

## EL IUS-CONSTITUCIONALISMO DE LUIGI FERRAJOLI DESDE UNA MIRADA POLÍTICA

Ana Micaela Alterio

Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos  
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”  
Universidad Carlos III de Madrid

Investigadora visitante en el  
Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law,  
Heidelberg, Alemania.  
Becaria MAEC-AECI

### RESUMEN

El artículo analiza críticamente la teoría del derecho de Ferrajoli resaltando la ausencia de canales de comunicación entre su paradigma constitucional y la participación política que necesariamente implica y que reconoce como base del constitucionalismo. Esto termina por configurar una contradicción con su posición ética no cognoscitivista.

**PALABRAS CLAVE:** Constitucionalismo político- constitucionalismo jurídico- punto de vista interno y externo- participación política- no cognoscitvismo ético.

### ABSTRACT

This article critically analyzes Ferrajoli's legal theory highlighting the lack of communication between his constitutional paradigm and the political participation that necessarily implies and that is recognized in the foundation of constitutionalism. This shows a conflict with his non cognitivism in ethics.

**KEY WORDS:** Political constitutionalism. Legal constitutionalism- internal and external point of view- political participation- non cognitivism.

El presente artículo tiene por objeto discutir críticamente algunos puntos de la obra *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli, resaltando la ausencia de canales de comunicación entre su paradigma constitucional y la participación política que necesariamente implica y que

reconoce como base del constitucionalismo. Esto se hará desde los dos puntos de vista que el propio autor utiliza para su teoría: el punto de vista interno y el punto de vista externo<sup>1</sup>.

Partiré de las definiciones de constitucionalismo “jurídico” y constitucionalismo “político” que distingue Ferrajoli. Así, mientras el primero designa un sistema jurídico y/o una teoría del derecho ancladas en la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo pasado, que se afirmó -a su criterio- con las constituciones rígidas de la segunda posguerra<sup>2</sup>; el segundo –moderno e incluso antiguo- designa una práctica y concepción dirigida a la limitación de los poderes públicos en garantía de determinados ámbitos de libertad<sup>3</sup>. En este último sentido, continúa Ferrajoli, los límites y garantías reivindicadas y tal vez realizadas son límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos y no jurídicas internas a éstos<sup>4</sup>, por tanto, se configuran como una “ideología” y son prácticamente sinónimo de Estado liberal de derecho<sup>5</sup>.

De más está decir que Ferrajoli centra su labor en el constitucionalismo jurídico, al que identifica con el Estado Constitucional de Derecho<sup>6</sup> y coloca en oposición al por él definido constitucionalismo político. Pareciera así que Ferrajoli, en un primer momento desprende de la ideología constitucionalista (o del constitucionalismo político) al constitucionalismo jurídico, que vendría a ser la institucionalización del primero y además, un perfeccionamiento del mismo<sup>7</sup> al dotarlo de garantías positivas mediante constituciones rígidas. Hasta ahí, de acuerdo. El problema es que luego –y aquí comienza mi desacuerdo-

---

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, vol. 1: *Teoría del derecho*, pp. 9-11, 15, 17, 19, 23-24, 38-39, 438-439.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista” en *Giurisprudenza costituzionale*, vol.55, n. 03, Giuffrè, Milano, 2010, p. 2773.

<sup>3</sup> Como ejemplo de esta concepción toma la tesis de Fioravanti que identifica el constitucionalismo como una corriente de pensamiento que se afirma en el contexto del proceso de formación del Estado moderno. Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2773. Existen distintas concepciones de estos conceptos, así por ejemplo véase Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2010, especialmente pp.19-23; quien identifica al constitucionalismo “legal” con dos presupuestos: el de la posibilidad de un consenso racional sobre resultados sustantivos y el de considerar al proceso judicial como más seguro a la hora de identificar dichos resultados. En oposición define al constitucionalismo “político” con un enfoque más centrado en los procedimientos, dado que presupone un desacuerdo razonable sobre los resultados sustantivos y que el procedimiento democrático posee mayor legitimidad y resulta más eficaz que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos. Según este autor, en la mayor parte de las constituciones existen elementos tanto del constitucionalismo legal como del político.

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2774.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 2775.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, p. 469.

desprende o “autonomiza” lo jurídico de lo político o peor aún, cambia su orden lógico dejando a la política atada a lo jurídico y cerrándole la puerta para cualquier influencia.

