legislativo. Estas serían antinomias o lagunas en *sentido fuerte*, a diferencias de las otras, que según nuestro autor serían antinomias o lagunas en *sentido débil*. Los criterios para la solución de esta última categoría son *meta-normas constitutivas*, porque no pueden ser violadas por el legislador, mientras que los criterios jerárquicos para la solución de los vicios de la categoría anterior, son *meta-normas deónticas o regulativas*, porque tienen por objeto la identificación de infracciones legislativas.

### **c) Interpretación jurídica**

Para Ferrajoli la teoría jurídica ubicada en los recintos del garantismo no debe pecar de actitud contemplativa ante el ordenamiento, sino que debe ser crítica, ya que la nueva estructura del ordenamiento jurídico y la esencia del Estado de Derecho Constitucional así lo demandan. Los modelos de ciencia jurídica existentes hasta antes del garantismo, se identifican con lo que FERRAJOLI denomina *iuspositivismo dogmático*, porque desatienden la importancia de la noción de vigencia como categoría independiente de la validez y la eficacia. Así, el normativismo tiene una imagen del Derecho legal pero irreal, porque sólo se preocupa de la validez (entendida como vigencia), descuidando la ineffectividad. Por su parte, el realismo tiene una visión del Derecho real pero ilegal, porque centra su estudio en la efectividad (entendida como vigencia), descuidando la invalidez (entendida como no vigencia). Ferrajoli, en cambio, intenta construir un *positivismo crítico* cuya tarea principal sea la identificación de antinomias y lagunas, es decir, de aquellos espacios de ilegitimidad del Derecho y de exceso del Poder. Esta toma de postura requiere derrumbar algunos dogmas. Uno de ellos es la obligatoriedad de aplicación de la ley, porque para la teoría crítica del Derecho, el deber del operador que tiene poder de interpretación es no aplicar la ley cuando es inválida. Otro dogma a derrumbar es la avaloratividad de la teoría jurídica, ya que, en los actuales ordenamientos jurídicos constitucionales, tanto los juicios de vigencia como los de validez se realizan dentro del marco de dicho ordenamiento. Sin embargo, los primeros se refieren a hechos de los que es predicable su verdad o falsedad, mientras que los segundos se refieren a valores, respecto de los que no es predicable su verdad o falsedad. Por lo tanto, el juicio sobre la validez es valorativo y, en cierta medida, discrecional. En definitiva, la crítica del Derecho es la principal tarea cívica de la jurisprudencia y de la ciencia jurídica, porque sólo en virtud del enfoque crítico es posible exigir la reforma del ordenamiento en aquellos sectores en que sea incoherente o carente de plenitud. La coherencia y la plenitud son ideales-límites utópicos del Derecho que debe ser válido, pero no del Derecho vigente. Así las cosas, frente a una ley de dudosa validez, el juez tiene dos caminos. El primero es interpretarla haciéndola cuadrar con la Constitución para evitar una aplicación no coherente con sus normas. El problema de esta solución es legitimar la conservación de la norma inválida y dejar abierta la posibilidad de interpretaciones futuras contrarias al texto Constitucional. La segunda alternativa es resaltar la disconformidad constitucional de la norma inválida con el objeto de que sea suprimida. El problema, ahora, estriba en avalar interpretaciones

inconstitucionales mientras la norma no sea anulada. Por cierto, ambos problemas se generan por la imposibilidad del juez de cumplir el papel de Tribunal Constitucional o legislador. Ahora bien, lo que un juez no debe hacer nunca es ocultar las antinomias mediante una actitud acrítica y contemplativa de las normas.

## **2.4. EL GARANTISMO**

### **2.4.1. Introducción**

Ya hemos mencionado brevemente que el modelo Garantista se entiende de forma omnicompreensiva en base a tres sub modelos desde los cuales el análisis y la proyección del garantismo se irradia por todo el derecho de forma interna y externa. El primero es el *Modelo Normativo de Derecho* ligado a la legalidad e institucionalidad donde se expresa el poder público como un poder mínimo limitado por los derechos de las personas, es un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. El segundo designa una *Teoría y Crítica del Derecho*, aquí se encuentra la estructura interna de los ordenamientos jurídicos diseñada por la forma de entender los conceptos de *Vigencia, Validez y Eficacia*. La vigencia es la existencia de las normas creadas de acuerdo a los parámetros formales establecidos según la constitución de cada ordenamiento; la validez se refiere a las exigencias sustanciales, en términos sencillo, al respeto o adecuación de dichas normas al contenido de los derechos fundamentales, principios generales y en general al contenido de la constitución, siempre que se refiera a temas que van más allá de los cánones formalistas. Finalmente el tercer modelo está conformado por la *Filosofía Política o Filosofía del Derecho* del sistema garantista que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforma a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye la finalidad de ambos. Este último modelo supone la separación entre moral y derecho o entre justicia y validez, el derecho conceptualmente no está supeditado a la crítica externa o de carácter moral.

Esta pequeña descripción del Garantismo a través de sus tres modelos nos sirven a manera de introducción para ahora verlos con más detalle a continuación.

### **2.4.2. Los tres modelos del Garantismo**

En sus escritos Ferrajoli desarrolla tres acepciones de garantismo.: un modelo normativo de derecho, una propuesta de teoría general del derecho y un modelo de

filosofía política. El primer supuesto se presenta como una alternativa al Estado de derecho; el segundo, como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas, y el tercero en base a la distinción entre derecho y moral. Estos tres significados confluyen en un axioma distintivo: el derecho como garantía de limitación al poder. “El poder. todos los poderes, sean estos públicos o privados, tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho”. Su inquietud, desde luego, es una de las intranquilidades que siempre han impacientado a los pensadores de corte liberal. Ante ello, el jurista italiano no duda en asumir una postura respecto al derecho: el derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos.

### **1) *Garantismo como modelo normativo de derecho***

Ferrajoli no ha dudado en calificar a su propuesta como Estado de derecho garantista o como un tercer modelo de Estado de derecho. Defiende su alternativa con base en las críticas que le dirige al Estado de derecho liberal. Esta propuesta, mencionará, es el resultado de las insuficiencias del modelo liberal del Estado de derecho. Recordará que dichas insuficiencias descansan en tres ideas básicas. Primera idea: insuficiencia del Estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas. Segunda idea (íntimamente relacionada con la primera): necesidad de revisar los alcances de la legalidad. Tercera idea: proyección del modelo garantista a nivel global en virtud de la decadencia del concepto de soberanía. Respecto a la primera idea, Ferrajoli aludirá a la circunstancia de la libertad de mercado como objetivo específico del modelo liberal. El estado del derecho liberal al preocuparse únicamente por la libertad de mercado, la intervención mínima y la seguridad frente al poder, olvidó las diferencias de carácter económicas y sólo facilitó la ampliación de dichas desigualdades. Ante esta situación, y al intentar superar las desigualdades, creó un Estado de bienestar (*Welfare State*) pero no un Estado social de derecho. El *Welfare State* al carecer de normatividades específicas (es un modelo liberal sin una filosofía propia y sin una concepción del derecho específica) facilitó una triple crisis: ilegalidad, secreto del aparato estatal e irresponsabilidad de la clase gobernante. Surge la ilegalidad debido a que el cumplimiento de las prestaciones sociales se hace fuera del marco de la ley y sólo si satisfacen las necesidades de los grupos de presión más fuertes en el mercado político. Además, esta forma de llevar a cabo las prestaciones sociales desencadena la existencia de “poderes ocultos e ignotos” cuyo resultado es un secretismo estatal. Finalmente, ante los acuerdos del mercado político y el secretismo estatal, se incrementa la irresponsabilidad de la clase gobernante. Ante esta situación, la propuesta

ferrajoliana se presenta como una alternativa que genera la multiplicación de las garantías de los derechos individuales tradicionales y, además, asegura la protección de los derechos sociales desconocidos y abandonados por las teorías tradicionales.<sup>8</sup> Para lograrlo, es necesario, como hemos mencionado, una filosofía propia y una concepción del derecho específica, y las encontrará en su propuesta. Dirá, con base en su alternativa, lo siguiente: *“Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción ex lego, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad”*.

Lo anterior le permite asegurar sobre su modelo que es un Estado liberal mínimo y, al mismo tiempo, estado social máximo. Ahora bien y por lo que se refiere a la segunda idea (revisión de los alcances de la legalidad), Ferrajoli, de nueva cuenta, nos invita a pensar esta conceptualización como una nueva forma de ver al Estado de derecho: un estado de derecho garantista y recogido por los estados constitucionales donde la mera legalidad y la estricta legalidad son sus fuentes de legitimación. En palabras del autor: *“En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial”*.

Superando la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, el Estado de derecho garantista se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; al contrario, ahora la política deberá ser el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales. Si lo vemos de cerca, la propuesta ferrajoliana rechaza la tesis kelseniana de la validez, únicamente en virtud de la legitimación formal. Esto es, para este autor, el derecho además de la legitimación formal (estricta legalidad) también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales (legitimación sustancial).

Como ya se dijo en otro momento, es importante destacar que Ferrajoli cuida de distinguir con precisión las confusiones que se pueden originar por motivo de los derechos fundamentales. Expresa que a la pregunta ¿qué son derechos

fundamentales? Hay varias posibilidades de respuesta según se quiera concretizar la primera pregunta en preguntas secundarias: ¿cuáles son? cuáles deben ser? ¿qué son? Si se responde a cuáles son con referencia a un determinado ordenamiento jurídico, lo que se está haciendo es dar una respuesta positivista. Por otra parte, si se contesta a cuáles deben ser, lo que se estaría haciendo es asumir una postura axiológica. Y, por último, a la pregunta ¿qué son? Se responderá con una elaboración convencional y no referida ni a un ordenamiento determinado ni a un valor en específico.

Las preguntas que interesan para esta exposición sólo son la segunda y la tercera, pues la primera corresponderá a cada ordenamiento jurídico en especial. El punto de atención para contestar a ¿qué derechos deben ser fundamentales? Está dado, conforme al profesor italiano, por el valor de la persona humana en el sentido kantiano: ser siempre un fin y nunca un medio. Vistas, así las cosas, Ferrajoli manifiesta que hay cuatro valores que son precisos para las personas: vida, dignidad, libertad y supervivencia. Estos valores tienen que servir de cuatro fines o criterios axiológicos: 1) *La igualdad jurídica*; 2) *El nexo entre derechos fundamentales y democracia*; 3) *El nexo entre derechos fundamentales y paz*, y 4) *Finalmente, el papel de los derechos fundamentales como la ley del más débil*. Ahora bien y por lo que se refiera a la segunda pregunta (y aquí está el núcleo de su propuesta sobre el tema de los derechos fundamentales) explicará la necesidad de una respuesta convencional que no apele a criterios valorativos o positivados en un ordenamiento específico. Y con esto en mente elaborará el siguiente concepto. *“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”*.

El concepto elaborado por el maestro italiano apela a un cuantificador lógico y a un concepto jurídico fundamental. El cuantificador lógico es el enunciado de las proposiciones universales: “todos”; el concepto jurídico fundamental es el de derecho subjetivo. El cuantificador lógico permite distinguir entre los que son y los que no son derechos fundamentales. Es decir, los derechos al ser universales y al establecer que son de “todos”, constituyen elementos de distinción entre los derechos fundamentales y los que no son derechos fundamentales. Pero ¿quién son todos? Ferrajoli responde que

aquellos a “quienes su titularidad esté normativamente reconocida”. Y normativamente reconocidos están aún vigentes dos tipos de *status*: la ciudadanía y la capacidad. Estas distinciones (la ciudadanía y la capacidad) abren dos divisiones para identificar a los derechos fundamentales. Primera división: ciudadanos y no ciudadanos (por eso el habla de todos o sólo los ciudadanos). Ese “todos” tiene los derechos de la personalidad, y el “sólo” es el conjunto —de ciudadanos— que tienen los derechos de ciudadanía. Si no eres ciudadano formas parte del “todos” y consecuentemente tienes un derecho de la personalidad. En cambio, si eres ciudadano, posees derechos de la personalidad y además dispones de los derechos de la ciudadanía. Segunda división: no eres capaz de obrar o eres capaz de hacerlo. Si no eres capaz entonces acogerás los derechos primarios. Pero si cuentas con capacidad de obrar entonces te corresponden los derechos secundarios. Los derechos primarios sólo están integrados por expectativas, y los derechos secundarios están formados por expectativas y poderes; es decir, los primarios te permiten disfrutar de la libertad y los derechos del ciudadano (expectativas negativas y expectativas positivas). Por el contrario, los derechos secundarios, además de las expectativas, te permiten ejercer por ti mismo tus derechos (poderes privados y poderes políticos). Por otro lado, la reunión de todos ellos arroja como resultado cuatro tipos de derechos: los derechos humanos, los derechos públicos, los derechos civiles y, finalmente, los derechos políticos.

Pasemos ahora al concepto de derecho subjetivo que elabora Ferrajoli. Dice el profesor italiano que entiende por derecho subjetivo “*cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica*”. Al introducir el término expectativa, provocador en la filosofía jurídica, se aleja de las tradicionales definiciones que sitúan en la protección real (garantías) del derecho un criterio necesario para su existencia. Pero ¿cómo llega Ferrajoli a este concepto? La respuesta parece descansar en las siguientes consideraciones: El jurista italiano observa que los grandes triunfos de la humanidad, como son las declaraciones internacionales en materia de derechos humanos, a la luz de los conceptos clásicos de derecho objetivo (y particularmente en la teoría kelseniana de que un derecho subjetivo es el reflejo de un deber) ante la carencia material de “garantías” no constituirían derecho. Esta situación definitivamente no le convence. Consecuentemente busca sustentar la idea de un derecho que, para su existencia, no tenga necesidad de acudir a la existencia de la garantía. Y esto es un conflicto que hay que resolver en la relación entre el ser y el deber ser. Es decir, la norma en el deber ser debe contar con una garantía, pero en el ámbito del ser, con frecuencia, carece de garantías. La falta de garantías no refleja la inexistencia del derecho, sino más bien la existencia de lagunas

que hay que colmar. Para ello recurre a la solución de crear una figura, la de expectativa, que es al mismo tiempo normativista (deber ser) y realista (ser). La expectativa, al parecer, cumple ese objetivo, pues a la expectativa negativa o positiva según sea el caso le corresponden obligaciones o prohibiciones en el plano normativo, pero en el plano fáctico la ausencia de esa correspondencia produce una laguna que tendrá que ser resuelta. Ahora debemos preguntar ¿cuáles son las repercusiones de estos aspectos, universalidad, derecho subjetivo, expectativa, etcétera, en la teoría de los derechos fundamentales? Ferrajoli responde que esta forma de ver las cosas ocasiona el establecimiento de cuatro tesis fundamentales (las cuales son esenciales para una nueva forma de democracia, sustancial). Estas tesis fundamentales son el resultado de la definición y no deben confundirse con los postulados axiológicos que constituyen los fundamentos de los derechos fundamentales. La primera tesis separa a los derechos patrimoniales de los derechos fundamentales; la segunda tesis establece a los derechos fundamentales como la base de la igualdad jurídica (que a su vez es el sustento de la dimensión “sustancial” de la democracia); la tercera tesis reconoce la supranacionalidad de los derechos fundamentales; y, finalmente, la cuarta tesis sustenta la relación que hay entre derechos fundamentales y sus garantías. Es la tercera tesis el origen de su concepción democrática y por ello se impone dedicarle algunos renglones. Sostiene Ferrajoli que, de esta manera, la democracia según el paradigma garantista es, en realidad, un modelo pluridimensional de democracia que tiene dos dimensiones: la dimensión formal y la dimensión sustancial. De acuerdo con esta posición, la dimensión formal o política constituye normas formales sobre la producción; en tanto que la dimensión sustancial son las normas sustanciales sobre la producción. Las normas formales sobre la producción son el campo que tiene la democracia política para decidir cómo cambiar y quién debe cambiar, pero nunca para determinar qué cambiar y qué no cambiar, pues estas corresponden a las normas sustanciales sobre la producción. Las normas formales tienen como límite a la democracia sustancial, y la democracia sustancial descansa en los derechos fundamentales que al ser de “todos” ninguna mayoría puede cambiar

Así establecida su definición, y la tipología derivada de ella, considera los méritos de su elaboración: se trata de una elaboración de la teoría del derecho que “prescinde” de circunstancias de hecho y sirve como modelo para cualquier sistema jurídico con independencia de la época o sociedad. Si se respetan los parámetros de *status*, universalidad y derecho subjetivo es un modelo aplicable de forma general. Por otro lado, con base en esos criterios se podrán descubrir los derechos humanos, los civiles,

los públicos y los políticos. No obstante, ese anunciado “formalismo” encuentra una excepción en cuanto al “carácter inalienable e indisponible” sustentado en la base de la Igualdad jurídica. A la luz de estas anotaciones, el profesor italiano parece defender una “sustancia” de su definición: la inalienabilidad e indisponibilidad de los derechos fundamentales por ser de todos: *“Si son normativamente de ‘todos’ (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”*.

Reconoce las limitantes de ese “todos” pues sólo corresponde a quienes tengan la titularidad del derecho, por lo cual el *status* constituye, para el filósofo, una muestra de mayor democratización de un país: entre más se generalice el *status*, mayor será la democratización, y entre más se restrinja será menor.

Finalmente, y para concluir este apartado con la tercera idea (proyección del modelo garantista a nivel global en virtud de la decadencia del concepto de soberanía), Ferrajoli se ocupará del concepto de soberanía. Para el pensador italiano, la soberanía representa un “residuo premoderno” de “rasgos absolutistas” que tiene tres principales dificultades: Primero, como concepto filosófico-jurídico (aporía filosófica-jurídica); segundo, como institución política (aporía filosófica-política); y, tercero, como elemento de consistencia y legitimidad en relación con la teoría del derecho (aporía de la relación soberanía-teoría del derecho). En la primera parte de su exposición, y en relación con la aporía filosófica-jurídica, el profesor italiano descifra las características absolutistas que han estado presentes en la idea de soberanía. Él considera que la soberanía externa es la primera en contar con un respaldo teórico, y adjudica al teólogo español Francisco de Vitoria la primacía en la elaboración de una teoría propia y original del concepto jurídico de soberanía. Rescata, del pensamiento de Vitoria, tres ideas básicas: “a) La configuración del orden mundial como sociedad natural de Estados soberanos; b) La formulación teórica de una serie de derechos naturales de los pueblos y de los Estados; y c) La reformulación de la doctrina cristiana de la ‘guerra justa’ por él definida como sanción jurídica frente a las *iniuriae* recibidas”. El primer punto marca la diferencia entre la concepción medieval y la moderna: los Estados son ahora independientes y no dependen de un mandatario universal, de un emperador o del papa; esta independencia señala la atribución de sujetos jurídicos a los Estados, quienes encontrarán en la democracia un respaldo a su forma de organización y políticas externas. El segundo punto, consecuencia del primero, otorga a los Estados ciertos derechos naturales; el

primer derecho natural es el *ius communicationis*, el derecho a que los Estados entren en comunicación y establezcan relaciones, y que se desarrollan en el *ius peregrinandi et degendi* (derecho de movilidad por tierra y por mar), el *ius commercii* (el comercio en el ámbito internacional), el *ius occupationis* (ocupación sobre tierras baldías) y el *ius migrandi* (el derecho de viajar de uno a otro país, y adquirir los beneficios respectivos); el segundo derecho natural es el *ius praedicandi et annunciandi evangelium*, es decir el derecho de predicar y anunciar el evangelio —por parte de europeos— y el deber de los indios de obedecerlo so pena de corrección y sanción; y el tercer derecho natural, el derecho a la guerra para el caso de que los indios no se dejaran convencer. Finalmente, la tercera idea que selecciona de Vitoria es su elaboración de la guerra justa como elemento necesario para mantener la seguridad del derecho internacional, pues ante la carencia de un tribunal internacional, sólo queda este medio para asegurar la efectividad de la justicia internacional. Por otra parte, y en atención a la figura política que implica la soberanía, Ferrajoli manifiesta que en el ámbito interno, el concepto de soberanía se convirtió en el sustento del poder absoluto y hace notar que “esta figura designa, a un mismo tiempo, una fuente suprema y no derivada, y se convierte en base de todo el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho”. Ambas características en unión, generan una influencia, hoy en crisis, sobre la teoría del derecho. El derecho procede, en el Estado decimonónico, de una soberanía absoluta en el ámbito interno y externo. Pero esas características no se pueden presentar juntas. A finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX inició y permanecieron “dos líneas de evolución paralelas pero opuestas”. La limitación de la soberanía interna y la absolutización de la soberanía externa. La primera, como consecuencia de los límites constitucionales que se realizan en todos los Estados democráticos de derecho y materializados por los derechos fundamentales, principio de legalidad y división de poderes. La segunda, por los extremos del “estado salvaje” que se vivieron (y aún se vive) con las guerras mundiales, las intervenciones armadas de países poderosos en contra de los débiles. Esta situación repercute en la teoría del derecho, pues la soberanía ya no puede seguir siendo considerada como un poder absoluto, tanto en el ámbito interno como en el ámbito externo, pues la soberanía, así concebida “es la negación misma del derecho”. Pero un avance, reconoce el catedrático, lo constituye la creación de la ONU, el establecimiento de tribunales internacionales y de órganos mundiales de protección a los derechos humanos que han repercutido en la concepción clásica de la soberanía externa, y que se vislumbra como una fuerte esperanza de acabar con el “estado salvaje” en que se vive en la comunidad internacional.

Y aquí es donde centra, Ferrajoli, la siguiente propuesta del Estado de derecho en el ámbito externo: un Estado de derecho anclado en un constitucionalismo global y una democracia cosmopolita que rebase el “estado salvaje” de la comunidad internacional. Los anteriores renglones (sobre el constitucionalismo global y una democracia cosmopolita) ameritan un apartado específico, y ese será tratado a continuación.

Una parte de la obra de Ferrajoli está enfocada a tratar el fenómeno de la globalización y sus consecuencias en la organización política y jurídica mundial. Esta atención reposa sobre una evidente base fáctica: *“En la era de la globalización, en efecto, el destino de cualquier país, con la única excepción de los Estados Unidos, depende cada vez menos de las decisiones internas adoptadas por sus gobernantes, sobre todo si se trata de países pobres, y cada vez más de decisiones externas, adoptadas en sedes o por poderes políticos o económicos de carácter supra o extra estatal”*. Para lograr su objetivo, el profesor florentino hace uso de su propuesta garantista (en los tres sentidos) y retoma la idea de la limitación al poder. Consciente de que los peligros latentes del abuso del poder también se expanden al ámbito internacional (el abuso de los países más poderosos sobre los más débiles, el gobierno de los ricos sobre los pobres) pugna por una democracia internacional. Entendida ésta como el resultado de la participación, en plano de igualdad, de todos los países y bajo el marco de respeto a los derechos fundamentales. Su propuesta, manifiesta, debe distinguirse claramente de un gobierno mundial. El gobierno mundial ubica en una cúspide el mandato y no necesariamente legítimo y protector de los derechos fundamentales y de las garantías; por otro lado *“la democracia internacional, en cambio, supone, un ordenamiento basado en el carácter democrático-representativo de los órganos supra-estatales y, sobre todo, en su función de garantía de la paz y de los derechos fundamentales de los hombres y los pueblos”*. Ferrajoli se sirve, pues, de los conceptos previamente elaborados en su teoría garantista: la necesidad de una democracia sustancial protectora de los derechos de libertad y sociales de los individuos y de los países. Ferrajoli utiliza este marco conceptual para enfrentar los graves peligros que enfrenta la humanidad: la guerra y la destrucción, y con ello resaltar el papel de la paz y el respeto a los derechos fundamentales en las relaciones internacionales.

Ferrajoli manifiesta que los derechos fundamentales tienen una estrecha relación con la paz, ya que la paz es el medio para asegurar la vida y la supervivencia, valores que fundamentan a los derechos fundamentales. Por ello, para el profesor italiano, la garantía de la paz establece el límite de lo que los Estados no deben hacer: la guerra o los crímenes contra la humanidad, y como consecuencia, Ferrajoli no comparte, en

absoluto, los criterios de guerra justa, guerra ética, guerra humanitaria o guerra en defensa de los derechos humanos. No hay, expresará en su reclamo a la intervención de la OTAN contra la federación yugoslava, una clara justificación moral, pues ésta dependería de los criterios que sirvieran para determinar el bien sobre el mal, pero sí hay claridad en cuanto a la ilegalidad de las guerras. Apelando al contenido del preámbulo y del artículo 11 de la carta de la ONU, afirma: la guerra (cualquier tipo de guerra) es ilegal. Las causas de la guerra, para Ferrajoli, son muy claras: la política imperial, la desatención de los necesitados y la destrucción del ambiente. La política imperial, como la que desarrolla Estados Unidos, es un latente peligro para la paz. Es peligroso porque los países sometidos, constantemente buscarán su liberación y se vivirá en un acoso de guerra permanente; por ello, aunque se pueda ver como una ley del más fuerte, a la larga ni el mismo se verá beneficiado ya que, cita a Hobbes, el más débil siempre tendrá alguna posibilidad de matar al más fuerte. Por otro lado, la desatención de los necesitados en los que se agrupa el conjunto de los países que tienen problemas de hambre, miseria y enfermedades, también constituye una bomba de tiempo pues es irreal considerar que las cosas permanezcan indefinidamente como están. El cambio llegará por la vía violenta o por la razón artificial que es la democracia internacional. Agrega, nuestro autor, otra preocupación fundamental ligada al tema de la vida y la supervivencia: la protección del medio ambiente. La crítica del enriquecimiento indebido de las empresas de los países más ricos a cambio del uso de bienes comunes y generalmente con grave daño ecológico constituye una de las convicciones básicas de Ferrajoli. No encuentra una respuesta racional al uso y explotación de bienes comunes de la humanidad como las órbitas satelitales, bandas de éter, recursos marítimos, agua y en general todo tipo de espacios naturales a cargo de los poderosos que nunca dejan un beneficio a los países más necesitados. Reconoce que su propuesta tiene que enfrentar, en el nivel internacional, dos cambios de ideas: la democracia anclada en la figura del Estado y la superioridad de la política sobre el derecho. Estas ideas, representantes fieles del pensamiento tradicional y decimonónico, deben sustituirse por una democracia, sin requerir de una conexión necesaria con el Estado y la superioridad del derecho sobre la política. Por lo que se refiere al primer punto, el jurista italiano encuentra dos problemas: 1) La relación democracia y nación; 2) La relación democracia y derecho positivo. Respecto al primer problema escribe: “¿existe un nexo entre el *demos*, entendido en su sentido comunitario, esto es, como ‘nación’, como ‘cuerpo colectivo’ o como conjunto de individuos unidos por una lengua, una cultura y unos valores comunes, y la democracia?”.<sup>20</sup> Su respuesta no deja lugar a dudas: la relación entre *demos* (en sentido comunitario) no está relacionado necesariamente con la democracia. Un ejemplo claro lo muestra con la Unión Europea;

en su opinión, él considera que no puede hablarse de un pueblo europeo pues no hay homogeneidad cultural entre los distintos países europeos. En tanto que enfrenta el segundo problema desde la óptica de la crisis de la soberanía que hoy ha desplazado a los derechos positivos locales por un derecho positivo internacional. Por lo que se refiere al segundo punto, reafirma que el modelo garantista en el ámbito internacional también implica un sometimiento de lo político a lo jurídico. Manifiesta que a pesar de que el paradigma constitucional garantista nació pensado para el Estado nacional, es un modelo aplicable a cualquier tipo de ordenamiento, pero es indispensable superar las barreras de la soberanía y la instauración de una ciudadanía universal. Sobre este último punto, ciudadanía universal, reiteradamente se ha expresado Ferrajoli. Califica de *apartheid* de masas las reglas que sobre inmigración establecen los países ricos en perjuicio de los pobres, y considera que hoy también se debe hablar de un asilo por lesiones a los derechos de subsistencia. Invoca el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para justificar el derecho universal de emigrar y reconoce que no se trata de un derecho fundamental novedoso, pues su fundamentación ya había sido justificada desde muchos años atrás por el filósofo europeo Francisco de Vitoria en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* para respaldar la invasión de Europa sobre el nuevo mundo. Por ello califica a la Ley Bossi Fini contra la inmigración como una ley racista, excluyente, que en lugar de resolver el problema lo acrecentará más y con graves consecuencias para la vida democrática del país. Para lograr la democracia internacional propone tres medidas de acción: 1) Un órgano legítimo que organice a las naciones; 2) La promoción de la paz y 3) Una jurisdicción penal internacional. Para el jurista italiano, la ONU es un buen principio de ese órgano legítimo al que está haciendo referencia, y no se reserva frases de optimismo para él. No obstante, reconoce la etapa embrionaria que está viviendo, así como la falta de democracia en su interior, y la ausencia de garantías para hacer efectivas las declaraciones sustanciales en materia de derechos fundamentales. Ofrece alternativas de crecimiento, y por supuesto exige la apertura democrática. El Consejo de Seguridad de la ONU, constituida por los países vencedores de la Segunda Guerra Mundial, afirma que es una limitante para poder consagrar esa democracia internacional que persigue. Es necesario, reitera, “la eliminación del Consejo de Seguridad o al menos de la figura de miembro permanente con derecho de veto reservada a las grandes potencias; el refuerzo de los poderes de la Asamblea General”.<sup>22</sup> Otro elemento que hay que agregar es el establecimiento de garantías que satisfagan las declaraciones sustanciales. Declaraciones existen, y lo que faltan son las garantías primarias y secundarias para su satisfacción. Por otra parte, considera indispensable el

establecimiento de una corte internacional que cumpla las funciones de librar de impunidad a los delitos que se comenten en contra de la humanidad. Esta corte internacional debe ser el producto de la democracia internacional y no de un gobierno mundial que descansa en la cúspide de los países poderosos. Además, esta corte deberá extender su competencia no solo a la controversia entre países sino también a la controversia de personas contra países. También, es indispensable que la corte sea de carácter obligatorio y no facultativo como lo es, ahora, la adhesión al Tribunal Penal Internacional de Roma. Aunque cabe destacar, dice Ferrajoli, más sus virtudes que lo convierten en un verdadero acontecimiento en la historia, a pesar del escándalo que ocasionaron Estados Unidos e Israel con la negación de su adscripción al tratado. Un punto más, agrega, consiste en el reconocimiento de la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes de derecho internacional. Ferrajoli expresa así la expansión de su modelo garantista al nivel internacional. Un modelo constitucional internacional sustentado en los principios de la democracia sustancial y de la democracia política. Democracia sustancial que contiene los derechos fundamentales que indican qué si y qué no se puede decidir en el plano internacional, así como qué no se puede dejar de decidir. Democracia política que permite la participación de todos los países en la búsqueda de una relación internacional que asegure la paz y destierre la posibilidad de una guerra.

## **2) *Garantismo como teoría del derecho***

Un segundo significado de garantismo atañe a la idea de una propuesta teórica que tenga aplicación en los diversos discursos en los que se desenvuelve el derecho. A pesar de no delinear estrictamente su propuesta de los distintos escritos<sup>24</sup> de Ferrajoli, sí se puede elaborar una tabla (como puede verse en la siguiente página). Conforme a la tabla, la teoría garantista funciona como una teoría general del derecho. A su vez, ésta se encuentra integrada por tres áreas: la ciencia jurídica, la filosofía política y la teoría del derecho garantista en sentido particular. Y no sólo es el nombre que los hace diferente sino el método que emplean y el objetivo perseguido. La ciencia jurídica, como toda ciencia, utilizará un método empírico y su objeto será la dogmática jurídica, la sociología jurídica y la historiografía jurídica. Escribe al respecto que a la pregunta de ¿cómo está castigado el hurto en el ordenamiento italiano? el dogmático responderá dando lectura al artículo respectivo del código penal; el sociólogo, revisando las encuestas y los anuarios; el historiador, explorando los antecedentes históricos en las sociedades pasadas. En definitiva, el dogmático hace análisis empíricos, ya sea de normas, de hechos o de acontecimientos pasados. Por otro lado, la filosofía política

tiene como método una doctrina normativa y el objeto perseguido es el alcanzar valores éticos políticos con fines universales para la armonía de la sociedad.

Finalmente, la teoría del derecho garantista en sentido particular es un sistema de conceptos convencionales, y que serán útiles para establecer un puente entre los diversos discursos observacionales (empíricos) y normativos (valores). Agrega que “una teoría del derecho que incluya estas tesis, aquí enunciadas sumariamente, pero formuladas con mayor rigor y precisión en una teoría formalizada y axiomatizada, no es ni normativista ni realista sino ambas cosas a la vez”. Denomina a su teoría “teoría axiomatizada del derecho”. Esta teoría axiomatizada del derecho parte de cuatro conceptos jurídicos fundamentales y a los cuales denomina términos primitivos. Es importante la función de una teoría garantista, asevera el filósofo, puesto que “se configura como crítica del derecho positivo no meramente externa, política o de *iure condenando*, sino interna, jurídica o de *iure conditio*”. Recordemos que el filósofo hace una distinción entre los conceptos de validez y vigencia. La validez se refiere a la existencia jurídica y la vigencia a la conformidad sustancial con normas de rango superior “que no sólo regulan las formas, sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo”. Vistas, así las cosas, la teoría garantista cambia el papel de la teoría del derecho, de la función del juez y del jurista. Cambian tres cosas: la teoría del derecho, antes a valorativa, se vuelve valorativa; la obligación del juez, antes de aplicar la ley, se transforma en la facultad de aplicarla o no hacerlo; el jurista de un observador del derecho se transforma en un dictaminador de la validez o invalidez de las normas. La valoración, obligación y dictámenes están en función de las irregularidades que se encuentren en las normas por virtud de su validez- invalidez o vigencia-no vigencia.

### **3) Garantismo como Filosofía política**

El garantismo como doctrina filosófico-política permite la crítica de las instituciones iuapositivas, siguiendo el criterio de la clásica y rígida separación (propia del positivismo) entre derecho y moral o entre validez y justicia. Además, retoma los conceptos sobre las doctrinas *autopoyéticas* y *heteropoyéticas* de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos. Para las doctrinas autopoyéticas, el Estado es un *fin* y encarna valores ético-políticos de carácter supra social y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse los derechos. Por otra parte, según las doctrinas *heteropoyéticas*, el Estado es considerado un medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza. El garantismo entonces, desde

un plano filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De esta manera, la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.

Ubicado claramente en la tradición analítica, Ferrajoli propone una nueva concepción de *democracia constitucional*, partiendo de dos divisiones: *democracia formal* y *democracia sustancial*. La primera está relacionada con la manera en que se toman las decisiones políticas y la segunda está ligada al respeto y protección de los derechos fundamentales. El propósito principal del sistema garantista es dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política. En este tenor, existen los vínculos negativos generados por el derecho a la libertad, que ninguna mayoría o poder puede violar, y por otro lado están los vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; éstos forman la esfera de *lo decidible* e *indecidible*, actuando como factores de legitimación social del Estado constitucional, de acuerdo con el grado de cumplimiento de los mismos.

Los modelos iusfilosóficos clásicos que han tratado de explicar el concepto, fundamento y evolución de los derechos fundamentales han sido el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Debemos apuntar que el modelo garantista tiene una gran influencia del neopositivismo. Bajo este contexto, los derechos fundamentales son definidos por el maestro de la siguiente forma: “...*derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*”.

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

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

*política, ya sea iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática.*

Esta concepción concibe al Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales. El garantismo como doctrina filosófica política permite la crítica de las instituciones jurídico positivas, conforme a la clásica y rígida separación (propia del positivismo), entre derecho y moral, o entre validez y justicia<sup>14</sup>. Ferrajoli retoma el concepto de autopoyesis, de Niklas Luhman sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, repasa la división clásica que hace el autor alemán sobre las siguientes doctrinas: “las autopoyéticas, en las cuales el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos, y, por otro lado, están las doctrinas heteropoyéticas, en éstas, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”<sup>15</sup>. De esta forma, el garantismo, en sentido filosóficopolítico, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De tal manera, que la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos. Consideramos que hemos dejado establecido los pilares sobre los que se sustenta la teoría del filósofo italiano, por lo que podremos pasar al segundo apartado, el cual se encargará de mostrarnos el mapa de la actual configuración del Estado Constitucional contemporáneo, en el cual los jueces constitucionales actúan y se legitiman diariamente.

## CAPÍTULO III

### CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y NEOCONSTITUCIONALISMO

#### I. CUESTIONES GENERALES.

En el Capítulo I hemos revisado y analizado algunos de los aspectos más importantes del constitucionalismo moderno y sus diferentes versiones teórico filosóficas, pero sobre todo, nos hemos enfocado en los rasgos principales de lo que, como ya hemos explicado, se suele denominar en forma genérica como “neoconstitucionalismo”, esto, con la finalidad de poder tener una idea clara y con cierta profundidad de la versión del constitucionalismo que critica Luigi Ferrajoli desde el Garantismo o, más exactamente, desde el “constitucionalismo garantista”. Además en el segundo capítulo hemos puesto a modo de ejemplos diversos casos de la jurisprudencia donde podemos apreciar la forma en que se han materializado en la práctica los diferentes aspectos del neoconstitucionalismo. Luego en el tercer capítulo nos hemos centrado ya en el Garantismo como un sistema teórico general que se expresa en tres modelos (sistema normativo, teoría del derecho y filosofía política) los cuales se irradian por todo el derecho dando la connotación garantista a cada rama del derecho. Ahora en este capítulo, habiendo ya revisado la tesis garantista en general, podemos adentrarnos en la versión constitucionalista del garantismo, analizar sus posturas contrarias al “neoconstitucionalismo”, el debate que se ha generado y, sobre todo, nuestras tesis al respecto.

Lo que ahora nos toca es la parte central de este trabajo, esto es, adentrarnos de lleno al confrontamiento entre el garantismo a través de su versión constitucionalista, el llamado “*constitucionalismo garantista*”, con lo que vendría a ser una de las interpretaciones del constitucionalismo, el llamado “neoconstitucionalismo”. Veremos el análisis crítico que hace el garantismo a los aspectos más importantes del constitucionalismo actual, por ejemplo, al concepto de derechos fundamentales, la

división entre reglas y principios, la ponderación, etc. Hay que tener en cuenta que esta disyuntiva entre garantismo y neoconstitucionalismo se da de manera amplia en la visión de Ferrajoli porque lo que el autor hace es tomar como punto de referencia una de las versiones de constitucionalismo, la cual no es necesariamente sinónimo de constitucionalismo contemporáneo en forma general. Ahora bien, la preocupación de Ferrajoli al tomar como foco principal al Neoconstitucionalismo tiene gran relevancia dado que se trata de un tema muy presente en la doctrina y también en la práctica jurídica cotidiana, sobre todo en las altas cortes o en las llamadas corte de vértice. El garantismo, como ya hemos visto, aboga por las garantías de la efectividad de la concretización de los derechos primarios y secundarios, aunque cada uno con sus propias particularidades, por lo que la carga de subjetividad derivada de la presencia cada vez más intensa de la moralidad en la práctica jurídica puede resultar, desde la percepción garantista, un grave daño para el funcionamiento saludable del propio estado constitucional en su conjunto. El Garantismo nos viene a decir que si lo que queremos es un estado constitucional que logre concretizar sus postulados lo principal sería enfocarnos en la efectividad de estos, cualquier cuota de inseguridad solo hace tambalear los cimientos mismos desde los cuales se ha ido construyendo el constitucionalismo de nuestros días.

Veamos primero como se entiende según Ferrajoli el garantismo, específicamente en el constitucionalismo, el “*constitucionalismo garantista*”, para luego ver su contraposición respecto al “*constitucionalismo principialista*” o neoconstitucionalismo.

## **II. CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA**

Unos de los temas que hemos visto al principio de este trabajo es la relación entre constitucionalismo y teoría del derecho o, más concretamente, la relación entre constitucionalismo con iusnaturalismo, positivismo, post positivismo, no positivismo, y neoconstitucionalismo. Hay que recalcar que cada una de estas posiciones iusfilosóficas tienen manifestaciones muy variadas, por lo que se hace complicado tener una idea unitaria de cada una para entenderlas con exactitud según su relación con el constitucionalismo; sin embargo, son posiciones que existen como tales porque se sustentan según ciertos criterios más o menos bien definidos y generales que las caracterizan, es en base a estos elementos característicos que se ha hecho el análisis según sus vínculos con el constitucionalismo.