Permítaseme ilustrar mejor estas ideas. Comenzaré por el punto de vista interno de la teoría del derecho. Según Ferrajoli el paradigma constitucional viene a caracterizarse por “la sujeción a la ley de la propia ley, no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos por ellos. Esta sujeción ha tenido lugar a través de la incorporación, en constituciones rígidas, de principios ético-políticos [...] transformados, de fuentes de legitimación *política* o *externa* en fuentes de legitimación (y si son violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*”<sup>8</sup>. Así, “el derecho ya no regula sólo su ‘ser’ sino también su ‘deber ser’; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales; ya no se funda sólo sobre el principio *autoritas, non veritas facit legem*, sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la *veritas* que lógicamente debe caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior con las de grado superior. Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y de contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y ‘racionalidad formal’/‘racionalidad sustancial’ con la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista”<sup>9</sup>.

Cabe aclarar que la teoría de Ferrajoli, al ser una teoría *formal*<sup>10</sup>, no nos dice nada respecto a cuáles sean o deban ser estos contenidos, sólo nos dice que si son proclamados de modo universal, serán considerados derechos fundamentales<sup>11</sup>, quedarán sustraídos de las decisiones políticas y por ello determinarán límites y vínculos a la política<sup>12</sup>. Esto hace

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 25, 38.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 18. Del mismo autor véase también “*Principia Iuris*, una discusión teórica”, *Doxa* n.31, 2008, pp.393-433, especialmente pp.395-396.

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, pp.684-689.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 774, lo que es lo mismo que decir que los derechos fundamentales circunscriben la llamada *esfera de lo indecible*. *Ibidem*, p. 775.

que tenga que admitir que incluso unos principios espurios se conviertan en *deber ser* al interior de la teoría y en fuente de legitimación indecidible<sup>13</sup>.

Así vemos que lo que en un momento anterior al paradigma constitucional pudo haber sido materia de deliberación política, una vez positivado cambia su naturaleza controvertida para volverse una “verdad” absoluta y expulsar del discurso cualquier otro principio que por no coincidir (o estar en contra) con el positivado, se torna ilegítimo<sup>14</sup>. Esta “superación” a la que alude Ferrajoli entre *autoritas* y *veritas*, ya implica un primer problema en términos políticos<sup>15</sup>.

Podemos estar de acuerdo en que una vez positivados en constituciones rígidas, los derechos fundamentales se vuelven un deber ser para el legislador, pero ¿con qué alcance? Ferrajoli aparentemente da mucho margen al legislador en la concreción de esos derechos<sup>16</sup>, pero el problema está en que toma los derechos, una vez constitucionalizados,

---

<sup>13</sup>Lo cual resulta un tanto sorprendente, como bien señala Aguiló Regla, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución” en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds) *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p.248: “la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas en la medida en que sean garantía de cosas a su vez valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ej., no de una expectativa considerada valiosa sino de un privilegio, resultan simplemente insoportables e irracionales”. Esta afirmación me parece tan clara que me hace pensar que en realidad Ferrajoli “hace trampa” con su definición formal porque la utiliza para plantear su teoría en términos neutrales o avalorativos pero, en realidad afirma que está pensando en “nuestros concretos ordenamientos [valga aclarar, los europeos de la segunda postguerra] cuyas constituciones, no contienen más que excepcionalmente derechos fútiles o inicuos...” Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli, Luigi, Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, p.112, por lo cual, a su criterio, en estas constituciones se encuentra muy reducida la divergencia entre justicia y legitimidad (me pregunto de acuerdo a qué criterio de justicia exactamente, siendo que Ferrajoli se declara –como se verá *infra*- no cognoscitivista), concluyendo que: “Hay un nexo entre justificación y legitimación externa y entre garantismo y legitimación interna: en la medida en que la razón externa estipulada en la Constitución como ‘razón social’ es compartida políticamente, justificación externa y garantismo coinciden”. Ferrajoli, Luigi, “*Principia Iuris*. Una discusión teórica”, ob. cit., p. 402.

<sup>14</sup> Vale aclarar que Ferrajoli advierte que si bien generalmente el término “legitimidad” hace alusión a la legitimidad política o externa, o sea, se relaciona con parámetros no jurídicos sino ético-políticos, él lo usa y lo redefine como término teórico-jurídico para designar la regularidad de las situaciones y de las normas. Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol.1, nota 38, pp. 551-552.