El tratamiento explícito que hemos hecho sobre estos temas ha sido necesario como paso previo para entender la posición del garantismo, en este caso, la posición del

garantismo en relación al “neoconstitucionalismo”. Como ya hemos explicado en su momento Luigi Ferrajoli es un positivista, con todo lo que implica este término, resaltamos esto como primer punto porque ha habido voces en la doctrina que califican la obra de Ferrajoli como tendencialmente neoconstitucionalista debido a que el autor italiano ha entrado a este debate no solo desde el análisis de lo que es el derecho, sino también desde el punto de vista de lo que debería ser. A nuestro entender, si bien la metodología o la forma como estudiar y analizar un tema se puede entender desde cierta visión iusfilosófica, puede haber muchos otros factores, como en el caso de Ferrajoli, que inclinen la balanza hacia otra posición. Ferrajoli hace análisis del deber ser, sobre todo cuando trata de la dimensión sustancial del derecho donde están los derechos fundamentales, pero todas sus demás posturas son netamente positivistas, esto ya lo hemos adelantado en gran parte cuando hablamos de la postura teórico – filosófica de Ferrajoli, y lo seguiremos viendo más claramente conforme tratemos cada aspecto del constitucionalismo garantista frente a los postulados del neoconstitucionalismo.

Habíamos dicho que la obra de Ferrajoli es muy prolija y diversa, por lo que podría parecer complicado encontrar un punto de unificación, pero en realidad este sí existe, y es bastante evidente en sus escritos, se trata del *Modelo Garantista*, que como veremos explica claramente las posiciones que tiene Ferrajoli. El Garantismo se explica a sí mismo como una realidad y una necesidad del derecho contemporáneo ante la crisis que este vive actualmente, particularmente en referencia a la crisis del legalismo<sup>45</sup>. El derecho constitucional de nuestros días refuerza la garantía de vinculación de su contenido desde dos ámbitos: uno formal y otro sustancial o de contenido. Juntos estos dos ámbitos son los que conforman la base del garantismo que, en la obra de Ferrajoli recorre las dimensiones de la teoría del derecho, la filosofía política y la del modelo del sistema jurídico.

## **2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES**

La teoría de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli se desarrolla en base a ciertos postulados metodológicos del positivismo tanto en el planteamiento como en el contenido. El planteamiento es exhaustivo y muy detallado, mas no el concepto base de Derecho Fundamental. Como explicaremos más adelante con mayor detalle, el concepto de Derecho Fundamental es solo formal y estructural y se apoya en ciertos rasgos definitorios; la complejidad se presenta en la prolija clasificación que se plantea

---

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 15-20.

como una ambiciosa voluntad de explicitud. Tenemos así una amplia gama de criterios taxonómicos que nos llevan a clases, sub clases y otros criterios más dentro de cada una. Se trata de un enfoque metodológico de gran arraigo positivista llevado hasta sus límites. Esto no sucede en otros autores que ya hemos visto como Alexy, Atienza, Dworkin, Nino, y todos aquellos que no se consideran directamente “positivistas”. No nos enfocaremos en el estudio taxonómico de los derechos fundamentales que hace el garantismo porque lo que queremos aquí es analizar cómo la propuesta de Ferrajoli concluye en una teoría de los derechos fundamentales opuesta a las teorías no positivistas, postpositivistas y a las mal denominadas neoconstitucionalistas. Analizaremos sobre todo la metodología de estudio, los principales rasgos que caracterizan a los derechos fundamentales, su distinción con otros tipos de derechos como los patrimoniales, el concepto de igualdad que se desprende de esta teoría y la idea de la ley del más débil como una forma de entender a los derechos fundamentales

Hemos dicho que el método de estudio de los derechos fundamentales del Garantismo es puramente formal y teórico, por lo tanto aplicable a cualquier derecho, no se trata de un acercamiento dogmático o en referencia a lo que internamente se estipule en un ordenamiento jurídico determinado. De esta manera su análisis no tiene en cuenta cuestiones como el contenido sobre cuáles son o deberían ser los derechos fundamentales:

*“La definición aquí propuesta será una definición «formal», como son por lo demás todas las definiciones de la teoría. Nos dirá qué son los derechos fundamentales, o mejor, qué convenimos en entender con esta expresión, y no por cierto cuáles son tales derechos ni qué clases de sujetos son sus titulares. Estas últimas son cuestiones que dependen del derecho positivo, a las que por tanto sólo puede responder la dogmática de cada ordenamiento jurídico particular, y no ciertamente una teoría del derecho de orientación no iusnaturalista sino positivista: cada ordenamiento, en efecto, puede contener catálogos más o menos amplios de derechos fundamentales o incluso no contener ninguno. Tampoco puede decirnos nuestra definición cuáles son de hecho los derechos efectivamente tutelados como fundamentales en un determinado ordenamiento, ni cuáles las vicisitudes que han conducido a su afirmación: algo que representa ante todo una tarea de la investigación empírica, y más precisamente, de la sociología jurídica y de la historiografía del derecho. Y en fin, menos aún nos dirá nuestra definición cuáles deben ser (cuáles es justo que sean) los derechos fundamentales, y cuál debe o debería ser (es justo o sería justo que fuese) la amplitud o el círculo de sujetos titulares de los mismos: éstas son en cambio cuestiones de filosofía moral,*

*política o de la justicia, que dependen de los valores ético-políticos que asumamos como su fundamento axiológico y que no presentan la más mínima implicación desde la perspectiva de la definición teórica. Lo que la teoría del derecho puede hacer es tan sólo estipular una definición del concepto de 'derechos fundamentales' que sea lo más clara y precisa posible. En otras palabras, esa definición puede identificar los rasgos formales y estructurales merced a los que son (o es justo que sean) tuteladas aquellas expectativas y aquellos intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamentales*"<sup>46</sup>

Desarrollemos un poco más idea principal expuesta en este párrafo. Para Ferrajoli, frente a la pregunta *qué son los derechos fundamentales*, suelen darse dos respuestas diversas, "ambas sustanciales, según se las interprete en el sentido de *cuáles son* o en el sentido de *cuáles deberían ser* esos derechos". La primera respuesta, que es la del iuspositivismo, es aquella según la cual son derechos fundamentales, "por ejemplo en el ordenamiento italiano, la libertad personal, la libertad de expresión, de reunión y de asociación, los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social".

La segunda respuesta, que es la del iusnaturalismo, es de naturaleza axiológica, y de acuerdo con ésta, "se deben considerar como fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como fundamentales"<sup>47</sup>.

El problema es, no obstante, que "ninguna de estas dos respuestas pertenece a la teoría del derecho". Esto porque mientras que la primera representa una tesis jurídica de dogmática positiva, "la segunda es una tesis moral o política, de filosofía de la justicia". Y en este sentido, "una nos informa acerca de las expectativas que en un determinado ordenamiento han sido normativamente establecidas como derechos fundamentales. La otra prescribe qué expectativas es o sería justo, es decir, moral o políticamente justificado, tutelar como derechos fundamentales". Si bien esta última pareciera consistir en la respuesta que debiera ser considerada por la filosofía del derecho, no es de utilidad práctica, según Ferrajoli, sencillamente porque una idea como ésta es puramente normativa "y, por consiguiente, ni verdadera ni falsa"<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi, "*Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*", Trotta, Madrid, 2007, p. 685.

<sup>47</sup> FERRAJOLI, LUIGI, "*Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*", Trotta, Madrid, 2007, p. 289.

<sup>48</sup> *Ibidem*. P. 290

También es un problema, observa nuestro autor, el que ambas respuestas tengan en común "el hecho de decirnos no *qué son* sino, respectivamente, *cuáles son* y *cuáles deben ser*" estos derechos fundamentales, "exactamente aquello que la teoría no puede ni debe decirnos". Esto porque lo único que puede y debe decirnos la teoría del derecho acerca de los derechos fundamentales, es qué hemos de entender con la expresión "derechos fundamentales" o "humanos". Para esto, escribe Ferrajoli, sólo podrá servirnos una definición "estipulativa", "ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera sean los derechos tutelados como fundamentales<sup>49</sup>. Una definición de "derechos fundamentales" que reúna tales condiciones no puede ser sino una definición puramente formal, en la medida que no tendrá otro propósito que la identificación de los rasgos estructurales que convenimos asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera sean sus contenidos.

Son derechos fundamentales los derechos "que no se pueden comprar ni vender"<sup>50</sup>, esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de **personas**, de **ciudadanos** o de sujetos con **capacidad de obrar**. Por su parte, son "derechos subjetivos" todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su *status* o condición de tal, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, "como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas"<sup>51</sup>.

Para ser calificados como fundamentales estos derechos han de ser sancionados positivamente por el legislador, de tal modo que "la previsión de tales derechos por un ordenamiento positivo es la condición de su existencia o su vigencia en ese ordenamiento"<sup>52</sup>. Siendo normativamente de todos, es decir, inherentes a cada uno de los miembros de una determinada clase de sujetos (clase de sujetos que no deja de ser un constructo del propio derecho), "estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e

---

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> BOVERO, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en Pisarello, Gerardo (editor), "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2005, p. 219.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y Garantías, La ley del más débil". Trotta, Madrid, 2004, p. 37.

<sup>52</sup> MASSINI, Carlos Ignacio, "El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli", en *Persona y Derecho* 61: 227-247.

inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados"<sup>53</sup>.

De esta manera, la definición que ha propuesto Ferrajoli es puramente "estructural" o "teórica": *teórica*, en el sentido de que es independiente del hecho de que tales prerrogativas se hallen o no efectivamente sancionadas en cuerpos constitucionales específicos; y *estructural*, "en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales"<sup>54</sup>, apoyándose únicamente en el carácter universal de su imputación.

Al ser esta una definición puramente estipulativa, no nos dice cuáles son, en cada ordenamiento, los derechos fundamentales y, ni siquiera, cuáles deberían ser, en cualquier ordenamiento, los derechos que deben sancionarse como fundamentales. Lo que nos dice es únicamente la *forma* o *estructura lógica* de los derechos que convenimos en llamar fundamentales, indicándonos que si queremos garantizar un derecho como fundamental debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general, y por tanto confiriéndolo igualmente a todos.

Según Ferrajoli, en esto radica el valor de su definición, en ser simplemente estructural, porque una definición meramente teórica como ésta es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no, así como de cualquier otro contenido jurídico interno. Y esto, no sólo por ser independiente de las circunstancias de tiempo y lugar donde tales derechos son o no efectivamente protegidos; sino, sobre todo, "en cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados" por esos derechos. Así, concluye nuestro autor, ésta es una definición ideológicamente neutral, "válida para cualquiera filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática"<sup>55</sup>. Entonces, se distinguen como "fundamentales" todos aquellos derechos que, "independientes del contenido de las expectativas que tutelan", se caracterizan por la forma universal de su imputación, "entendiendo "universal" en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, como ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares"<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi, "*Derechos y Garantías, La ley del más débil*". Trotta, Madrid, 2004, p. 39.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, LUIGI, "*Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*", Trotta, Madrid, 2007, p. 289.

De este modo, sólo en este sentido la definición de derechos fundamentales resulta fecunda en el plano teórico: en cuanto no nos muestra *cuáles son* o *cuáles deberían ser* estos derechos, sino sólo en cuanto nos muestra su estructura. Por consiguiente, la idea de "universal" a la que hace referencia Ferrajoli, es una idea "vacía", sin contenido. Y precisamente es en este carácter "vacío" del concepto "universal", e inclusive del concepto "fundamental", que reside su valor teórico, porque su significado depende de lo que pongamos en su interior. La formalidad de estos derechos, es, por tanto, el único criterio capaz de hacernos reconocer su condición de "fundamentales". La razón de esto es que "la teoría sólo puede decirnos lo que los derechos fundamentales son desde el punto de vista estructural, pero no qué derechos son fundamentales en un ordenamiento positivo concreto", y menos aún "cuáles deberían adquirir dicho *status* en la perspectiva de una filosofía política o moral determinada"<sup>57</sup>. Junto con esto, unos ciertos derechos serán "fundamentales", sólo en cuanto tengan la calidad de "normas téticas", esto es, de reglas generales y abstractas que atribuyan esta clase de derechos a todos los que normativamente corresponda; y sólo en tanto sean indisponibles e inalienables.

Al no estar referida ni a los bienes básicos, ni a las necesidades sustanciales de los sujetos titulares de esos derechos, esta definición es ideológicamente neutral, lo que para Ferrajoli es precisamente una de sus principales aportaciones a la teoría del derecho<sup>58</sup>. Porque, en efecto, esta definición prescinde del contenido de los derechos. Y así, "incluso el derecho a ser saludado por la calle o el derecho a fumar [...] serían derechos fundamentales si fuesen atribuidos a determinados sujetos en su calidad de personas o de ciudadanos o por su capacidad de obrar". Luego, "si en Italia el derecho a ser saludado por la calle quedase atribuido, digamos, a los generales de carabinieri en reserva, por ser los únicos definidos como ciudadanos *optimo iure*, este derecho merecería la denominación de fundamental"<sup>59</sup>.

El problema de esta formalidad y avaloratividad es que para pensar el objeto jurídico derechos fundamentales, resulta necesario, cuando menos, adoptar una cierta idea de individuo o de persona. Y no todas las filosofías, y consecuentemente, no todas las filosofías políticas, reconocen al individuo como ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental. Y es más, todas las visiones holístico-organicistas niegan justamente el concepto mismo de autonomía individual al que remiten tanto la capacidad

---

<sup>57</sup> DE CABO, Antonio, "Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales", en: "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2005.

<sup>58</sup> ZOLO, Danilo, "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli", en: "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2005.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 79.

de obrar, como el *status* de persona o de ciudadano. Una definición puramente estipulativa como la del garantismo, no resulta consistente si es que no hace referencia a la realidad que, de hecho, la explica: la persona humana, que es el sujeto de tales derechos. Así, la naturaleza del individuo y de sus relaciones con otros no es algo indiferente para la definición de unos derechos como fundamentales; y tampoco lo es para la definición de lo que se ha de entender jurídicamente por "fundamental"<sup>60</sup>. De manera que, no obstante que Ferrajoli pudiera decirnos lo contrario, la única definición de sujeto humano o persona que puede servirnos de base para la identificación de sus derechos "fundamentales", es aquella de naturaleza ontológica, donde quede de manifiesto el *quid* especificativo de aquello que, esencialmente, ha de entenderse por "hombre".

Para el Garantismo los derechos fundamentales no son otra cosa que las inmunidades o facultades reconocidas a todos, aquellas libertades atribuidas a ciertas "personas", "ciudadanos" y/o "sujetos con capacidad de obrar" por las normas de un determinado ordenamiento jurídico. Por este motivo, son constitutivos de la igualdad y del valor del individuo en el sentido de que se trata de expectativas "cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad"<sup>61</sup>. Todos los poderes del Estado deben ponerse al servicio de estos derechos, sobre todo 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 satisfacción a los derechos sociales. Dado esto, observa Ferrajoli que los derechos fundamentales son de dos tipos, a saber: o son derechos de libertad, "que son *derechos de* (o *facultades* de comportamientos propios) a los que corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer)"; o son derechos sociales, que "son *derechos a* (o *expectativas* de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder *obligaciones* o deberes públicos de hacer"<sup>62</sup>.

A partir de su definición de derechos fundamentales Ferrajoli propone cuatro tesis esenciales de la llamada teoría de la democracia constitucional<sup>63</sup>. La primera de ellas, que es de la que trataremos a continuación, remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de

---

<sup>60</sup> VITALE, Ermanno, "¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli", en: "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2005.

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1997, pp. 908 – 909.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 861.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y Garantías. La ley del más débil". Trotta, Madrid, 2004, p. 42.

todos los demás. Esta distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales es una de las principales tesis del garantismo. Y de acuerdo con ella sostiene que mientras que los derechos fundamentales, "tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y sociales, son derechos "universales", en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares"; los derechos patrimoniales, desde el derecho de propiedad hasta los demás derechos reales, e incluso los derechos de crédito, "son derechos singulares, en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás". Los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos, en cambio, pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. Y así, unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica; los otros son exclusivos, "es decir, *excluendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica, que es también una *inégalité en droits*". Dado lo anterior, observa Ferrajoli, "todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias [...] e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación"; no todos, por el contrario, sino cada uno de nosotros "es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa: yo soy propietario de este vestido mío o de la casa en que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de que otros y no yo son propietarios"<sup>64</sup>.

Ahora bien, no sólo la universalidad de su imputación pone de manifiesto la distinta naturaleza de estos derechos, existe una segunda diferencia, quizá aún más relevante que la que acabamos de apuntar: "los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables". Así, mientras que "éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables". Por esto es que "no cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. Los derechos patrimoniales, al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. Las libertades, por el contrario, no se cambian ni se acumulan. Aquéllos sufren alteraciones y hasta podrían extinguirse por su ejercicio; éstas no varían por la forma en que se las ejerza"<sup>65</sup>. Por lo tanto, a diferencia de los derechos patrimoniales, que establecen "relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder y de exclusión entre sujetos jurídicamente

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 47.

desiguales", los derechos fundamentales no son negociables "y corresponden a "todos" en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano" y/o como sujeto capaz de obrar. Son, de esta manera, indisponibles, lo que quiere decir que están sustraídos tanto de las decisiones políticas como de las operaciones del mercado. Esto se muestra, piensa Ferrajoli, en su doble indisponibilidad: así, "en virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía". Entonces, la vida, por ejemplo, la libertad personal o el derecho a voto, que son derechos fundamentales, lo son, "no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles". Por ende, "allí donde estuviera permitida su disposición -por ejemplo, admitiendo la esclavitud, o cualquier modo de alienación de las libertades, de la vida, del voto- éstos resultarían también (degradados a) derechos patrimoniales"<sup>66</sup>. Por último, mientras que los derechos patrimoniales son, "por así decir, *horizontales*, los derechos fundamentales son, también por decirlo de algún modo, *verticales*". Y esto en un doble sentido: "ante todo en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista -contractual, sucesorio y similares-, mientras que las que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado"<sup>67</sup>. En segundo lugar, "en el sentido de que mientras a los derechos patrimoniales corresponde la genérica prohibición de no lesión para los derechos reales o bien de obligación en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas"<sup>68</sup>.

Sólo los derechos fundamentales, por lo tanto, se imponen como vínculos normativos tanto a las decisiones de las mayorías como al libre mercado, y a toda otra instancia que pudiera poner en riesgo su protección. Sin embargo, resulta una comprensión insuficiente de la naturaleza de estos derechos el entenderlos simplemente como restricciones al poder. Esto porque junto con su dimensión restrictiva, existe también

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

una dimensión de aseguramiento, que exige que los Estados se esfuercen por lograr el máximo desarrollo de los derechos humanos de quienes habitan en su territorio y por prevenir y reparar las vulneraciones que pueden provenir de sus propios agentes como de los particulares. Según se ha dicho, los derechos fundamentales son aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de manera universal e indisponible, a *todos* en cuanto personas, ciudadanos o sujetos capaces de obrar. En este sentido, "personalidad", "ciudadanía" y "capacidad de obrar", en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los diversos tipos de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad *en droits fondamentaux*. De esta manera, que un derecho sea considerado como fundamental significa que ese derecho "caracteriza a *todo* sujeto calificado, dependiendo de los casos, como persona, ciudadano o capaz de obrar", en el sentido de que "dicho sujeto perdería su identidad jurídicamente reconocida como persona, ciudadano o capaz de obrar, si alienara ese derecho"<sup>69</sup>.

Estos derechos, que no son independientes del derecho positivo, son universales no tanto por no ser nunca realizables de una vez y perfectamente para todos y ser en consecuencia permanente *normativos*, sino, principalmente, por corresponder igualmente a todos. Así, y a diferencia de las situaciones jurídicas de poder, "que se encuentran sujetas a vicisitudes, transmisiones, sucesiones, investiduras y extinciones, las libertades y los derechos sociales no se intercambian ni se acumulan, sino que permanecen siempre iguales a sí mismos para cada persona<sup>70</sup>. De ahí que los derechos fundamentales no se vean afectados, ni por las variaciones, ni por las interferencias propias de las situaciones jurídicas de poder. Ahora bien, es precisamente en virtud de su universalidad formal, que estos derechos sirven "para proteger al más débil frente a cualquiera", sea para "tutelar a la mujer contra el padre o el marido, al menor contra los progenitores"<sup>71</sup>, o, en general, a cualquiera que sea el oprimido y la forma de opresión que lo afecte. Entonces, son universales no porque de hecho sean compartidos por todos, "sino solamente porque están atribuidos a todos y en garantía de todos"<sup>72</sup>. Por tanto, decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que todos son igualmente titulares del mismo.

---

<sup>69</sup> BOVERO, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en: "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2005, pp.218 – 219.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1997, p. 911.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo", en: Boletín mexicano de derecho comparado N° 122, 2008, p. 1139.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 1142.

En función a esto, "universal" se toma acá no como un indicador metafísico de una totalidad de individuos dentro de un género, sino únicamente como un cuantificador de aquellos que para el derecho caen dentro de dicha universalidad. Porque, observa Ferrajoli, este "todos" es lógicamente relativo a la clase de sujetos "a quienes su titularidad está normativamente reconocida". Por eso es que la idea de "universal" se entiende tan sólo "en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares"<sup>73</sup> de estos derechos. Y así, se protegen como "universales", tanto la libertad personal, como la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales, y otros similares.

Por lo tanto, no son derechos fundamentales, por cuanto que no son compatibles con esta idea de universalidad, todos aquellos que por su propia naturaleza son alienables, "y por tanto virtualmente no universales"; al contrario, "si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle éste mismo sería un derecho fundamental"<sup>74</sup>. Por lo que esta condición de "fundamentales" depende de la "universalidad formal" de estos derechos: allí donde existe un derecho universalmente válido, existe, por ello mismo, un derecho fundamental que debe ser protegido y garantizado jurídicamente.

Además de universales, los derechos de libertad y los derechos sociales son también indisponibles. Esto a pesar de que su carácter de indisponibles no se encuentre formalmente expresado en la definición de "derecho fundamental" (puesto que, en opinión del autor, la universalidad de un derecho implica necesariamente su indisponibilidad). Según esto, escribe Ferrajoli que "universalidad e indisponibilidad son las formas a través de las cuales se tutelan igualmente determinadas necesidades o intereses convenidos como fundamentales en un ordenamiento determinado, o considerados tales por una política de la democracia"<sup>75</sup>.

La universalidad de estos derechos se ha de entender en tres niveles distintos: el de las personas físicas, el de los ciudadanos, y el de los sujetos con capacidad de obrar. El problema es que estos tres ámbitos de la realidad social no son estrictamente coextensivos; todo lo contrario, "la clase de los ciudadanos y la de los que tienen capacidad de obrar son clases menos amplias que la de las personas físicas. Por ello se podría estar tentado de decir que un derecho conferido sólo a los ciudadanos o sólo

---

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"Derechos y Garantías, La ley del más débil"*. Trotta, Madrid, 2004, p. 39.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>75</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"Los derechos fundamentales en la teoría del derecho"*, en: *"Los fundamentos de los derechos fundamentales"*, Trotta, Madrid, 2005, p. 154.

a los que tienen capacidad de obrar no es, de hecho, universal, en comparación con los derechos conferidos a todas las personas físicas"<sup>76</sup>.

Tampoco es claro que los tres predicados significativos escogidos por Ferrajoli sean los más adecuados para determinar la universalidad de estos derechos. Y por ejemplo, supongamos que una norma confiere el derecho a voto en unas elecciones municipales a cualesquiera sean los que residen en el territorio de la entidad local interesada<sup>77</sup>. Una norma de este tipo, observa Guastini, "conferiría un derecho a una clase de sujetos los residentes más amplia que la de los ciudadanos y la de los que tienen capacidad de obrar. Y, sin embargo no conferiría un derecho fundamental. ¿No resulta esto un tanto paradójico?"<sup>78</sup>.

De otro lado, una categoría formalmente universal puede ser cualquier clase de personas, y no solamente la totalidad de los seres humanos o de los ciudadanos. Esto porque en opinión de Ferrajoli la universalidad a la que hace referencia su definición no es tan sólo teórica o formal; es, asimismo, contingente. Luego, casi cualquier cosa puede convertirse en formalmente universal, incluso determinaciones confusas como aquellas que atribuyen un derecho a todos los periodistas en lugar de a todos los que trabajan como periodistas. Se muestra con esto que la universalidad formal pierde toda conexión con la universalidad sustancia, convirtiéndose en una mera cuestión de definición lingüística, y quedando, por ello, invalidada como criterio de distinción entre unos derechos considerados como fundamentales-indisponibles y otros calificados como meramente patrimoniales-negociables.

Cuando Ferrajoli afirma que los derechos fundamentales son "universales", o que corresponden "a todos" o a "todas las personas", no quiere decir que ellos pertenezcan a "todos" los seres humanos, ni a "todos" los seres personales, como en el caso de los derechos universales llamados en la filosofía clásica *in essendo* o *entitativos*. Lo único que quiere decir es que estos derechos pertenecen solamente a aquellos a quienes las normas positivas designan con el cuantificador universal "todos", en el contexto de un cierto tiempo y de un cierto espacio geográfico. De este modo, "se excluye de la categoría de titulares de los derechos a todos aquellos a quienes el derecho positivo excluya o simplemente desconozca". En este sentido, si una constitución otorga el derecho a la vida sólo a los que cumplan cierta condición, ya sea social, económica o,

---

<sup>76</sup> GUASTINI, Riccardo, "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en: "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2005, p. 60.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>78</sup> Ibidem

peor aún, racial, los que no entren en esas categorías estarán privados legítimamente de ese derecho", sin que por ello pueda hacerse, al menos no desde la propuesta de Ferrajoli, ninguna alegación en contrario basada en la índole humana de los excluidos. Por consiguiente si los derechos fundamentales se caracterizan por su universalidad, pero esta universalidad es inmediatamente retaceada y limitada a aquella establecida por el derecho normativo positivo, no se alcanza a ver cuál es la diferencia constitutiva o conceptual con el resto de los derechos no fundamentales; y en la propuesta ferrajoliana no parece que exista esa diferencia.

En cuanto a los derechos fundamentales como leyes de más débil, siguiendo a Ferrajoli se afirma que tanto los derechos de libertad como los derechos sociales pueden ser considerados como *leyes del más débil*<sup>79</sup>. Y se puede decir no sólo de los derechos fundamentales, que son las leyes del más débil por antonomasia, sino de todo el derecho<sup>80</sup>, precisamente porque su principal tarea es la de servir de contrapeso a la *ley del más fuerte* que regiría en su ausencia. Así, tenemos en primer lugar el derecho a la vida, en contra del que es más fuerte físicamente. En segundo lugar, los derechos de inmunidad y de libertad, contra la voluntad de quien es más fuerte políticamente. En tercer lugar, los derechos sociales, que son los derechos a la supervivencia contra la ley del que es más fuerte social y económicamente. Estos derechos sociales y derechos de libertad, en tanto que *leyes del más débil*, son el fundamento de la igualdad jurídica, que es una igualdad *en droits*<sup>81</sup>: un principio normativo construido sobre la forma universal de los derechos que se han convenido como fundamentales, esto es, desde el derecho a la vida a los derechos de libertad, "de los derechos políticos a los sociales, hasta ese meta derecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley"<sup>82</sup>.

De esta manera, entre igualdad jurídica y derechos fundamentales existe una relación biunívoca. Esto porque "no sólo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad". Por tanto, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales para todos, independientemente del hecho, "e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares de tales derechos son entre sí diferentes"<sup>83</sup>. Porque consisten en *leyes del más*

---

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"Derechos y Garantías, La ley del más débil"*. Trotta, Madrid, 2004, p. 54.

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"El garantismo y la filosofía del derecho"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 122-123.

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"Derechos y Garantías, La ley del más débil"*. Trotta, Madrid, 2004, pp. 80-81.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 82.

*débil*, tales derechos son, asimismo, inderogables. Esto se muestra, piensa Ferrajoli, en el hecho de que tales libertades se encuentran vinculadas a ciertas prohibiciones, en el sentido de que ni el poder estatal ni el poder de los particulares puede decidir su privación, ni aun con el consentimiento de los titulares de las mismas. Así, ni siquiera por contrato un hombre puede ser obligado a privarse de la vida o de las libertades fundamentales.

Dado esto, concluye nuestro autor, ninguna ley, aun votada por una mayoría aplastante, puede disponer o consentir que un hombre sea castigado sin haber cometido delito alguno, "o por haber realizado actos inofensivos, meramente internos o sin culpa"<sup>84</sup>. En este sentido, ni siquiera por unanimidad se puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad, "o no decidir la satisfacción de un derecho social". De manera que los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos, "y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de *lo indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones"<sup>85</sup>.

Tales derechos son, por ende, *personalísimos e indivisibles*. Esto porque su falta o su injusta privación en perjuicio de cualquier persona "viola el valor de la persona y por consiguiente de todas las personas". Prueba de ello, escribe Ferrajoli, "es el hecho de que su lesión es siempre un factor de crisis en la vida del ordenamiento" jurídico. De ahí que la historia del constitucionalismo moderno sea, para nuestro autor, la historia de esa progresiva ampliación de estas *leyes del más débil*, "la historia de esta larga y difícil obra de minimización del poder", y la historia de una cada vez más progresiva "sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes"<sup>86</sup>.

## 2.2. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Para el Garantismo la democracia ha sido siempre entendida desde un cierto paradigma que actualmente es irreconciliable con la idea de estado constitucional y más concretamente con la democracia constitucional. La concepción tradicional de democracia se ha fundamentado en el principio según el cual la legitimidad se deriva

---

<sup>84</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"Derecho y razón. Teoría del garantismo penal"*, Trotta, Madrid, 1997, p. 860.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"El derecho como sistema de garantías"*, en: *Jueces para la democracia* N° 16-17, 1992, pp. 61-69.

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi, *"El garantismo y la filosofía del derecho"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 123.

del respeto a la libertad y voluntad de quienes son representados, de la autonomía de los gobernados. Citemos algunos ejemplos clásicos<sup>87</sup>:

*“Los atenienses, y también a los otros, cuando sea en cuestión la habilidad de arte de construir o de algún otro arte, consideran que pocos deben participar en las deliberaciones, Y si alguien que no sea de estos pocos quieren dar consejos, no lo soportan, como tú dices: y una buena razón digo yo. Pero cuando se reúnen en asamblea para cuestiones que afectan a la virtud política, y se debe proceder exclusivamente con justicia y moderación, es natural que ellos acepten el juicio de cualquier persona, convencidos de que todos, por necesidad, participen de esta virtud, de lo contrario no existiría la ciudad”*

*“Que la masa debe ser soberana del estado en preferencia de los mejores, que aunque son pocos, parece que se puede sostener: implica dificultades, pero quizás también la verdad. Puede suceder en efecto que los muchos, aunque individualmente no excelentes, cuando se reúnan sean superiores a ellos, no tomados individualmente sino en su totalidad, como lo son los almuerzos comunes respecto a los preparados por uno solo. En realidad, siendo muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de sabiduría y como cuando se reúnen juntos, en masa, pasan a ser un hombre con muchos pies, con muchas manos, con muchos sentidos, pasan a ser un hombre con muchos excelentes dotes de carácter e inteligencia” (Aristóteles).*

*“La voluntad general es siempre recta y tiende cada vez a la utilidad pública. Cuando todo el pueblo delibera sobre todo el pueblo, este no se considera a sí mismo... entonces el objeto sobre el cual se decidirá es general como la voluntad decisoria. Este acto yo llamo una ley... en base a este concepto se ve enseguida que no hay que preguntar... si la ley puede ser injusta, porque nadie es injusto hacia sí mismo... por sí mismo el pueblo quiere siempre el bien, pero no siempre lo ve por sí mismo. **La voluntad general es siempre recta**, pero el juicio que la guía no siempre es iluminado. Es preciso hacerles ver a los objetos como son, y a veces como deben aparecer, mostrar el buen camino que busca, protegerla de la seducción las voluntades particulares, acercar a sus ojos los lugares y los tiempos, hacer contrapeso a los atractivos de los beneficios presentes y sensibles con peligro de los males lejanos y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan; el público quiere el bien que no ve. Todos igualmente tienen necesidad de conducción” (Rousseau)*

---

<sup>87</sup> Citados en: FERRAJOLI, Luigi, *“Derechos fundamentales. Democracia constitucional y garantismo”*, RZ editores, Lima, 2016, pp. 111-112.

*“El poder legislativo puede recaer únicamente en la voluntad colectiva del pueblo, En efecto, puesto que de este poder deberán proceder todos los derechos, ello no debe en absoluto poder recaer en injusticia a alguien con sus leyes. Ahora es siempre posible, cuando nadie decide algo contra otro, que él cometa contra él una injusticia; sino no la comete nunca, sin embargo, en lo que él decida respecto a sí mismo”... “Una ley pública, que determina para todos lo que debe ser jurídicamente lícito o ilícito, es el acto de una voluntad pública del que deriva todo el derecho, y que por lo tanto no debe poder hacer daño a nadie. Pero esto no es posible a otra voluntad que no sea la del pueblo entero (en el que todos deliberarán sobre todos y por lo tanto cada uno sobre sí mismo), ya que solo así mismo no se puede hacer daño” (Kant)*

En estos tres ejemplos se puede ver claramente como la democracia se entiende como un valor apoyado en el principio de la “buena voluntad del pueblo”, el pueblo debe gobernarse a sí mismo porque de esa forma se asegura que las decisiones sean las adecuadas ya que quienes deciden no pueden hacerse daño a sí mismo. Aunque parece un razonamiento lógico y completo, Ferrajoli cuestiona esta forma de entender la democracia mediante tres aporías<sup>88</sup> inherentes a esta concepción.

La primera aporía se da en la falta de explicación de una definición de democracia que solo se centra en rasgos formales, es decir, las condiciones en presencia de las cuales las decisiones políticas son la expresión directa de la voluntad popular. Según Ferrajoli esta definición no es capaz de dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, las cuales en realidad serían no democráticas. Limitándose a exigir que los poderes públicos sean ejercidos por el pueblo de cualquier manera, y configurando así la democracia como poder popular absoluto, contradiciendo el paradigma del estado de derecho en el que no se admite la existencia de poderes no sujetos a ley, pero sobre todo, del estado constitucional, donde ningún poder, ni el del pueblo, es ilimitado. En una democracia constitucional el poder legislativo es jurídicamente regulado y limitado, con respecto no solo a las formas, predisuestas a garantizar el poder de las mayorías, sino también al contenido o sustancia de su ejercicio, vinculado a la rigidez y normatividad de la constitución, a través de principios como el de igualdad y los derechos fundamentales en general.

La segunda aporía se configura mediante el vínculo entre la democracia política y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, que operan como límite de la voluntad de la mayoría, de otra manera absoluta. Comenzando con el derecho a la

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 107-110.

libertad, tenemos que sin esta, la voluntad de los electores no se ejercería adecuadamente, dicha voluntad sería solo auténtica si se ejerce libremente, y puede expresarse libremente solo si está garantizado el derecho al voto y todas las libertades fundamentales. Ahora bien, estos derechos de libertad requieren para su correcto ejercicio la garantía de otros derechos, los llamados derechos sociales a prestaciones positivas como la asistencia a salud, derecho al trabajo, a la educación, etc. Sin la satisfacción de estos derechos y las obligaciones públicas correspondientes, tanto los derechos políticos como los derechos de libertad no podrían ser ejercidos normalmente, ya que no hay participación en la vida pública sin la garantía de los mínimos vitales no formación de voluntades conscientes sin educación ni información.

La tercera aporía se refiere a la inconsistencia teórica del concepto formal de democracia en relación a lo que significa realmente democracia, la cual requiere de un cierto límite sustancial a los contenidos de las decisiones legítimas para sobrevivir, más aun si nos referimos en específico a la democracia en sentido político. Se puede dar el caso de que con métodos democráticos se anulen los propios métodos democráticos, anulando así los derechos de libertad, derechos sociales, derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en resumen, todo el sistema de reglas en el cual consiste la democracia, dos ejemplos de esto: el nazismo y el fascismo.

Lo que nos revela el Garantismo es que el método de formación de las decisiones políticas basado sobre la representación popular por medio del sufragio universal y del principio de mayoría solo designan y garantizan la *forma* democrática de la elección de los representantes, pero no implica en absoluto que las decisiones adoptadas por la mayoría tengan, en cuanto tales, una sustancia democrática y un valor de justicia, esto es, no implica que el poder del pueblo o de la mayoría sea el poder de lo moralmente correcto, o que sea lo mejor para ese mismo pueblo. Primero habría que partir de la idea de que la voluntad del pueblo nunca puede ser totalmente reflejada en sus representantes, esto en realidad es una ilusión de la democracia formal, que ha sido trágicamente desmentida por los horrores de los totalitarismos del siglo XX, que sin duda gozaron de un consenso mayoritario. El pueblo, en la democracia representativa, no decida nada acerca de las cuestiones políticas, deciden solo en las formas y en la medida que lo permiten las leyes electorales, quienes serán los que decidirán. La única posibilidad de efectiva autodeterminación sería en la hipótesis de una democracia directa en que todas las decisiones se tomen por unanimidad, sin embargo este tipo de unanimidad, según Ferrajoli, haría suponer una mucho más grave destrucción del

espíritu público, que sería la normalización ideológica y el fin del pluralismo y el conflicto político y por ende el fin de la libertad. Teniendo este punto claro, lo que nos dice el garantismo es que el único fundamento axiológico de la dimensión formal o política de la democracia es la igualdad, determinada por el sufragio universal, en la específica clase de derechos fundamentales que está formada por los derechos políticos. La misma idea de “autonomía”, como fundamento del sufragio restringido, ha estado asociada al pensamiento liberal del siglo XVII XVIII mas iluminado, a causa del rechazo por ellos opuesto al principio de igualdad, únicamente los ciudadanos instruidos y propietarios porque son considerados los únicos capaces de auténtica autodeterminación. Por lo tanto, este principio (igualdad) es el único que se podría erigir como sustento de la democracia representativa, ya que la idea de que la voluntad política expresada con el método democrático es una voluntad buena y justa, y la otra, según la cual la democracia significa el autogobierno popular se configuran en realidad como dos falacias difícilmente sustentables en la realidad.

Por lo analizado hasta ahora, a través del tamiz de garantismo, se puede llegar a la conclusión de que el rasgo formal y procesal expresado por la forma representativa de las decisiones políticas, aunque siendo necesario, no es suficiente, ni sobre el plano empírico, es decir, con referencia a las actuales democracias constitucionales, no sobre el plano teórico, con referencia a la noción misma de democracia política, para definir a la democracia. Esto porque la dimensión formal de la democracia no garantiza en absoluto, ni la bondad de las decisiones políticas, ni su correspondencia a la supuesta voluntad popular. Lo que nos dice Ferrajoli<sup>89</sup> es que para que un sistema sea democrático se requiere que a la mayoría le sea al menos sustraído el poder de suprimir a las minorías y en cualquier caso el poder de las posibles futuras mayorías. Pero este es un rasgo sustancial que tiene que ver con el contenido de las decisiones, y que por lo tanto contradice la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, es decir, en las normas de procedimiento que garantizan la representatividad popular de las decisiones mediante sufragio universal y el principio de mayoría. El constitucionalismo, entendido como constitucionalismo garantista, está constituido por una serie de normas jurídicas internas que definen los límites y los contenidos, esto es, la **dimensión sustancial** de la democracia, a través de prohibiciones y obligaciones para la mayoría, la minoría y para el estado. Este cambio de paradigma se puede entender reflexionando sobre el cambio ocurrido en la teoría derecho en relación a la concepción de las condiciones de *validez-sustancial* además de las *formales* de la

---

<sup>89</sup> Ibidem, p. 119.

producción legislativa. Según Ferrajoli existe un nexo interactivo entre el cambio estructural de estas condiciones en el antiguo estado legislativo de derecho y el cambio estructural de la democracia, generados ambos por el paradigma del constitucionalismo rígido. Más en general se podría hablar de un nexo entre las condiciones jurídicas de validez, sean cuales sean, democráticas o no democráticas y las condiciones políticas de legitimidad del ejercicio del poder legislativo, en otras palabras, entre el derecho y política, y entre teoría del derecho y teoría política. Es el nexo que hace de la teoría política una interpretación semántica, precisamente filosófica política, del aparato conceptual elaborado por la teoría del derecho, la cual nos dice qué es la validez y no cuáles son o qué es justo que sean las condiciones de la validez de las normas, que es lo que nos dicen las disciplinas jurídicas de los distintos ordenamientos y las diferentes filosofías políticas de la justicia, sino más bien en qué consisten tales condiciones. La teoría política de la democracia nos dice, en cambio, cuales son o deben ser, en democracia, las formas precisamente democráticas de producción normativa y en general de las decisiones políticas. Este isomorfismo entre la noción jurídica de validez y la noción política de ejercicio legítimo del poder que sugiere, en los actuales ordenamientos dotados de constitución rígida, identificación, junto a la **dimensión formal** o procesal de la democracia, de una no menos importante **dimensión sustancial**. Las constituciones rígidas han cambiado las condiciones de validez de las leyes, que han vinculado no solamente al “quien” y al “como”, es decir, la forma de producción de las decisiones, sino también al “que”, es decir, a la forma de producción de sustancia o al contenido de las decisiones producidas. Se deduce, en adición a la dimensión formal, una dimensión sustancial de la validez como de la democracia, que no tiene nada que ver con la idea de la voluntad general como voluntad buena y justa, pero a lo más, al contrario, con la idea exactamente opuesta, que es muy posible que esta voluntad no es ni buena ni justa. Esta segunda dimensión ha sido injertada en casi todos los ordenamientos del mundo por la positivización en constituciones rígidas de normas sustanciales sobre la producción legislativa de los derechos fundamentales y de otros principios de justicia como el principio de igualdad, la dignidad de la persona y similares.