<sup>15</sup> El punto también es criticado por Preterossi, Geminello, “*Principia Iuris*, entre normatividad y poder: sobre el Estado Constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, n.31, 2008, pp.315-324, quien se encarga de destacar que “la génesis del Derecho moderno es intrínsecamente política...”, p. 318.

<sup>16</sup> A su criterio su teoría reconoce una amplia discrecionalidad a la función legislativa, de la que “se requiere solo el *respeto* (D9.35) de las normas constitucionales, que entraña el poder de decidir todo lo que no está *prohibido* por esas normas, es decir, todo lo que es coherente o compatible con ellas”. Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli, Luigi, Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., pp.21-22. También *Principia Iuris*, ob. cit. vol 1, pp. 525-539.

como “objetivos”<sup>17</sup>, como consignas claras que únicamente pueden generar discusión en cuanto a sus medios de concreción<sup>18</sup> pero no en cuanto a sus contenidos, ni tampoco entrar en conflicto entre sí<sup>19</sup>.

Lo cierto es que los derechos distan mucho de ser claros e incontrovertidos. El reconocimiento e intento de solución de esas ambigüedades y conflictos ha sido materia del constitucionalismo desde sus orígenes: primero bajo las teorías de la interpretación (originalista, literalista, teleológica, etc.), luego con las modernas teorías de ponderación. No haré consideraciones respecto la plausibilidad de esta última teoría, máxime porque considero que me llevaría a otro tema fundamental, pero que por una cuestión de espacio no puedo abordar, cuál es el de quién decide (o tiene la última palabra institucional) en materia de interpretación constitucional. Pero sí vale la pena remarcar que desde los modelos “fuertes” de constitucionalismo<sup>20</sup>, hasta los modelos más “débiles”<sup>21</sup> o de constitucionalismo popular<sup>22</sup>, toman el tema de los desacuerdos y conflictos de derechos

---

<sup>17</sup> En este sentido Ferrajoli explica que “los discursos de la ciencia jurídica positiva y de la jurisdicción tienen un *objeto*, o sea, una referencia empírica que es el discurso y el lenguaje del legislador, sobre la base del cual las proposiciones normativas son verificables o falsables”. Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli Luigi, Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., p. 76. Por eso el autor está en contra del que llama constitucionalismo principialista o argumentativo, puesto que él considera que los derechos fundamentales deben tomarse como reglas y no como principios sujetos a ponderación: “qualunque principi che enuncia un diritto fondamentale, [...] equivale alla regola consistente nell’obbligo o nel divieto corrispondente” Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2800.

<sup>18</sup> Aunque sólo en caso de que se trate de “principios directivos”, es decir los que se refieren, por ejemplo en la Constitución Italiana, a los “principios que informan la política social y económica” mas no en cuanto a los “principios regulativos”, que comprenden a casi todos los derechos fundamentales (con la salvedad de los derechos sociales, a los que coloca a caballo de las dos definiciones) y que no son susceptibles ni siquiera de ponderación. *Ibidem*, pp. 2798-2799, 2807.

<sup>19</sup> En este sentido, Ferrajoli asimila el derecho constitucional al derecho penal, auspiciando la mayor taxatividad del primero a fin de excluir cualquier consideración política. Afirma que los conflictos no se dan en materia de derechos sino en cuanto a las circunstancias concretas de su aplicación. *Ibidem*, pp.2812-2816.

<sup>20</sup> Como se caracteriza a los modelos neoconstitucionalistas. Véase por ejemplo Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” en Comanducci, Paolo, María Ángeles Ahumada y Daniel Gonzalez Lagier, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p.87.

<sup>21</sup> Véase por ejemplo Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en Betegón, Jerónimo, De Páramo, Juan Ramón, Laporta, Francisco y Prieto Sanchís, Luis (coord.) *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 67-138, p.128.

<sup>22</sup> Quienes resaltan especialmente el carácter político del derecho, en particular del derecho constitucional. Véase Tushnet, Mark “Popular constitutionalism as political law”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pp. 991-1006; Post, Robert, “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, *California Law Review*, vol. 98, n. 4, 2010, pp. 1319-1350. Sobre la posibilidad de que tanto los poderes públicos como la comunidad en general puedan interpretar la constitución véase Kramer, Larry “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *Val. U. L. Rev.*, vol. 41, 2006-2007, nota 19, pp. 699-700. Sobre la imposibilidad de mantener enteramente separada la política de las decisiones del Tribunal Supremo: Friedman, Barry, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar Straus and Giroux, New York, 2009, nota 32, p. 380. Finalmente véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.251-275 que, tomando como presupuesto el desacuerdo en materia de derechos, incluso cuestiona la plausibilidad misma de la constitucionalización de los derechos.