La conclusión de Ferrajoli en este punto es que el cambio de paradigma consiste en “la virtual y estructural divergencia progresiva entre la *validez* y el *vigor*, es decir, entre el tener que ser constitucional y ser legislativo del derecho mismo”<sup>90</sup>, de esta manera el paradigma constitucional de estado de derecho resulta redefinido sobre la base de dos

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 124.

postulados correspondientes a dos clases de garantías, las unas primarias y las otras secundarias. EL primer postulado identificable con el principio de legalidad, impone que dondequiera que esté un poder deben existir “*normas primarias*”, formales y sustanciales, que regulen el ejercicio sometándolo a los límites y a las restricciones, es decir, a las prohibiciones y a las obligaciones, en las cuales consisten las “*garantías primarias*”, negativas y positivas de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados. El segundo postulado identificable con el principio de jurisdiccionalidad, impone que en todas partes en donde haya normas primarias, formales o sustanciales, deben existir también “*normas secundarias*” que predispongan la activación de “*garantías secundarias*” o jurisdiccionales capaces de eliminar o reparar las posibles violaciones de las normas de las garantías primarias de los mismos derechos<sup>91</sup>.

Esta distinción ofrece para el garantismo una nueva complejidad de las condiciones de validez generada por el paradigma constitucional que retro actúa sobre las condiciones de la democracia, incluso no solo formales sino también sustanciales. Se producen así dos complementos, uno en el paradigma del derecho y otro en el de la democracia, entre ellas relacionadas y paralelas. Como en el viejo paradigma del estado legislativo de derecho, las condiciones de la validez formal de las leyes son las mismas de las condiciones de la “*democracia formal*”, siendo satisfechas las unas y otras por la conformidad de las leyes producidas por las reglas que determinan las formas democráticas, concretamente el “quien” y el “como” de su producción. Sin embargo, junto a la validez formal, el paradigma constitucional exige a las normas de ley también una validez sustancial, correspondiente a lo que Ferrajoli denomina “*democracia sustancial*”, la una y la otra satisfecha por la coherencia de los significados, es decir, del “qué cosa”, es decir, la sustancia de las normas producidas con los principios y los derechos constitucionales establecidos.

Esto lleva al garantismo a la necesidad de una redefinición tanto de la validez como de la democracia en condiciones de dar cuenta del nuevo paradigma constitucional de una y de otra. Según esta redefinición, el carácter representativo de un sistema político, asegurado por el sufragio universal y el principio de la mayoría, es solo una condición de la validez de las leyes y solo un rasgo de la democracia. Ello designa, de la democracia, la única “*dimensión política*”, relativa al “quien” y al “como” de las decisiones públicas, es decir a sus formas democráticas, basadas precisamente sobre los derechos políticos de autodeterminación en la esfera pública. Esta dimensión formal requiere de otras para dar cuenta de la complejidad de los actuales sistemas

---

<sup>91</sup> *Ibidem*

democráticos. Otra dimensión formal relativa también al “quien” y al “como” de las decisiones, no ya públicas sino privadas sería la denominada por Ferrajoli “**dimensión civil**” de la democracia, basada en esos específicos derechos de autodeterminación en la esfera privada, esto es, los derechos civiles, y a la específica forma de producción directa y espontánea del derecho por parte de todos los sujetos capaces de actuación que es el autónomo ejercicio de tales derechos. Del lado de la “*dimensión sustancial*”, relativa al “que cosa”, es decir la esencia de las decisiones, tanto públicas como privadas, tenemos las normas sustanciales sobre la producción que se refieren al contenido o esencia de las decisiones. Estas reglas son las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales por medio de los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de libertad personal, y similares, que corresponden a otros tantos límites o restricciones de contenido a los poderes de la mayoría. En todos los casos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son normas sustanciales sobre la producción normativa. Al conjunto de estas normas sustanciales Ferrajoli denomina la *esfera de lo no decidible*, la esfera de lo *indecidible que*, determinada mutuamente por los conjuntos de los derechos de libertad y de autonomía, los cuales impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan reducirlos; la esfera de lo *indecidible que no*, determinada por el conjunto de los derechos sociales, los cuales imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones directas para satisfacerlas, luego lo que queda fuera de esta esfera sería la *esfera de lo decidible*, dentro de la cual se legitima el ejercicio de los derechos de autonomía.

De este análisis Ferrajoli obtiene como resultado un modelo cuatridimensional de la democracia anclado en las cuatro clases de derechos en las cuales pueden ser separados todos los derechos fundamentales: los *derechos políticos*, los *derechos civiles*, los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*. Los primeros dos tipos de derechos, es decir, los derechos políticos y los derechos civiles, a los que, como ya hemos visto, Ferrajoli denomina secundarios, formales o instrumentales, garantizando los unos la autonomía política y los otros la autonomía privada, fundamentan la legitimidad de la forma de las decisiones, respectivamente en la esfera de la política y en la economía, de ahí su relación con la *dimensión formal* de la democracia: por un lado la *democracia política*, por otro lado la *democracia civil*. Los otros dos tipos de derechos, es decir, los derechos de libertad y los derechos sociales, llamados por Ferrajoli *primarios, sustanciales o finales*, considerando lo que a la autonomía tanto política como privada es prohibido u obligatorio decidir, fundamentan la legitimidad de la sustancia de las decisiones, esto es, la *dimensión sustancial*, en negativo y positivo,

de la democracia: por un lado la **“democracia liberal”**, por otro lado la **“democracia social”**.

Para el garantismo es entonces en estas cuatro dimensiones, todas necesarias y conjuntamente suficientes, que se basa el paradigma de la actual democracia constitucional, en virtud de la cual es sustraída a cualquier poder, tanto público como privado, la disponibilidad de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionales, como la división de los poderes, la independencia de la jurisdicción y las diversas figuras de incompatibilidad destinadas a impedir conflictos de intereses.

Visto lo más esencial sobre los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli, la democracia es entendida y definida en su totalidad directamente relacionada a estos derechos, o más aún, la concepción de democracia constitucional es solo posible en relación a los derechos fundamentales, lo que viene a significar que no existe democracia constitucional sin derechos fundamentales como sustento. Lo que sigue es la explicación que da Ferrajoli sobre esta afirmación<sup>92</sup>. Ferrajoli parte diferenciando entre democracia formal y democracia sustancial. La primera se refiere a la concepción tradicional, sobre los mecanismos y reglas para elegir a los representantes, donde lo que manda es la regla de la mayoría. La democracia en este sentido debe su legitimidad a las decisiones que han sido tomadas de acuerdo a los designios de la mayoría sin importar cuál sea el contenido de estas decisiones. El segundo tipo de democracia va más allá, ya que se preocupa esencialmente por el contenido de las decisiones, esto es, ya no interesa solo la regla de la mayoría o que se respeten los mecanismos adecuados para las elecciones, sino que ahora, tanto dichos mecanismos de representación como lo que se decida por mayoría están delimitados por una regla suprema: el respeto a los derechos fundamentales. Ahora bien, hay que tener en cuenta que Ferrajoli no dice que la democracia formal ya no sea democracia, al contrario, la democracia formal es el primer requisito para poder hablar de democracia, lo que sucede es que ahora, si tenemos como marco al estado constitucional, para hablar de democracia también constitucional es imperativo que se tomen en cuenta estas dos dimensiones, sin relegar ninguna.

Habíamos dicho que Ferrajoli define la democracia constitucional en función a los derechos fundamentales. Lo que hace el referido autor es relacionar una de sus

---

<sup>92</sup> FERRAJOLI, Luigi, *“Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. 2. Teoría de la democracia”*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 9-26.

clasificaciones principales de los derechos fundamentales con los tipos de democracia concernientes. Dicha clasificación es la que divide a los derechos en *derechos primarios* y *derechos secundarios*. Los primeros derechos serían los que están en la cúspide jerárquica (los derechos individuales y los derechos sociales) y los segundos, los derechos secundarios, los supeditados a los anteriores, serían aquellos que requieren de capacidad de obrar y de ciudadanía (derechos civiles y derechos políticos). Cada tipo de derecho daría sustento a un distinto tipo de democracia. Dentro de la democracia sustancial los *derechos individuales* a la *democracia liberal* y los *derechos sociales* a la democracia social; en la democracia formal los *derechos civiles* a la *democracia civil* y los *derechos políticos* a la *democracia política*. Lo que viene a decir aquí Ferrajoli es que la democracia en sí misma conceptualmente solo requiere de la democracia política, pero la democracia constitucional solo es tal si comprende todos estos derechos y tipos de democracia.

### 2.3. DERECHO Y MORAL

Muchas de las teorías sobre el constitucionalismo contemporáneo incluyen la tesis de la necesaria vinculación conceptual entre derecho y moral. Tomemos por ejemplo la posición de Alexy (citado brevemente también por Ferrajoli). Para este autor el derecho conceptualmente está conectado a la moral, lo que devendría en el rechazo a las normas extremadamente injustas consideradas formalmente derecho y en la pretensión de corrección (de búsqueda de lo justo) del contenido de cualquier derecho<sup>93</sup>; en otras palabras, para Alexy, el derecho para ser considerado como tal requiere cumplir con ciertos cánones de moralidad, pero aquí se produce un problema, ¿quiénes y cómo establecemos esos cánones objetivos de moralidad a los que debe adecuarse todo aquello que queramos llamar derecho? Este es justamente el principal problema que ataca Ferrajoli: el objetivismo moral. Primero hay que tener en cuenta que Ferrajoli no niega (y tampoco tendría sentido que lo haga) que el derecho se desenvuelva con cierto contenido moral, todas las normas jurídicas contienen muchas veces cuestiones morales, pero en el caso de las normas constitucionales, estas positivizan explícitamente los principios morales en derechos fundamentales que sirven como marco limitativo y de fuerza normativa para todo el ordenamiento jurídico, de modo que su vulneración por acción (desobediencia de obligaciones) acarrearía antinomias y su omisión (no cumplimiento de prestaciones) lagunas. De igual modo, la actividad de los

---

<sup>93</sup> ALEXY, Robert, *“El concepto y la validez del derecho”*, trad. Jorge M. Seña, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 118.

operadores jurídicos también suele incluir cuestiones morales, todo esto es innegable para Ferrajoli. Lo que el rechaza tajantemente es la vinculación conceptual entre derecho y la moral. Este rechazo se da principalmente por los graves problemas que ocasionaría el objetivismo moral que para el autor necesariamente equivaldría a cognoscitivismo moral. La explicación que da Ferrajoli es que al creer que el derecho conceptualmente está arraigado a ciertos parámetros morales significa que existen ciertos principios morales compartidos por un grupo los cuales se impondrían al resto minando así el pluralismo cultural propio y característico de un estado constitucional. En otras palabras, el cognoscitivismo moral sería un gran enemigo para el estado constitucional y en específico de la propia constitución entendida de acuerdo a la democracia constitucional<sup>94</sup>.

La respuesta de Atienza a este debate es en razón a la idea de un objetivismo moral mínimo, el cual no constituye un catálogo de principios objetivos descubiertos por la razón humana o descifrados por la religión, sino más bien, se trataría de acuerdos mínimos que obtendrían como producto ciertos principios morales a través de la razón práctica.

Desde un aspecto teórico y conceptual nos parece más atractiva y hasta cierto punto realista la posición de Atienza. Sin embargo, decimos hasta cierto punto porque el límite de la posición de Atienza es la educación de influencia occidental, más allá la moral no se configura en ningún momento como un acuerdo mínimo, la moral es más bien una expresión cultural sin cabida a ningún tipo de discusión, y aun, es discutible en qué medida la educación occidental sea suficiente para hablar de moral como producto de la razón práctica. Si pensamos por ejemplo en las sociedades con un fuerte arraigo en sus costumbres pasadas, podemos apreciar una cosmovisión particular en cada caso con conductas que chocan muchas veces con lo que solemos considerar moral en sociedades más occidentalizadas. Incluso no es necesario hablar de sociedades con costumbres antiguas para hacer esta diferenciación, en las sociedades más urbanizadas con centros de estudios formales no deja de percibirse esta realidad, siempre vamos a encontrar grupos o personas cuyo principios parten de una forma de pensar en base a creencias culturalmente establecidas, piénsese por ejemplo en grupos religiosos, políticos o con alguna ideología en particular.

---

<sup>94</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, en: Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, vol 34, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 28-32.

Esto nos lleva a plantearnos una pregunta ¿Es la moral institucional la verdadera moral?, con moral institucional nos referimos a la establecida por ejemplo en los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana, las Constituciones de cada país, etc. La mayoría de estos instrumentos, sean internacionales o nacionales comparten gran parte de los principios que disponen, es cierto que esto se debe a que la mayoría de constituciones han partido de la premisa de respetar los instrumentos internacionales, de repetirse entre ellas o de reafirmar principios que ya se venían estipulando en diferentes cartas de derechos desde hace muchos años atrás. Algunos ejemplos de derechos que casi en todo el mundo se comparte: derecho a la vida, libertad de expresión, libertad de información, libre tránsito, libertad de religión, libertad de pensamiento, libertad de empresa, derecho al trabajo, a la educación, a la verdad, a la salud, de jurisdicción todos los derechos que involucran los procesos judiciales como el de defensa, contradictorio, igualdad ante la ley, y un larguísimo etc. Son muchos los derechos que compartimos formalmente en buena parte del mundo, por supuesto que aún hay excepciones, generalmente en los países donde no hay un vínculo con los valores institucionalizados en la comunidad internacional. Pero volvamos a la pregunta, ¿Estos principios institucionalizados son la respuesta definitiva a todos los problemas de la humanidad?, o como planteamos al principio de este párrafo ¿representan la verdadera moral? La primera respuesta que se nos ocurre es basándonos en los hechos. Todos estos principios se han establecido como necesidades frente a lo que hemos considerado errores cometidos a lo largo de nuestra historia, no nacieron necesariamente como una discusión práctica. Todos los derechos individuales se fueron revelando en contra de ciertas creencias o prácticas, la creencia de que hay personas que nacieron para ser esclavas o inferiores y que por lo tanto pueden ser tratadas como objetos, la creencia de que quien gobierna está dotado de un vínculo con la divinidad o que representa la divinidad, la creencia de que somos diferentes por nuestra raza, etnia, o género, en fin son muchas las formas en que nos hemos denigrado según lo que se creía era correcto porque siempre fue así. Uno de los ejemplos más claros es el de la esclavitud, forma de explotación que siempre ha existido, prácticamente no ha habido sociedad ajena desde antes de su abolición formalmente. En las sociedades antiguas como Egipto, Grecia, Roma, en el mundo medieval, en las sociedades pre hispánicas de América como los Mayas, el imperio Incaico, en los países que se formaron después del medievo, o por ejemplo si damos un vistazo a nuestra historia reciente, hasta hace no mucho se “Importaban” personas de origen oriental y africano para tenerlos como esclavos, en el que es considerado uno de los países más “desarrollados”, Estados

Unidos, la esclavitud seguía presente en forma de racismo el siglo pasado, y aun hoy hay rezagos de superioridad sobre otras razas o nacionalidades. Otro ejemplo ilustrativo es el de la discriminación a la mujer que también ha sido parte prácticamente de toda nuestra historia y solo muy recientemente se ha logrado y aún está en proceso la igualdad de género.

Dicho esto lo primero que podemos tener claro es que los principios que ahora consideramos como base de toda sociedad desarrollada se establecieron como respuestas a las exigencias de grupos explotados, en todos los casos siempre tenemos un grupo explotador y otro explotado, los derechos liberales que se reafirman en la revolución francesa se establecen en defensa de un estado opresor, los derechos de la declaración universal de derechos humanos son respuesta a las atrocidades que se cometieron en la segunda guerra donde además se explotó de la manera más cruel a millones de judíos esclavizado y asesinados por un estado opresor.

Otro caso que nos parece bastante ejemplificador y que, si lo analizamos con cierto cuidado veremos que es bastante similar a los anteriores ejemplos, aunque no lo parezca, porque en este caso estamos aún atrapados en lo que la costumbre o creencias nos dictan lo contrario. Hablamos de los derechos de los animales. Sabemos que desde la teoría del derecho no podemos hablar de “derecho de los animales”, la teoría del sujeto de derecho y de los derechos subjetivos parten solamente desde el ser humano, no se ha desarrollado aun una teoría del derecho que tome en cuenta otros seres vivos que no sean humanos, y cuando se busca protección a los animales o al ambiente, generalmente no se habla directamente de derecho de los animales o de derechos de la naturaleza, sino más bien de protección en función del ser humano. Pero habría que preguntarnos ¿Cuál es el fundamento de esto? ¿Por qué solo los humanos tenemos derechos? Para responder a esta pregunta primero tendríamos que revisar cuál es el fundamento de los derechos humanos. Ha habido diferentes teorías para explicar el fundamento de los derechos, pero no cabe duda que la más aceptada y difundida que es aquella que funda los derechos humanos en la dignidad humana, esto es, tenemos derechos porque somos seres que contamos con dignidad, que se construye como un principio que considera al ser humano como un fin y no un medio, todos somos seres que merecemos dignidad solo por ser humanos. Ahora bien, ¿es suficiente decir que poseemos dignidad solo por el hecho de ser humanos y no de otra especie? Aunque se puede entender así, en realidad no es suficiente si queremos encontrar todas las razones posibles para defender la dignidad y los derechos humanos. La respuesta que se ha dado desde la filosofía de la moral y ética humana ha sido en

base a las particulares habilidades de nuestra especie, se puede hablar por ejemplo que solo los humanos poseemos consciencia de nosotros, inteligencia muy superior a la de los animales, sentimientos más complejos

#### **2.4. PRINCIPIOS Y REGLAS**

Como ya hemos visto en el capítulo sobre los rasgos más resaltantes del constitucionalismo contemporáneo, las teorías más estandarizadas de los principios y reglas se configuran en base a la diferenciación entre ambas categorías de normas, casi siempre considerando a ambas enunciados con carácter de verdaderas normas jurídicas. Dicha diferenciación, sin embargo, no es similar en todos los casos, ya que se entiende de diferentes maneras, ya sea como dimensiones de gradualidad o categóricamente. Por ejemplo en el caso de Alexy, la distinción entre principios y reglas se asume partiendo de la idea de que son dos categorías de distinta naturaleza sin mediar ningún tipo de consideración de gradualidad, los principios para Alexy son “mandatos de optimización (normas jurídicas) que se cumplen en la medida de lo posible según las consideraciones jurídicas y fácticas del caso en concreto” y las reglas son también enunciados deónticos, pero cuyo modo de ejercicio es todo o nada, se cumplen o no se cumplen; agregando a esto que los principios se interpretan y aplican considerando la posibilidad de confrontación que se dilucida por medio de la ponderación y las reglas, en cambio, cuando entran en conflicto se resuelven según los cánones tradicionales para resolver antinomias (especialidad, jerarquía, cronología). La teoría de los principios y de las normas jurídicas en general de Alexy es una teoría semántica, se enfoca sobre todo en cómo se debería entender, interpretar y aplicar los principios y reglas según la naturaleza del contenido de cada una de estas. No todas las teorías de los enunciados normativos nacidas en el espacio del constitucionalismo con enfoque principialista o neoconstitucionalista se formas de esta manera, Atienza y Ruiz Manero por ejemplo tienen una visión más bien estructural de la clasificación de los principios y reglas, aunque cuando se trata de interpretación y aplicación, se asemejan en varios aspectos a la teoría de Alexy. Lo que tienen en común las distintas teorías sobre los enunciados jurídicos en general que parten desde la visión “constitucional principialista” es que siempre hay una consideración especial para las normas que comprenden los derechos fundamentales, tanto semántica como estructuralmente; esta consideración especial también está en Ferrajoli, pero desde una perspectiva distinta.