(tanto en cuanto a su significado como de derechos entre sí) como centrales para la teoría<sup>23</sup>.

Así, calificar la tarea de “aplicación” del derecho moderno como un acto “cognitivo” de mera constatación y subsunción<sup>24</sup>, me parece que no se condice con la realidad de nuestras prácticas constitucionales. Entiendo que de esta manera Ferrajoli no tiene que lidiar con los problemas de falta de legitimidad (en términos ético-político democráticos) del poder judicial, desde que quita de su incumbencia toda reminiscencia política. Pero, para compartir esta afirmación se nos impone aceptar ese “doble” rasero de legitimidad que propone Ferrajoli: una legitimidad política representativa para las instituciones de gobierno (circunscrita al ámbito de lo decidible), y una legitimidad legal para las instituciones de garantía<sup>25</sup>. División esta misma (entre instituciones de gobierno y de garantía) bastante complicada de reconocer como parte de una teoría portadora de mayor capacidad explicativa de su objeto de investigación<sup>26</sup>.

La política no puede sacarse del ámbito público y si bien es cierto –y por ello comparto la *ideología* constitucionalista- que es necesario establecer límites legales al poder, “reglas del juego” digamos, no podemos desconocer la naturaleza misma del juego. La política es ínsita a toda organización social y sobre todo está presente al momento de tomar decisiones. Claro está que luego debe poder ejercerse control sobre estas decisiones y por tanto, es mejor que se canalice la expresión política en instituciones que resulten más

---

<sup>23</sup> De hecho, hasta la corriente neoconstitucionalista (vinculada al cognoscitivism ético y por tanto, más reacia a aceptar la modificación de los derechos constitucionalizados), a través de sus teorías de los derechos fundamentales como principios (con un lenguaje fuertemente valorativo y que no predetermina las relaciones de prevalencia) y de la ponderación, termina dejando entrar a la política y a las discusiones sobre derechos al interior del modelo. Es en este sentido ejemplificativa la posición de Ruiz Manero “... una constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo [...] y de esta forma evita en gran medida la ‘tiranía de los muertos sobre los vivos’ que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido”, Ruiz Manero, Juan, en Ferrajoli Luigi, Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., p. 80. A lo que Ferrajoli contesta: “Lo que tu llamas la ‘tiranía de los muertos sobre los vivos’ generada por el constitucionalismo rígido es lo que yo llamo la ‘normatividad de las constituciones rígidas’ [que] tienen precisamente el fin de atar las manos de las generaciones presentes en cada momento a fin de impedir [...] que ellas amputen las manos de las generaciones futuras...”. *Ibidem*, p. 84. Por esto es que De Lora, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (ed.) *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005, pp. 251-265, ha calificado el constitucionalismo de Ferrajoli como *fortísimo*.

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, pp. 530-534, 832-833; vol 2: *Teoría de la democracia*, p. 75.

<sup>25</sup> *Ibidem*, vol. 1, p. 532, también véase pp.822 y ss. donde el autor explica por qué deben mantenerse separadas estas instituciones y por lo cual considero que la distinción va en contra de un deseable diálogo inter-orgánico, sobre todo en materia de interpretación constitucional. Para este punto véase Niembro Ortega, Roberto, “Una aproximación a la justicia constitucional deliberativa” en *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho*, Porrúa, México, en prensa.

<sup>26</sup> Como Ferrajoli pretende que tenga su teoría. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, p. 18.

igualitarias, transparentes y susceptibles de ese control (como son los parlamentos) y tratar de alejarla de aquellas que no cumplan estas condiciones (como son los tribunales). Pero de ahí a pretender simplemente su erradicación, no sólo me resulta ingenuo, sino también peligroso, pues esconde bajo un discurso de neutralidad decisiones (discrecionales) de un grupo de personas, sobre otras (la mayoría)<sup>27</sup>.

Justamente porque no se pueden evitar los desacuerdos y porque necesitamos de la política para contar con un marco, decisión o curso de acción comunes sobre cierta cuestión<sup>28</sup> (y asumimos que la mejor forma de organizarla es democráticamente) no se pueden compartir, a mi criterio, los tintes fuertemente elitistas de la teoría de Ferrajoli, que repercuten en su teoría de la democracia, tornándola lo que Pisarello critica como un método de selección de élites, parte del “largo termidor”<sup>29</sup>. De ahí, la concepción de Ferrajoli de una democracia “sustancial”<sup>30</sup> que no necesita a las mayorías más que para elegir a unos representantes, que por lo demás, solo pueden discutir todo aquello que no es fundamental, resta valor a la autonomía personal y colectiva de manera injustificable<sup>31</sup>.

Además, no se puede asumir, por un lado, que las mayorías son portadoras de irracionalidad y potenciales violadoras de derechos y por otro lado y al mismo tiempo, reconocer la labor de unas mayorías (históricas) como creadoras de una constitución que ahora merece la pena ser respetada. En palabras de Ferrajoli, las personas humanas “permiten cifrar en su natural *autonomía* el fundamento positivo de todo fenómeno jurídico: en el sentido de que sólo ellas pueden ser los sujetos constituyentes del derecho positivo y, como veremos, los portadores del punto de vista ‘externo’ al mismo”<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Elías Díaz nos llama la atención sobre los peligros de dejar abierta la posibilidad de que los jueces “salteen” al poder legislativo, intentando hacer interpretaciones exclusivamente de la constitución y más allá de las leyes, despreciando a la política y a la representación popular. Esto implicaría la formación de una nueva “tecnocracia” (es decir, de una ideología profundamente conservadora, entendida como poder o gobierno de los técnicos) cuya función es evitar la concurrencia y el pluralismo ideológico, ayudando a conservar el semi-inmovilismo, el predominio y el exclusivismo de la ideología oficialmente implantada. Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus, Madrid, 3ªed. 1998, pp.113,115.

<sup>28</sup> Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 123 en relación a las “circunstancias de la política”.

<sup>29</sup> Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Trotta, Madrid, 2011, p. 139. “Termidor” hace referencia al mes en que tuvo lugar el golpe de Estado de 1794 en Francia, contra el movimiento democrático que surgió de la caída de la monarquía y la proclamación de la república y que supuso la interrupción de un vigoroso proceso de lucha por la extensión de los derechos políticos y sociales de la población. *Ibidem*, p. 18.

<sup>30</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol 1, pp. 872-874 y vol. 2, pp. 15, 18, 22-23.

<sup>31</sup> Para una profundización de estas críticas me permito remitir a un trabajo anterior: Alterio, Ana Micaela “La ‘esfera de lo indecible’ en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.13, enero 2011, pp.3-36.

<sup>32</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit, vol. 1, p. 347.

Entonces, si por un lado se considera que las personas (y también los pueblos<sup>33</sup>), en ejercicio de su autonomía han conseguido los derechos fundamentales, no se puede por el otro, limitar el ejercicio de esa autonomía a la esfera de lo decidible, temiendo que se vuelva a expresar en el futuro<sup>34</sup>. Esto me lleva al segundo nivel de críticas:

Desde el punto de vista externo a la teoría<sup>35</sup>, Ferrajoli se declara un positivista no cognoscitivista y por tanto, asigna a la historia y a los movimientos sociales un papel preponderante en la creación del derecho, que es siempre derecho puesto y por tanto contingente<sup>36</sup>. Corolarios de esta posición, que comparto plenamente, destacaría: a) que el derecho no necesariamente se identifica con la justicia, es decir, la separación entre ser y deber ser<sup>37</sup>, b) la posibilidad de que los movimientos sociales en un momento dado, consideren al derecho “puesto”, derecho injusto y pretendan modificarlo<sup>38</sup>.

Ahora bien, si no se encuentran en el sistema jurídico y/o en la teoría del derecho canales para captar esas exigencias legítimas (desde un punto de vista ético político, aunque no legal) de los movimientos sociales, la posibilidad de un cambio en materia de derechos sólo puede ser viable a través de una revolución (en ejercicio de poder constituyente originario). A esto lleva la teoría de Ferrajoli, dado que: por un lado, las constituciones son rígidas y su contenido es indecidible, al punto de que ni siquiera a

---

<sup>33</sup> Como sujetos colectivos tanto preexistentes al derecho (o constituyentes) cuanto constituidos por el propio derecho. *Ibidem*, p. 363. La definición en p. 366.