Para Ferrajoli se trata de una distinción poco clara y explicativa, como lo serían también los conceptos de principios y reglas de la versión neoconstitucionalista, cuyos alcances empíricos no resultan satisfactorios para el autor. Tanto la distinción o

cualitativa como la distinción débil o cuantitativa serían insuficientes porque las características que se suelen mencionar como definitorias de cada categoría de estas normas, en realidad, son aplicables a ambas, principios y reglas, por ejemplo en el caso de la ponderación, esta no es un método de interpretación y aplicación solo de los principios, también se produce antes y después de la regulación de las reglas, que en la práctica muchas veces son ponderadas para su aplicación. Ferrajoli los dos famosos casos que utiliza Dworkin como ejemplo para cuestionar si realmente se está hablando de principios o de reglas, ya que en esos casos lo que se estaría aplicando normas como reglas. La dificultad que se prevee aquí no se sustenta tanto en la completa incorrección de la distinción entre principios y reglas, sino el alcance explicativo de esta distinción que pareciera no es tan claro y convincente como lo exponen los autores que la defienden.

Lo que Dworkin conoce como directivas o Alexy como bienes colectivos; Ferrajoli denomina *principios directivos o directivas*, y a los derechos fundamentales como *principios regulativo o imperativos*, a los primeros los entiende como expectativas genéricas e indeterminadas de resultados más que de hechos, y a los segundos como **expectativas específicas y determinadas a las que corresponden límites o vínculos, es decir Garantías** consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación. Hacemos aquí un paréntesis porque es muy importante verificar como aquí los derechos fundamentales desde el punto de vista semántico adquieren otra connotación, no ya como enunciados con supuestos de hechos indeterminados que se alimentan semánticamente de los casos concretos y de su confrontación con otros derechos fundamentales, sino como **verdaderas reglas con un contenido explícito y determinado con su correlativa garantía**. La concepción de Alexy de los principios como mandatos de optimización o de Zagrebelski quien los entiende como normas sin un supuesto hecho específico, se aplicaría para el garantismo solo a los *principios directivos* y no a los *principios regulativos o imperativos*, esto es, a los derechos fundamentales. Como dato adicional, los derechos sociales en esta teoría, se encuentran en el intermedio, ya que imponen al legislador la producción de leyes de actuación que introduzcan sus garantías primarias (como las normas sobre la escuela pública, el servicio sanitario gratuito, la educación y similares) sin la posibilidad, de plano, de precisar sus formas, la calidad, ni el grado de protección. Por lo tanto, todos los demás principios, como por ejemplo el de libertad, tránsito, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, libertad de expresión, etc., serían *principios regulativos*, entendidos como enunciados deónticos de prohibición y obligación. Consistirían en normas simplemente formuladas de manera diversa a las reglas, con referencia a su

respeto y no a su violación y a su consiguiente aplicación. Como prueba, Ferrajoli nos indica que también las reglas, hasta las penales, cuando son observadas, son también consideradas como principios, que no se aplican sino que se respetan, por ejemplo, la observancia de las normas sobre el homicidio, las lesiones personales o el hurto, equivalen al respeto de los principios de la vida, la integridad personal y la propiedad privada. Pero Ferrajoli va más allá y afirma que detrás de cada regla hay también un principio, hasta detrás de la prohibición de estacionamiento de los vehículos, o detrás de la obligación de frenar ante el semáforo en rojo, hay principios, como los de seguridad y la mayor eficiencia y racionalidad del tráfico. Esto sucedería también a la inversa, esto es, también los principios regulativos cuando son violados, se presentan como reglas, que no se respetan sino que se aplican, por ejemplo el principio constitucional de igualdad, cuando es violado, se manifiesta, en relación con sus violaciones, como regla, precisamente la que prohíbe las discriminaciones. Todas las normas, según esta tesis, ya sea que estén formuladas en forma de principios o reglas, son respetadas en vía primaria si son observadas y son aplicadas en vía secundaria si son violadas. La supuesta vaguedad de los principios nacen, para el garantismo, en el uso de palabras vagas como “dignidad”, “lesividad”, “certeza”, y no de su naturaleza, ya que los principios son también reglas que se aplican por medio de la subsunción a través del encuadramiento entre el hecho y el enunciado deóntico que disponen los derechos fundamentales. Los principios, vistos así, cualquiera sea su contenido, equivalen a la regla consistente en la respectiva obligación o prohibición, y la diferencia entre la mayor parte de principios y reglas no es de carácter estructural, sino más bien, corresponde a una representación de los fines ético-políticos en los que se desenvuelven las constituciones y las sociedades que las respaldan. Citamos algunos ejemplos de cómo se deberían entender realmente los principios en la forma de reglas:

*“...Por ejemplo, el art. 32 de la constitución italiana sobre el derecho a la salud, equivale a la norma – que por lo demás está explicitada en él – según la cual la república debe garantizar tratamientos gratuitos; el art. 21 sobre la libertad de manifestación del pensamiento equivale a la regla según la cual está prohibido impedir, perturbar o limitar la libre manifestación del pensamiento; el art. 16 sobre la libertad de circulación, que la misma constitución tutela dentro de los límites impuestos por la salud y la seguridad, equivale a la prohibición de limitar la libertad de circulación, salvo por “motivos de salud o de seguridad”. El Decálogo, por otro lado, está expresado en reglas (no matar, no*

*robar y similares) que tienen exactamente el mismo significado que los derechos correspondientes (el derecho a la vida, el derecho de propiedad y similares)*<sup>95</sup>.

Estos ejemplos, desde luego, podemos trasladarlos a los distintos derechos dispuestos en nuestra carta fundamental y los que se han ido desarrollando en la jurisprudencia, solo se trata de convertirlos en una fórmula deóntica de obligación o prohibición. El gran problema que presenta esta tesis, es que no nos dice nada realmente acerca del contenido de los derechos, un enunciado deóntico no explicita que exactamente está prohibido, obligado o permitido; si por ejemplo decimos que la libertad de expresión se puede expresar deónticamente como la prohibición de no impedir o limitar dicha libertad, seguimos sin saber cuál es el contenido de este derecho fundamental, al fin y al cabo, es el contenido lo que va permitir resolver los casos, pero sobre todo solo el contenido nos puede dar la seguridad de que derecho se va a garantizar, sin el contenido, y solo con la fórmula deóntica el garantismo caería en una contradicción. Pero lo cierto es que Ferrajoli sí elabora los contenidos de los derechos fundamentales, sobre todo en su obra magna *Principia Iuris*, pero esto también presenta problemas, dos exactamente. En primer lugar, la imposibilidad de desarrollar teóricamente todos los casos o hipótesis que se podrían presentar para delimitar con exactitud el contenido de los derechos fundamentales, ya que como hemos visto muchas veces, en la práctica jurídica, la diversidad y singularidad de cada caso puede llevar a desarrollar contenidos que no estaban previstos ni en la constitución ni en la jurisprudencia previa; en segundo lugar, Ferrajoli al desarrollar el contenido de los derechos ha tenido que apoyarse en algún objetivismo moral o incluso en su propio subjetivismo moral, de las dos formas estaría contradiciendo lo que el garantismo mismo ha rechazado en su tesis de la separación derecho – moral.

Regresando a la tesis garantista, como hemos visto, y siendo más precisos, lo que activa que un principio se comporte como una regla de prohibiciones y obligaciones es, más que todo, la violación correspondiente, por ellos es que las constituciones, además de contener derechos fundamentales explícitos, suelen tener como eje de sustento jurídico un sistema de límites y vínculos (reglas) impuestos a todos los ciudadanos y a los titulares de cualquier tipo de poder; así, a los principios que consisten en derechos de libertad corresponden las reglas consistentes en límites o prohibiciones, y a los principios consistentes en derechos sociales corresponden las reglas consistentes en vínculo y obligaciones. Vemos así como se forma un sistema conforme a una red de

---

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi, “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, en: Doxa, cuadernos de filosofía del derecho N ° 34, Alicante, 2011, p. 40.

derechos y deberes, expectativas y garantías que se retroalimentan para formar el sistema garantista en base a reglas.

El garantismo va más allá en su crítica a la contraposición reglas – principios, este rechazo no solo se fundamenta en las inconsistencias que ya hemos explicado, sino que también se enfoca en lo que sería el aspecto más insidioso de esta diferenciación, el cual es la “radical reducción del valor vinculante de todos los principios, tanto más si son de rango constitucional”<sup>96</sup>. Y es que, desde el punto de vista constitucional principialista, neoconstitucionalista, no positivista o pospositivista, los principios se entienden como normas jurídicas, por su naturaleza, *derrotables*, esto es que pueden ser no aplicadas o dejadas de lado si se presentan supuestos de excepción no previstos previamente por ninguna fuente de derecho. La derrotabilidad, por sí misma, es un tema que se ha ido configurando con muchos matices, algunos bastante complejos, según como se le entienda, y según también bajo que teoría del derecho se la estudie; la versión de derrotabilidad que se menciona aquí se expresa en dos formas: como alguna excepción previamente no regulada que se presenta en el caso en concreto, y como la invocación de un principio o valor moral que subyace al caso o que está presente en el derecho y que se contrapone a alguna otra fuente de derecho. La manifestación de la derrotabilidad en los principios se puede ver claramente en la “*ley de colisión*” que plantea Alexy en su “Teoría de los derechos fundamentales”; según esta ley los principios se desenvuelven en constante conflictos entre sí, y solo se concretizan como reglas a través de las circunstancias dadas en el caso concreto, esto es, los principios se derrotan entre sí dependiendo de lo que suceda en el caso que se resuelva, ya sea en el plano fáctico directamente o por medio de los otros principios que aparezcan para la ponderación. Esto Ferrajoli lo rechaza tajantemente porque significa en palabras simples que los derechos fundamentales no garantizan nada, y no garantizan nada tanto por el supuesto contenido indeterminado como por la diferenciación que se hace respecto a las reglas, dotándolos de la imposibilidad de materializarse directamente, ya que siempre van a estar en el limbo de la derrotabilidad, siempre cabrá la posibilidad de que sean inaplicados por medio de la derrotabilidad, esto desde luego, desde el punto de vista del garantismo positivista es inviable y contradictorio con los fines y valores en los que se fundamenta todo estado constitucional.

La posición de los autores que critica el garantismo para defender la contraposición principios – reglas se basa en lo que vemos todos los días en la práctica jurídica, que nos

---

<sup>96</sup> *Ibidem*.

dice lo que es, como se desenvuelven en la práctica jurídica los derechos fundamentales y demás principios, los cuales van tomando forma según como se presentan las circunstancias de cada caso en concreto, allí es donde vemos realmente que pasa con los principio y reglas y porque es indispensable esta distinción. La respuesta de Ferrajoli es que este punto de vista cae en un error argumentativo, ya que sería una construcción argumental similar a la del *realismo jurídico*, que no plantea ninguna teoría del “deber ser”, sino solo de lo que es, trayendo consigo varios problemas porque de la realidad se puede sacar cualquier cosa, de cualquier índole, y nunca nos va dar la respuesta racional y menos aún la solución a algún problema.

La crítica final del garantismo es hacia una lógica consecuencia de todo lo descrito hasta ahora sobre la división principios – reglas. Estamos hablando de la participación mucho más activa de los jueces en relación a la diversificación, sobre todo, de los derechos fundamentales. Lo que se cuestiona directamente desde el garantismo, no es en sí, la mayor actividad interpretativa del juez, que se entiende, es un papel conforme a las exigencias del derecho en estado constitucional, lo cuestionable para el garantismo es el exceso que se comete cuando los jueces se convierten en verdaderos creadores de derecho, específicamente en este caso, de derechos fundamentales. Así ha sucedido en diferentes cortes constitucionales como se han creado desde la jurisprudencia una serie de derechos que no tienen, según el garantismo, un necesario correlato con lo que dispone la constitución, esto sería una fatal vulneración de la propia constitución y de los principios garantistas del estado constitucional.

A nuestro entender, estas dos últimas críticas llevan consigo un análisis muy valioso que desmantelan las debilidades de las posiciones principialistas, no positivistas, pospositivistas, iusnaturalistas o neoconstitucionalistas. No deja de ser cierto que los derechos fundamentales entendidos como principios derrotables pierden la certeza que puede brindar una regla estipulada con un supuesto de hecho bien definido y conceptualmente limitado, y tampoco que la participación de los jueces como creadores de derecho muchas veces ha ido más allá de los límites que impone la constitución y los principios de todo estado constitucional de derecho. En el primer caso, creemos que la fuerza normativa sí se mantiene, los derechos fundamentales entendidos como principios siguen siendo mandatos deónticos, pero no se puede negar lo que son en el plano semántico, ¿cómo se puede concretizar teóricamente el contenido de los derechos como la libertad de expresión, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y similares?, el desarrollo que hace Ferrajoli es admirable y puede ser una gran referencia, pero es un tópico básico que la realidad siempre supera al derecho, siempre se van a

dar casos que van más allá de nuestra imaginación, el contenido de los derechos siempre se van a supeditar a los casos. La naturaleza deóntica se mantiene justamente por la búsqueda de ese contenido; los principios se enfrentan por medio de la ponderación de igual a igual justamente por su naturaleza deóntica, porque tienen la tendencia a materializarse a favor de sus destinatarios, si no tuvieran ese carácter normativa, andarían como objetos imaginarios a los cuales los jueces recurrirían solo cuando consideren necesario, y no es así, los jueces están en la obligación de resolver todos los casos teniendo en consideración todos los principios que puedan verse involucrados, otra cosa es que esto no pase muchas veces por las malas prácticas de algunos jueces, o por la **falta de una cultura jurídica constitucionalista**, que está impregnada no solo en los jueces y demás operadores jurídicos, sino también en las distintas instituciones u órganos del estado.

## 2.5. PONDERACIÓN

Desde la teoría de la ponderación se entiende que los principios no pueden ser aplicados directamente cuando en el caso en concreto hay otros principios que pueden ser invocados y que se contraponen entre sí. ¿Significa esto un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política?, la respuesta del garantismo es un rotundo sí. Se pone además atención a la posibilidad de que los jueces puedan crear nuevos derechos y ejercer así un poder (legislativo) que no le corresponde, pero incluso, si estamos hablando de derechos constitucionales, la intromisión no solo sería a nivel legislativo sino también intromisión al poder constituyente, esto deslegitimaría el fundamento del designio político del poder judicial y por tanto la misma idea de separación de poderes, que es esencial en un estado constitucional de derecho. De este modo, al tiempo que se debilita el carácter vinculante de las normas constitucionales a pesar de su rigidez, se avala a través de la contraposición de la ponderación a la subsunción, el debilitamiento del carácter tendencialmente cognoscitivo, en el que reside su fuente de legitimación, y se promueven y alientan tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial.

La crítica del garantismo a la ponderación no va dirigida a subestimarla o a buscar dejarla de lado por completo, de hecho se resalta la importancia de este método de interpretación y aplicación, así como la importancia de la teoría estándar de la argumentación jurídica desarrollada por autores como Alexy, McCormick o Atienza. Se rescata el papel que juegan la ponderación a nivel de producción legislativa, que es fisiológica en la esfera de las decisiones políticas, para que no entren en conflicto, por

acción o por omisión, con las normas constitucionales; así también, el papel de la ponderación a nivel jurisdiccional, en los espacios de la interpretación judicial, también estos fisiológicos y que ciertamente son, a menudo, más amplios e indeterminados cuando las normas tienen la forma no de reglas sino de principios. Igualmente, en cuanto a la argumentación jurídica, se valora su importancia, ya que se dirige a fundar la racionalidad del ejercicio discrecional del poder judicial, el garantismo reconoce aquí que no se puede negar ciertos espacios de discrecionalidad a la actividad jurisdiccional. Recordemos que uno de los postulados del positivismo es justamente la adjudicación de cierto grado de discrecionalidad a la actividad del juez, pero no en el sentido de aptitud para crear derecho.

Delimitemos primero, por lo tanto, a qué se contrapone exactamente el garantismo en relación a la ponderación. En palabra de Ferajoli:

*“...mi crítica no se dirige al rol de la ponderación en la actividad de producción del derecho. Se dirige, más bien, a la excesiva ampliación del mismo en la actuación legislativa y en la interpretación jurisdiccional de las normas constitucionales. En otras palabras, se refiere al excesivo alcance empírico que se asocia a la noción de ponderación, que, al contrario, es tan limitado como el de la distinción entre reglas y principios”<sup>97</sup>*

Esta cita nos muestra que el garantismo solo se pronuncia contra el exceso, no contra el concepto ni con la idea originaria del papel de la ponderación, que por demás se considera de especial relevancia para el derecho. Estamos hablando de un exceso cualitativo, por la abrupta dimensión que se le otorga a la ponderación en su relación con la interpretación y aplicación de los llamados principios; y de un exceso cuantitativo, por su uso desmedido, que en todo caso debería ser muy restringido. Esta última idea también se encuentra presente en autores como Atienza, quien al desarrollar el papel de la ponderación estima que se debe invocar solo en ciertos casos y desde determinada jurisdicción, los casos aquí están determinados por algunos presupuestos como la necesidad de invocar derechos fundamentales o la imposibilidad de resolver el caso con las fuentes jurídicas que se tienen a mano; en cuanto a la jurisdicción, según Atienza solo las cortes de vértice deberían invocar la ponderación, mas no las de primeras instancias. El ámbito de la ponderación, entonces, sería, o debería ser, más restringido. En principio, para el garantismo, solo son pasibles de ponderación los denominado *principios directivos*, ya que los *principios regulativos* son, en primer

---

<sup>97</sup> *Ibidem* p. 45

término, son vinculantes e indefectibles si no encuentras límites en normas del mismo nivel, los límites en este caso deben estar directamente expresado por reglas, la ponderación solo se presentaría cuando el límite está dispuesto por principios directivos, por ejemplo, el principio genérico de la seguridad, en la medida que este se halle expresamente formulado por normas de igual nivel o jerarquía. En el caso de los derechos sociales, las normas que los enuncian, serían regulativos en cuanto a la obligación y exigencia de su cumplimiento y directivos en cuanto al cómo de su cumplimiento.

La ponderación jurisdiccional, vista desde el tamiz del garantismo, adquiere un especial significado, no previsto desde las posiciones neoconstitucionalistas, ya que se la entiende como una versión renovada del tradicional método sistemático de interpretación de normas, consistente en la interpretación del sentido de una norma a la luz y en relación a todas las demás del sistema, pero con la atingencia que la ponderación tiene el defecto de ampliar indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley, esto debido a como se concibe la ponderación en relación a la discrecionalidad del juez para derrotar principios según criterios que pueden tener un gran grado de subjetividad. La ponderación se concibe como una operación, en virtud de la cual, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, sin que el primero sea considerado inválido o el segundo prevalente en virtud del principio de especialidad, esto crea el riesgo de comprometer no solo la sujeción del juez a la ley, sino también, la certeza, igualdad y seguridad de la aplicación de la ley y demás fuentes del derecho.

Como habíamos visto, cuando tratamos exclusivamente el tema de la ponderación, uno de los conceptos base de su sustento teórico y práctico está en la ley de colisión, según la cual, la regla en que se resuelve la ponderación se establece según las circunstancias fácticas del caso en concreto, que va a determinar de acuerdo a sus particularidades que principio prevalece. Este planteamiento es resaltado por el garantismo para poner en tela de juicio cuál es el objeto de la ponderación, si es que es cierto que en realidad lo que se ponderan son los hechos y no los principios. Esta tesis es muy interesante ya que, si revisamos la teoría más estandarizada de la ponderación, vemos que su resolución va estar supeditada en gran parte a las circunstancias de hecho del caso que se resuelva, vemos en la práctica como casos que involucran los mismos derechos fundamentales en ponderación pueden ser resueltos de manera distinta justamente porque los hechos no son los mismos. Vista así la ponderación, Ferrajoli la equipara a una actividad fisiológica, correspondiente, en gran parte, a la

dimensión equitativa de todo juicio, como puede suceder en diferentes ámbitos del derecho, algunos ejemplos: en el derecho penal, la ponderación entre circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes del delito, unas y otras expresadas en forma de reglas; la ponderación que requiere la valoración de circunstancias eximentes, como el estado de necesidad o la legítima defensa; la ponderación impuesta por el principio de proporcionalidad de la pena, ya sea en abstracto o en concreto, en función de la gravedad del hecho cometido; la valoración sobre la base de la ponderación de intereses contrapuestos del daño injusto previsto generalmente en los códigos civiles como presupuesto de la responsabilidad civil. Estos ejemplos nos muestran como, en realidad, la ponderación no es exclusiva de los principios, si no que se encuentra de diversas formas en todo el derecho, incluso con mayor seguridad ya que los criterios que se manejan en esos otros casos de ponderación suelen estar positivados. El garantismo se enfoca en diferenciar entre la tesis neconstitucionalista, según la cual, los principios son ponderables porque, tanto estructural como conceptualmente se encuentran en constante conflicto, en otras palabras, esta hipótesis se desenvuelve teniendo como premisa esta naturaleza conflictual de los principios y no el carácter normativo de aplicabilidad de estos que sí es lo esencial para el garantismo, el cual además hace un paralelo de este carácter de los principios con las reglas, sin negar la ponderación en el caso de los principios directivos para delimitar sus límites. Esto daría como resultado que todos los conflictos entre normas de grado diverso y los incumplimientos de normas supra-ordenadas, dan lugar no a conflictos solucionables por los intérpretes mediante la argumentación y la ponderación, sino, más bien, a antinomias y lagunas estructurales, es decir a vicios consistentes en violaciones de reglas o de principios regulativos que solo pueden ser removidos por intervenciones reparatoras a través de la anulación jurisdiccional de las normas inválidas y por la producción legislativa de las normas que faltan.

## **2.4. MARCO CONCEPTUAL**

### ***a. Neoconstitucionalismo***

Comprende las diferentes teorías del constitucionalismo después de la segunda guerra mundial. Son muchas las vertientes, varían de acuerdo a diferentes tendencias doctrinarias, o incluso a cada autor que trata el tema.

### ***b. Casos fáciles y Casos difíciles***

La teoría de los casos fáciles y casos difíciles es una de las más influyentes a nivel iusfilosóficos, pero con importante incidencia en la práctica. En este sentido se dice que son casos fáciles aquellos en los que el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica, el caso concreto y demás elementos jurídicos son los suficientemente claros y no ofrecen mayor problema a la hora de subsumir. En el otro lado, los llamados casos difíciles se pueden dar por la indeterminación del lenguaje normativo, vaguedad, ambigüedad, por la difícil verificación de los hechos concretos o por la falta o no fácilmente determinable consecuencia jurídica.

### ***c. Argumentación e Interpretación***

Aunque se refieren a dos momentos distintos, semánticamente son similares y tienen el mismo fin: la búsqueda de encontrar respuestas a casos concretos estableciendo parámetros de corrección.

### ***d. Defeasibility o Derrotabilidad Normativa***

Del verbo “defeat” (derrotar), es la teoría que toma en cuenta todas las alternativas posibles de interpretación en las normas que se encuentran como supuestos que se establecen en razón a su propio alcance conceptual, es decir interpretaciones que nacen según el significado que pueda adquirir cada enunciado normativo según las posibilidades que se puedan presentar en la realidad. Por ejemplo: Si tenemos una norma que dispone un límite de velocidad en un tramo de cierta carretera, tenemos que esta regla puede ser derrotada si consideramos las diferentes hipótesis que se pueden dar en la realidad. Si bien la regla establece un límite de velocidad, este está dirigido a cautelar la seguridad de los propios conductores o de los transeúntes según sea el caso. Si partimos de esto, podríamos decir que si se trata de un auto que lleva una embarazada que necesita urgentemente llegar al hospital, la norma es derrotable en un sentido teleológico ya que cumplirla más bien contravendría el propósito para el que fue regulada.

### ***e. Filosofía Analítica y Hermenéutica***

Dos de las materias filosóficas más importantes para el derecho del siglo XX. De hecho, hay quien ha afirmado que el confrontamiento entre ambas ha reemplazado el

de antaño entre ius positivismo y ius naturalismo. La influencia más notable de la primera como filosofía del lenguaje es en la teoría de la norma jurídica en su ámbito semántico. Tenemos así la distinción entre enunciado proposicional y proposición llevada a la distinción entre enunciado normativo y norma jurídica.

## **2.5. MARCO LEGAL O FORMAL**

- Constitución peruana
- Jurisprudencia nacional
- Jurisprudencia Interamericana

## **3. OBJETIVOS**

### **3.1. OBJETIVO GENERAL**

Demostrar que a pesar del importante aporte a la filosofía, teoría y derecho constitucional del Garantismo de Luigi Ferrajoli, este no es suficiente para dar respuesta a la compleja realidad actual.

### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

#### **OBJETIVO ESPECÍFICO 1:**

Explicar cómo el Constitucionalismo Principialista sigue siendo el camino más sólido, a pesar de sus posibles deficiencias.

#### **OBJETIVO ESPECÍFICO 2:**

Determinar las ventajas y desventajas del Constitucionalismo Principialista y el Garantismo en: DDF, Ponderación, relación Derecho – Moral, división Reglas – Principios, Democracia y Activismo Judicial.

## **4. HIPÓTESIS Y VARIABLES**

### **4.1. HIPÓTESIS**

#### **4.1.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL**

El Garantismo de Luigi Ferrajoli ha dejado importantes aportes a la filosofía, teoría y derecho constitucional, pero no es suficiente para dar respuesta a la compleja realidad actual.

#### **4.1.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**

##### **HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1:**

El Constitucionalismo Principialista sigue siendo el camino más sólido y con mejores respuestas.

##### **HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2:**

El Constitucionalismo Garantista y el Constitucionalismo Principialista tienen diversas ventajas y desventajas en los 5 temas analizados: DDFF, Ponderación, relación Derecho – Moral, división Reglas – Principios, Democracia y Activismo Judicial.

### **4.2. VARIABLES**

#### **4.2.1. VARIABLES**

##### ***Variable X:***

Constitucionalismo principialista-neoconstitucionalismo

##### ***Variable Y:***

Garantismo Positivista

#### **4.2.2. INDICADORES**

##### **INDICADORES DE LA VARIABLE X:**

- Ponderación
- Activismo del Poder Judicial.

#### **INDICADORES DE LA VARIABLE Y:**

- Garantismo de los derechos fundamentales.
- Idea de legitimidad.

## **II. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS**

### **2.1. TIPO, NIVEL Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

#### **2.1.1. Tipo de Investigación**

Por su FINALIDAD el trabajo desarrollado corresponde a una Investigación Básica, se presentan conocimientos sobre el tema investigado.

Por su NIVEL DE PROFUNDIDAD la investigación llevada a cabo se enmarca dentro de una Investigación Correlacional.

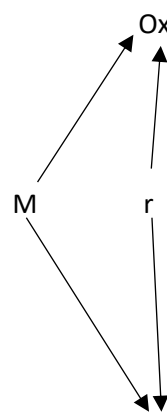
Por su RELACIÓN CON EL DERECHO la investigación realizada corresponde a una Investigación Dogmática.

#### **2.1.2. Nivel de Investigación**

El Nivel de la Investigación corresponde a una Investigación Correlacional, se ha buscado

#### **2.1.3. Diseño de la Investigación**

El Diseño en una investigación, es la representación gráfica del trabajo que se realizará con las variables en estudio, en la investigación llevada a cabo se hizo uso del Diseño Descriptivo Correlacional, que a continuación se presenta:



Oy

En donde:

M: Es la muestra de Material Bibliográfico consultado; Operadores de Justicia.

Ox: Constitucionalismo y Neoconstitucionalismo

Oy: Garantismo Positivista de Ferrojoli.

r : factor de correlación.

## **2.2. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN**

Durante el desarrollo de la Investigación se aplicarán los siguientes métodos (métodos propios de la investigación jurídica).

### **2.2.1. Dogmático o Teórico – científico**

La teoría o dogmática jurídica nos ofrece herramientas de gran importancia para el estudio del derecho en general. Un enfoque meramente práctico cae, más de las veces, en la repetición de fórmulas racionalmente inconsistentes, que no lleva tras de sí el sustento científico-jurídico requerido para una comprensión cabal de gran parte de las instituciones jurídicas.

### **2.2.2. Del Discurso Descriptivo y del Discurso Práctico**

El estudio del derecho puede requerir del uso del metalenguaje jurídico, el cual se desenvuelve dentro del denominado discurso descriptivo o teórico; este es usado por las ciencias tradicionales y hasta cierta medida por las ciencias sociales y la ciencia jurídica, siempre y cuando tengamos en cuenta el marco conceptual del paradigma de las ciencias del siglo XX en adelante (el derecho es ciencia si se le entiende dentro de este paradigma, no desde el tradicional). Pero el derecho es

también, y en realidad, sobre todo, es Discurso Práctico, porque se encuentra dentro del mundo del *deber ser* (partiendo de la diferenciación neokantiana entre el mundo *del ser* y del *deber ser*), de las prescripciones, de los mandatos, prohibiciones y permisiones y también porque usa el lenguaje natural común sin el cual no podría llegar a todos los que deben acatarlo. Por lo tanto, la presente investigación, además de tener el carácter teórico mencionado, discurre en el llamado discurso práctico.

## 2.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

### 2.3.1. POBLACIÓN.

La población considerada en la presente investigación se circunscribió en 30 Especialistas en la materia de Derecho Constitucional, también se recurrieron a textos relacionados con esta disciplina del Derecho.

### 2.3.2. MUESTRA.

La Muestra tomada en consideración fue de 30 individuos, es decir, toda la Población.

## III. RESULTADOS

### 3.1. RESULTADOS OBTENIDOS CON LA GUÌA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

**TABLA N° 01**

¿La ponderación en las decisiones tomadas por los operadores de justicia se encuentra en textos consultados?

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

## INTERPRETACIÓN

En la tabla N° 01 se muestra que en el 100% de textos consultados para la realización de la presente investigación los autores consideran la ponderación como un elemento a tomar en cuenta para las decisiones de los operadores de justicia.

**TABLA N° 02** Los autores consultados coinciden en que el tema de la ponderación ¿Es muy importante en la Administración de Justicia?

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

## INTERPRETACIÓN

En la tabla N° 02 se puede apreciar que los autores consultados coinciden en que el tema de la ponderación es muy relevante para la Administración de Justicia, ya que eso evita que se tomen decisiones arbitrarias de parte de los Jueces, Vocales Superiores, Vocales Supremos.

**TABLA N° 3** ¿Constitucionalismo Principalista y Neoconstitucionalismo tienen puntos en común?

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

## INTERPRETACIÓN

En la Tabla N° 03 se detalla lo relacionado a los puntos en común existentes entre el Constitucionalismo Principalista y el

Neoconstitucionalismo, habiéndose llegado a concluir que son más las coincidencias que las diferencias.

**TABLA N° 04**                      **¿El Neoconstitucionalismo con sus defensores plantean nuevas ideas en el campo del Derecho Constitucional?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

#### **INTERPRETACIÓN**

En la tabla N° 04, se puede apreciar otro de los resultados obtenidos con la Guía de Análisis Documental, ya que en los libros objeto de estudio se ha podido discernir que el Neoconstitucionalismo plantea ideas novedosas en el campo del Derecho Constitucional, la primera, corresponde a un reporte acerca del estado actual de las fuentes formales del Derecho, la segunda a una propuesta descriptiva del problema de las lagunas jurídicas, la tercera a una reconstrucción de las denominadas lagunas axiológicas en el Estado Constitucional, la cuarta a una tesis sobre la Ciencia Jurídica y la última a una propuesta sobre la labor del juez en el contexto ya descrito.

**TABLA N° 5**                      **¿La mayor parte de los operadores de justicia cumplen con la ponderación en los fallos que emiten?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	8	80%
NO	2	20%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

#### **INTERPRETACIÓN**

En la tabla N° 05, a partir de los datos encontrados en los textos se puede deducir que un 80% de los autores dan a entender que los operadores de justicia en la actualidad cumplen con la ponderación en los fallos que emiten, mientras que un 20% dan a entender que no se cumple en tomar en cuenta el tema de la ponderación.

**TABLA N° 6**                      **¿Los textos consultados definen adecuadamente el activismo del Poder Judicial?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	06	60%
NO	04	40%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

### **INTERPRETACIÓN**

En la tabla N° 06, se visualiza con claridad que un 60% de los textos consultados dan a entender con bastante objetividad el activismo del Poder Judicial en la Administración de Justicia correcta, mientras que un 40% no consideran relevante el activismo, porque este está supeditado a como se desenvuelvan los demás operadores de justicia.

**TABLA N° 7**                      **¿Propuesta enmarcada en el Activismo del Poder Judicial contribuye con la correcta administración de justicia según los autores citados?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	8	80%
NO	2	20%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

### **INTERPRETACIÓN**

La tabla N° 07, muestra que un 80% de los autores consultados hacen mención que cuando el Poder Judicial refleja activismo permanente en sus decisiones se produce una correcta Administración de Justicia, mientras que en un 20% de los textos motivo de estudio se puede deducir que le dan poca importancia a la consideración del activismo por parte de los Jueces, Vocales.

**TABLA N° 8**                      **¿Los aportes de los autores sobre Activismo del Poder Judicial son entendibles?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
--	----------	-----------

SI	10	100%
NO	00	0%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

### INTERPRETACIÓN

En la tabla N° 08, se tiene que el aporte de los autores de los textos consultados en un 100% son claros en cuanto a su análisis del Activismo desde el Poder Judicial, por lo que se puede dejar sentado que estos son entendibles por parte de quienes los consultan.

**TABLA N° 9**                      **¿Las propuestas realizadas por el Activismo del Poder Judicial son aplicables?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

### INTERPRETACIÓN

En la tabla N° 09, el 100% de los textos motivo de análisis, hacen referencia que viendo al activismo del Poder Judicial desde un punto de vista coherente este puede contribuir con sugerencias de normas legales en donde se detectan vacíos, sin que esto signifique que pueda invadir los fueros que corresponden al Poder Legislativo por que sino pondría en peligro el Estado de Derecho.

**TABLA N° 10**                      **¿Existe información objetiva sobre el Activismo del Poder Judicial estudiado?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	8	80%
NO	2	20%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>



<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>
--------------	-----------	-------------

### INTERPRETACIÓN

En la tabla N° 12 se evidencia el punto de vista de los encuestados en cuanto a la pregunta planteada, así tenemos que para el 100% de ellos el respeto a los derechos fundamentales es vital, cuando de administración de justicia se trata, ya que de no ser de esa manera lo que existiría sería injusticia.

**TABLA N° 13** **¿Hay derechos fundamentales que en la actualidad no son respetados por los operadores de justicia?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	20	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

### INTERPRETACIÓN

En la Tabla N° 13 se detalla la opinión de las personas consultadas, para el 100% de ellos la respuesta fue unánime, aún en la actualidad hay derechos fundamentales que no son respetados por los operadores de justicia, ya que sus actuaciones no se ajustan a los plazos establecidos, no se consideran los argumentos presentados, por otro lado, muchos abogados incumplen el juramento que realizaron al momento de Colegiarse como tales, entre otros argumentos.

**TABLA N° 14** **¿La preparación que tienen los operadores de justicia garantiza el respeto a los derechos fundamentales?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	20	100%
NO	0	0%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

### INTERPRETACIÓN

En la tabla N° 14, se muestran los puntos de vista de los usuarios en cuanto a la preparación que deberían tener los operadores de justicia para garantizar el respeto a los derechos fundamentales, es así que el 100%

fue de la opinión que este aspecto es básico, ya que ello permite que todo lo actuado en los diferentes procesos se base en los conocimientos, habilidades, destrezas, capacidades, competencias de las personas que tienen que ver con la Administración de Justicia.

**TABLA N° 15**                      **¿En nuestro país se respetan a cabalidad los derechos fundamentales?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	50%
NO	10	50%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

#### **INTERPRETACIÓN**

En la tabla N° 15, se tienen las opiniones de los encuestados, para un 50% de estos, si se respetan los derechos fundamentales, pero, para otro porcentaje similar no se respetan, con esto se refuerza lo manifestado en la Tabla N° 11, siendo motivo de preocupación para que todos los que administran justicia en el país se preocupen por en el día a día de ejercicio de sus funciones modificar esta percepción negativa.

### **3.3. RESULTADOS OBTENIDOS CON EL CUESTIONARIO SOBRE GARANTISMO POSITIVISTA DE FERROJOLI.**

**TABLA N° 16**                      **¿Los justiciables conocen el significado de legitimidad?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	50%
NO	10	50%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

#### **INTERPRETACIÓN**

En la tabla N° 16 se tiene que el 50% de los encuestados si tiene una idea bien formada sobre lo que se entiende por legitimidad, pero, el otro 50% no tiene bien fijada la concepción de legitimidad, por lo que es importante que los operadores de justicia tengan la suficiente paciencia para explicar

a los usuarios de la Administración de Justicia, la relevancia de la legitimidad en cada uno de los aspectos que se tratan al interior de los Despachos del Poder Judicial.

**TABLA N° 17**                      **¿Se aplica oportunamente la legitimidad en las decisiones judiciales?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	50%
NO	10	50%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

**INTERPRETACIÓN**

En la Tabla N° 17, se puede visualizar cuál es la posición de los encuestados respecto a la aplicación oportuna de legitimidad en las decisiones judiciales, así tenemos que para el 50% si se aplica, mientras que para el otro 50% este concepto no se aplica, en este último aporte, las personas que contestaron esta pregunta negativamente fundamentaron su posición en que en ocasiones a Jueces que debido a su provisionalidad no resuelven como corresponde, así también en el caso de los Jueces, Vocales que son nombrados como tal en muchas oportunidades sus decisiones han tomado decisiones en cuestiones que no deberían haberlo hecho, por lo que han sido recusados y en pocas ocasiones sancionados ejemplarmente.

**TABLA N° 18**                      **¿La Administración de Justicia en el país viene cumpliendo con la idea de legitimidad?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	17	85%
NO	3	15%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

**INTERPRETACIÓN**

En la tabla N° 18 se tiene la opinión de los encuestados sobre cumplimiento de legitimidad de parte de los Operadores de Justicia, para un 85% si se

cumple, mientras que un 15% expresó que no, por diversas situaciones que se presentan, como las decisiones fuera de tiempo, el requerimiento de pruebas innecesarias, el incumplimiento de tomar en cuenta jurisprudencias existentes sobre casos similares, entre otras razones.

**TABLA N° 19** **¿En ocasiones se vulnera la idea de legitimidad?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	12	60%
NO	8	40%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

#### **INTERPRETACIÓN**

En el cuadro N° 19 se recoge las opiniones de las personas consultadas, es así que para el 60% si se vulnera la legitimidad, mientras que para el 40% restante no se vulnera, para los que respondieron en sentido afirmativo, las razones expuestas coinciden con las mencionadas en la interpretación de la Tabla anterior.

**TABLA N° 20** **¿Los organismos autónomos del Estado, el Poder Judicial aplican con regularidad la idea de legitimidad?**

	<b>F</b>	<b>F%</b>
SI	10	50%
NO	10	50%
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>100%</b>

#### **INTERPRETACIÓN**

En la tabla N° 20, se tiene que el 50% de los encuestados fue de la opinión que los organismos autónomos del Estado, dentro de estos el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, aplican con regularidad la legitimidad, mientras que el otro 50% expresó que no lo hacen ya que la mayoría de ellos no atienden, no cumplen sus funciones de la mejor manera posible, en ocasiones su lentitud permiten que se consoliden las injusticias, por eso se sienten decepcionadas.

### **3.4. VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS**

#### **3.4.1. VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECIFICA N° 01**

La Hipótesis Específica N° 01 planteaba “Entre la ponderación planteada por el neoconstitucionalismo y el garantismo de los derechos fundamentales planteadas por Luigi Ferrojoli, existe una relación muy estrecha”, para contrastar y validar esta Hipótesis recurrimos a los resultados presentados en las Tablas 01 a la 05, en donde se tienen resultados relacionados a la ponderación planteada por el neoconstitucionalismo y las Tablas 11 a la 15 en donde se exponen los resultados respecto al garantismo de los derechos fundamentales propuestas por Luigi Ferrojoli, de donde se deduce que para garantizar el respeto irrestricto a los derechos fundamentales es de suma importancia la ponderación de la cual hagan uso los Operadores de Justicia para lograr que los usuarios del Poder Judicial, de los Organismos Autonomos del Estado se sientan conforme con el trato dado a sus casos, por todo lo expuesto esta Hipótesis queda contrastada y validada.

#### **3.4.2. VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS ESPECIFICA N° 02**

En la Hipótesis Específica N° 02 se propuso que “Entre el activismo del Poder Judicial y la idea de legitimidad planteada por Luigi Ferrojoli, existe una relación muy significativa”, para contrastar y validar esta Hipótesis acudimos a los resultados plasmados en las Tablas 06 a la 10 en cuanto al activismo del Poder Judicial y a los resultados presentados en las Tablas 16 a la 20 relacionadas a la idea de legitimidad planteada por Luigi Ferrojoli, con las cuales se demuestra la estrecha relación que hay entre el activismo del Poder Judicial, expresado en detectar los vacíos de algunas leyes para plantear propuestas objetivas de modificación, corrección y la idea de legitimidad planteada por el estudioso en estudio, entendida esta como la seguridad de los operadores de justicia al momento de tomar las decisiones más adecuadas para cada uno de los casos que se le presentan, de esta manera se da por contrastada y validada la Hipótesis en referencia.

#### **3.4.3. VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL**

En la Hipótesis Principal se planteaba que “Entre constitucionalismo principalista y neoconstitucionalismo y el garantismo positivista de Luigi Ferrajoli, existe una relación directa” esta Hipótesis queda contrastada y validada al haberse contrastado y validado las Hipótesis Específicas, ya que estas se desprenden de la Hipótesis General.

#### **IV. DISCUSIÓN**

En lo que corresponde a esta parte del trabajo tenemos que en la Hipótesis Específica N° 01 se propuso que “Entre la ponderación planteada por el neoconstitucionalismo y el garantismo de los derechos fundamentales planteadas por Luigi Ferrajoli, existe una relación muy estrecha”, los resultados presentados en las Tablas 01 a la 05, en donde se tienen resultados relacionados a la ponderación planteada por el neoconstitucionalismo y las Tablas 11 a la 15 en donde se exponen los resultados respecto al garantismo de los derechos fundamentales propuestas por Luigi Ferrajoli, de donde se deduce que para garantizar el respeto irrestricto a los derechos fundamentales es de suma importancia la ponderación de la cual hagan uso los Operadores de Justicia para lograr que los usuarios del Poder Judicial, de los Organismos Autónomos del Estado se sientan conforme con el trato dado a sus casos, por todo lo expuesto esta Hipótesis queda contrastada y validada. Esta Hipótesis se respalda en el trabajo desarrollado por Morales Luna, F (2013) quien en su Artículo UN ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LAS CONCEPCIONES METAÉTICAS EN LAS TEORÍAS DE LUIGI FERRAJOLI Y MANUEL ATIENZA para el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, hace las siguientes conclusiones: “Tanto Ferrajoli como Atienza coinciden en que las cuestiones morales pueden ser sometidas y resueltas mediante una discusión racional. Para ambos, los debates éticos son genuinos y pueden ser racionalmente discutidos y acordados pues expresan algo más que meras preferencias subjetivas”. “Considerando los niveles y gradualidad del objetivismo moral, Ferrajoli y Atienza serían objetivistas morales en el plano ontológico y epistémico mas no en el plano semántico. Semánticamente, asumirían posiciones que conllevarían la justificación racional de los debates y decisiones sobre las cuestiones morales, mas no su verdad”. “Hay buenas razones para reservar el cognoscitivismo moral a una concepción de verdad como correspondencia. El que la ética no tenga verdad pone el énfasis en la libertad y responsabilidad individual, evitando las imposiciones de dogmatismos que reivindiquen una ética pretendidamente

verdadera". "Entre Ferrajoli y Atienza no hay desacuerdos en cuestiones éticas y metaéticas, salvo en la terminología. Por ello, estipulando categorías que se correspondan con sus posiciones en el debate, de ambos podría decirse que son objetivistas en sentido mínimo en el plano ontológico; racionalistas en el plano epistémico y no cognoscitivistas en el plano semántico. En suma, asumen un objetivismo ético, mínimo, es decir, racionalista". A su vez, en el Marco Teórico que respalda a esta Hipótesis tenemos que "Para el Garantismo los derechos fundamentales no son otra cosa que las inmunidades o facultades reconocidas a todos, aquellas libertades atribuidas a ciertas "personas", "ciudadanos" y/o "sujetos con capacidad de obrar" por las normas de un determinado ordenamiento jurídico. Por este motivo, son constitutivos de la igualdad y del valor del individuo en el sentido de que se trata de expectativas "cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad"<sup>98</sup>. Todos los poderes del Estado deben ponerse al servicio de estos derechos, sobre todo 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 satisfacción a los derechos sociales. Dado esto, observa Ferrajoli que los derechos fundamentales son de dos tipos, a saber: o son derechos de libertad, "que son *derechos de* (o *facultades* de comportamientos propios) a los que corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer)"; o son derechos sociales, que "son *derechos a* (o *expectativas* de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder *obligaciones* o deberes públicos de hacer".

A su vez en la Hipótesis Específica N° 02 se planteó que "Entre el activismo del Poder Judicial y la idea de legitimidad planteada por Luigi Ferrajoli, existe una relación muy significativa", los resultados plasmados en las Tablas 06 a la 10 en cuanto al activismo del Poder Judicial y a los resultados presentados en las Tablas 16 a la 20 relacionadas a la idea de legitimidad planteada por Luigi Ferrajoli, con las cuales se demuestra la estrecha relación que hay entre el activismo del Poder Judicial, expresado en detectar los vacíos de algunas leyes para plantear propuestas objetivas de modificación, corrección y la idea de legitimidad planteada por el estudioso en estudio, entendida esta como la seguridad de los operadores de justicia al momento de tomar las decisiones más adecuadas para cada uno de los casos que se le presentan, lo expuesto guarda una estrecha relación con el trabajo desarrollado por Janampa Almora, J.J. (2018) en su Tesis "La erosión de la Constitución en el constitucionalismo de los principios. Una

---

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1997, pp. 908 – 909.

revisión crítica a los presupuestos jurídico-filosóficos” para la Universidad Nacional “San Cristobal de Huamanga” de Ayacucho-Perú, arribó a las siguientes Conclusiones: “La transformación del Derecho se produce en el constitucionalismo de los principios que es el sintagma que se utiliza para calificar de mejor manera a ciertas posturas que defienden una filosofía jurídica y una teoría del Derecho (Ronald Dworkin y Robert Alexy) dejando de lado el uso común denominado “neoconstitucionalismo” porque éste último representa ciertos problemas como el carácter general, complejo, nada novedoso, confuso, equívoco, ambiguo y vago. La pronunciación es elemental pues el constitucionalismo de los principios en este caso debe ser entendido como “el planteamiento de los límites al poder” en sentido de superación del positivismo tendencialmente iusnaturalista y esta encuentra razón en el uso del otro vocablo “de los principios” pues es a través de este complemento por el que la moral ingresa al Derecho. En este sentido, la relación de estos supuestos conviene en la reconstrucción de los sistemas jurídicos que mantienen defectos morales. “Teniendo en cuenta la pretensión del constitucionalismo de los principios en los actuales sistemas jurídicos contemporáneos este se puede desdoblar en diversos planos de enfoque, es decir, puede entenderse como un tipo de Estado de Derecho, como una filosofía política como una teoría del Derecho y como una filosofía jurídica. Cabe precisar que el surgimiento de este constitucionalismo se da a partir de la revisión y reflexión crítica frente a un tipo positivismo jurídico como el decimonónico que se gesta en el modelo de Estado liberal de Derecho en el que se defiende la tesis de la soberanía popular con un contenido conceptual fuerte, la separación de poderes y la codificación del Derecho; en la teoría del Derecho se defiende el imperio de la ley como única fuente del Derecho, en la teoría de la norma la relevancia de las reglas; y, en la teoría de la interpretación la tesis de la figura del juez autómatas o mecánico. A nivel de la filosofía jurídica el positivismo metodológico se caracteriza por la clara distinción entre derecho real y el derecho ideal o como bien se ha señalado entre el derecho que es y el derecho que debe ser, donde el jurista debe ocuparse sólo del primero, asumiendo frente al Derecho una actitud avalorativa o éticamente neutral. “El surgimiento del constitucionalismo de los principios responde a un dato histórico-jurídico en el que tiene que ver con la incorporación de los derechos (principios) en la cúspide de la Constitución proceso que se denominó la positivización de la moral en el Derecho, pero no sólo ello, sino también con la incorporación de la moral a través del razonamiento jurídico y que termino por calificarse como la moralización del Derecho”, además de lo planteado esta Hipótesis tiene en el Marco Teórico alcanzado en este trabajo de investigación aportes importantes como “La idea de lo que es o no legítimo en el derecho ha ido de la mano del compromiso con una particular concepción del derecho. Desde el positivismo legalista el derecho es

legítimo toda vez que se encuentre positivizado en normas escritas, sin importar el contenido; desde el iusnaturalismo la legitimidad se entiende desde la suposición de valores morales que deben estar concretizados en las normas jurídicas, lo jurídico se establece solo a partir de la conformación del derecho a dichos valores objetivos; desde el postpositivismo la legitimidad se entiende desde las fuentes del derecho institucionalizadas pero teniendo presente un mínimo de objetivismo moral que las guía, en este caso las normas no son legítimas solo por estar escritas, aunque este es el primer supuesto para la legitimidad.

La idea de legitimidad en Ferrajoli toma un sentido diferente dado que este autor no quiere comprometerse con valores específicos. Tenemos así dos tipos de legitimación: *legitimación externa o justificación* y *legitimación interna o legitimación en sentido estricto*. La primera está integrada por criterios de valoración moral o políticos de tipo extra o meta-jurídicos, es decir, *razones externas o del Derecho*, mientras que la segunda se identifica con pautas normativas cristalizadas dentro del marco del ordenamiento jurídico, como criterios jurídicos de valoración, es decir, *razones internas o de Derecho*. Por lo tanto, la legitimación externa se identifica con lo que tradicionalmente se entiende por justicia, de modo que las normas se consideran legítimas, si se ajustan a ciertos criterios políticos o morales. Por otra parte, la legitimación interna se identifica con lo que tradicionalmente se ha entendido por validez, de modo que lo importante es determinar si las normas pertenecen al ordenamiento, para lo cual deben cumplir las exigencias que éste último establece. Este enfoque es preferido al tradicional por dos razones: porque utiliza expresiones más genéricas y menos comprometedoras, en cuanto no se refieren a valores sino a puntos de vista normativos y no aluden a una teoría iuspositivista o iusnaturalista sobre la justicia o validez. Especialmente la legitimación externa, no sólo se refiere a motivos éticos o políticos, sino también a criterios de diversa índole, como de oportunidad, prácticos o funcionales”.

En la Hipótesis Principal se dejó planteado que “Entre constitucionalismo principalista y neoconstitucionalismo y el garantismo positivista de Luigi Ferrajoli, existe una relación directa” este planteamiento a quedado contrastada y validada con los datos presentados en la validación de las Hipótesis Específicas 1 y 2, por lo que no es motivo de discusión, para no caer en redundancia.

## **V. CONCLUSIONES**

- 1) El Garantismo constituye uno de los aportes más importantes para la filosofía, teoría y derecho constitucional del siglo XX por su altísima sistematicidad, análisis crítico de diferentes conceptos e instituciones jurídicas y reflexión sobre aspectos prácticos. A pesar de esto, no es suficiente para explicar y dar respuesta a la compleja realidad actual.
- 2) El Constitucionalismo Principialista, a pesar de sus deficiencias y riesgos en su aplicación, sigue siendo el camino más sólido.
- 3) Los autores que critica Ferrajoli sí consideran el carácter institucional del derecho. La definición garantista de Democracia Constitucional es uno de sus aportes más importantes. Es necesario una cuota de objetivismo moral. La crítica a la división principio y reglas no toma en cuenta del todo el carácter normativo de los principios. El test de Ponderación presenta incertidumbre sobre todo en el tercer paso (proporcionalidad en sentido estricto).

## **VI. RECOMENDACIONES**

- 1) A las autoridades de la Universidad Nacional “San Luis Gonzaga” de Ica, para que desde la Facultad de Derecho y Ciencia Política le den importancia a temas como el tratado que permiten conocer, profundizar la doctrina.
- 2) A las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencia Política para que se organicen y lleven a cabo Mesas de Discusión de temas como el trabajado en la investigación presentada.
- 3) A los responsables del Colegio de Abogados de Ica, para que dentro de su estructura organizativa implementen una Oficina desde la que se cuenten con Especialistas en la materia trabajada.

- 4) A los Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencia Política para que se interesen en este tema y continúen investigándolo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *“Teoría de la Argumentación Jurídica”*, Palestra, Lima, 2010.

ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de estudios político y constitucionales, Madrid, 2007.

ALEXY, Robert, *“El concepto y la validez del derecho”*, editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

ALEXY, Robert, *“Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”*, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 11, enero-junio 2009.

ALEXY, Robert, *“Los derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad”*, en: Revista española de Derecho Constitucional, N°91, enero/abril, 2011.

ATIENZA, Manuel, *“Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”*, Observatorio de Jurisdicción constitucional, año 7, no 2, 2012.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *“Las piezas del Derecho”*, 2da edición, Ariel, Barcelona, 2004.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *“Sobre Principios y Reglas”*. En: DOXA cuadernos de filosofía del derecho N° 10, Alicante, 1991.

ÁVILA, Humberto, *“Neoconstitucionalismo: entre la ciencia del derecho y el derecho de la ciencia”*, Gaceta Constitucional N° 66, Lima, 2002.

ÁVILA, Humberto, *“Teoría de los Principios”*, trad. Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

BARBERIS Mauro, *“Introducción al estudio del derecho”*, Palestra editores, Lima, 2015.

BOBBIO, Nolberto, *“El problema del positivismo jurídico”*, trad. Ernesto Garzón Valdés, primera edición, Distribuciones Fontamara, Mexico, 2007.

BOVERO, Michelangelo, *“Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”*, en Pisarello, Gerardo (editor), *“Los fundamentos de los derechos fundamentales”*, Trotta, Madrid, 2005.

CARBONELL, Miguel, *“El Neoconstitucionalismo en su laberinto”*. En: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.

CARLETON KEMP, Allen, *“Las fuentes del derecho inglés”*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1969.

CASTILLO CORDOVA, Luis Fernando, *“¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”*, En: *Cuestiones constitucionales*, N° 12, enero-junio 2005.

DE CABO, Antonio, *“Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”*, en: *“Los fundamentos de los derechos fundamentales”*, Trotta, Madrid, 2005.

DWORKIN, Ronald, *“Taking Rights seriously”*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1978.

FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*, Trotta, Madrid, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y garantías. La ley del más débil”*, Trotta, Madrid, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, en: *Doxa*, cuadernos de filosofía del derecho, vol 34, Marcial Pons, Madrid, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *“Pasado y futuro del estado de derecho”*. En: CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

FERRAJOLI, LUIGI, *“Los fundamentos de los Derechos Fundamentales”*, Trotta, Madrid, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *“Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”*, en: *Boletín mexicano de derecho comparado* N° 122, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *“El garantismo y la filosofía del derecho”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *“Derechos fundamentales. Democracia constitucional y garantismo”*, RZ editores, Lima, 2016.

FERRAJOLI, Luigi, *“El derecho como sistema de garantías”*, en: *Jueces para la democracia* N° 16-17.

GARCÍA, Elías Díaz, *“El estado de derecho y sociedad democrática”*, editorial Taurus, Barcelona, 2010.

GUASTINI, Riccardo, *“Interpretar y Argumentar”*, trad. Silvina Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

GUASTINI, Riccardo, *“Tres problemas para Luigi Ferrajoli”*, en: *“Los fundamentos de los derechos fundamentales”*, Trotta, Madrid, 2005.

HABERMAS, Jurgen, *“Facticidad y Validez”*, 4ta edición, Trotta, Madrid, 2004.

H.L.A. Hart, *“El nuevo desafío del positivismo jurídico”*, trad. Liborio Hierro, Fracisco Laporta y Juan Ramón Páramo, en: Sistema N 36, Madrid.

HART, Herbert Lionel Adolphus, *“El Concepto de Derecho”*, trad. Genaro R. Carrió, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

MASSINI, Carlos Ignacio, *“El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”*, en *Persona y Derecho* 61: 227-247.

MENDOZA, Mijail, *“Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano”*, Gráfica Bellido, Lima, 2000.

MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María, *“Introducción a la Teoría del Derecho”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 89.

PORTOCARRERO QUISPE, José Alexander, *“Peligros y Límites de la Ponderación”*. *Análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos paradigmáticos del Tribunal Constitucional*, tesis para optar el título de abogado por la UNMSM, Lima, 2011.

POZZOLO, Susanna, *“Neoconstitucionalismo y especificidad de la Interpretación Constitucional”*, en: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho vol. 21, Seminario de filosofía del Derecho de la universidad de Alicante, Alicante, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *“Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”*, En: *Anales de la cátedra Francisco Suarez*, 44 (2010).

PRIETO SANCHÍS, Luis, *“Justicia Constitucional y derechos fundamentales”*, Trotta, Madrid, 200.

RÓDRIGUEZ SANTANDER, Roger, *“Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el estado constitucional”*, tesis para optar el grado de doctor por la universidad Carelos III de Madrid.

RUIZ MANERO, Juan, *“Bobbio y el positivismo, la triple distinción y el propio Bobbio”*, en: *Revus, journal for constitutional theory and philosophy of law*, N° 26.

SANTIAGO NINO, Carlos, *“Introducción al análisis del derecho”*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.

VITALE, Ermanno, “*¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli*”, en: “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, Trotta, Madrid, 2005.

ZAGREBELSKI, Gustavo, “*El derecho dúctil*”, 11va edición, Trotta, Madrid, 2016.

ZOLO, Danilo, “*Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli*”, en: “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, Trotta, Madrid, 2005.

## **VIII. ANEXOS**

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADORES	TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	METODOLOGÍA.
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b> ¿Cuál es la relación entre el constitucionalismo principalista y neoconstitucionalismo con el garantismo positivista de Luigi Ferrojoli?</p> <p><b>PROBLEMA ESPECÍFICO 1.</b> ¿Qué relación existe entre la ponderación planteada por el neoconstitucionalismo y el garantismo de los derechos fundamentales planteadas por Luigi Ferrojoli?</p> <p><b>PROBLEMA ESPECÍFICO 2.</b> ¿Cómo se relacionan el activismo del Poder Judicial y la idea de legitimidad planteada por Luigi Ferrojoli?</p>	<p><b>GENERAL</b> Establecer la relación existente entre el constitucionalismo principalista y neoconstitucionalismo con el garantismo positivista de Luigi Ferrojoli</p> <p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 1:</b> Demostrar la relación que existe entre la ponderación planteada por el neoconstitucionalismo y el garantismo de los derechos fundamentales planteadas por Luigi Ferrojoli</p> <p><b>OBJETIVO ESPECÍFICO 2:</b> Determinar la relación que existe entre el activismo del Poder Judicial y la idea de legitimidad planteada por Luigi Ferrojoli</p>	<p><b>GENERAL</b> Entre el constitucionalismo principalista y neoconstitucionalismo y el garantismo positivista de Luigi Ferrojoli, existe una relación directa.</p> <p><b>HIPÒTESIS ESPECÌFICA 1:</b> Entre la ponderación planteada por el neoconstitucionalismo y el garantismo de los derechos fundamentales planteadas por Luigi Ferrojoli, existe una relación muy estrecha.</p> <p><b>HIPÒTESIS ESPECÌFICA 2:</b> Entre el activismo del Poder Judicial y la idea de legitimidad planteada por Luigi Ferrojoli, existe una relación muy significativa.</p>	<p><b>Variable X</b> CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO</p> <p><b>Variable Y</b> GARANTISMO POSITIVISTA DE LUIGI FERROJOLI</p>	<p><b>DE LA VARIABLE X:</b> Ponderación Activismo del Poder Judicial.</p> <p><b>DE LA VARIABLE Y:</b> Garantismo de los derechos fundamentales. Idea de legitimidad.</p>	<p><b>TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:</b> -Análisis Documental. -Entrevista</p> <p><b>INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:</b> -Guía de Análisis Documental. -Guía de Entrevista sobre Neoconstitucionalismo y garantismo positivista.</p>	<p><b>ENFOQUE:</b> Cuantitativo</p> <p><b>TIPO:</b> Por su FINALIDAD: Es BASICA.</p> <p>Por su NIVEL DE PROFUNDIDAD: es una investigación DESCRIPTIVA-CORRELACIONAL. Por su RELACIÓN CON EL DERECHO será una INVESTIGACIÓN DOGMATICA.</p> <p><b>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:</b> Corresponde a una investigación Descriptiva-Correlacional que se representa:</p> <div style="text-align: center;"> <pre> graph TD     M --&gt; Ox     M --&gt; Oy     Ox &lt;--&gt; Oy             </pre> </div> <p>M= Muestra representativa de Abogados, Estudiantes de Derecho. Ox : Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo Oy: Garantismo Positivista</p> <p>r: Factor de correlación.</p>