<sup>34</sup> En este sentido es ejemplificativo que Ferrajoli declare que el término “soberanía” no figura en su teoría. *Ibidem*, p. 808.

<sup>35</sup> Desarrollado en forma profunda en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, cap. 14, pp. 905 y ss. Especialmente p. 912 en referencia a los derechos fundamentales Ferrajoli sostiene que constituyen: “ el *fundamento axiológico externo* del derecho: fundamento jurídico, puesto que viene positivamente consagrado y, sin embargo, lugar de expresión de la autonomía y la primacía del punto de vista ético-político o externo sobre el jurídico o el interno; campo de las garantías jurídicas tanto de la democracia formal como de la sustancial, pero precisamente por esto lógicamente diferenciado y axiológicamente separado del campo de las situaciones jurídicas, sean privadas o públicas, del mismo modo que la sociedad y los individuos están separados del estado y la moral está separada del derecho”.

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, pp. 776,803.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 15-16, 37-38.

<sup>38</sup> Como nos enseña Dussel, la situación crítica se da cuando ciertos ciudadanos son excluidos -no intencionalmente- del ejercicio de nuevos derechos que el “sistema del derecho” no ha incluido todavía. Estos ciudadanos con conciencia de ser sujetos de nuevos derechos se experimentan a sí mismos como víctimas, sufriendo los efectos negativos del cuerpo del derecho. Los movimientos de los “sin derecho todavía” (respecto del derecho vigente) comienzan una lucha por la inclusión de los “nuevos” derechos en la “lista” histórica de los derechos ya aceptados, institucionalizados, vigentes. Se establece así una dialéctica entre “derecho vigente *a priori* versus nuevo derecho *a posteriori*”. Los “sin derecho todavía”, cuando luchan por el reconocimiento de un nuevo derecho son el momento creador histórico del cuerpo del derecho humano”. Dussel, Enrique. “Hacia una filosofía política crítica”. Desclée de brouwer, Bilbao, 2001, pp. 150 y ss.

través de una reforma constitucional se podrían modificar<sup>39</sup>. De hecho, de darse una reforma, también ésta *debe ser* sometida a control de constitucionalidad<sup>40</sup>. Por otro lado, la teoría tampoco reconoce poder constituyente “jurídico” a la soberanía popular<sup>41</sup>, puesto que ni siquiera por unanimidad los ciudadanos podrían alterar el contenido de los derechos constitucionales<sup>42</sup>.

Esa idea, además de cerrar absolutamente el diálogo en materia de derechos fundamentales y orillar a los movimientos sociales a recurrir a la violencia (lo que contradice la idea de una democracia pluralista), no sólo no es normativamente deseable, sino que además tampoco se condice con la realidad, ni la explica. Desde lo normativo y en las antípodas de una postura como la de Ferrajoli, un defensor del constitucionalismo político nos dice: “Debido a que los desacuerdos que la gente mantiene sobre la justicia política son testarudos y a que se modifican conforme sus ideales y preocupaciones cambian según se van adaptando a las circunstancias, el proceso constituyente necesita ser entendido como un proceso político continuo”<sup>43</sup>.

Anclados en la realidad, la reciente ola de reformas constitucionales latinoamericanas tampoco confirma la tesis *ferrajoliana*. En especial las de las constituciones ecuatoriana y boliviana<sup>44</sup> que implicaron modificaciones realmente importantes en materia de derechos -en muchos casos contrarias al paradigma anterior<sup>45</sup>- en vistas a integrar a la esfera pública a una parte mayoritaria de la ciudadanía

---

<sup>39</sup> Lo que incluso es admitido por los modelos más “fuertes” de constitucionalismo. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 2, p.86.

<sup>40</sup> Que anulará las reformas que contradigan las disposiciones formales y sustanciales de la constitución reformada. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, pp. 811,843. Con sus palabras: “...una vez estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no se hallan en el ámbito de disponibilidad de la mayoría y deberían quedar sustraídos también al poder de revisión...”, *Ibidem*, p. 875. Esto se entiende si se comparte con Ferrajoli que en una democracia constitucional, legitimación sustancial externa e interna son “las dos caras de la misma moneda”. *Ibidem*, p. 852; es decir, se identifican. También vol.2 pp.37, 47,90.

<sup>41</sup> Como adelanté en nota n. 34, la soberanía popular con poder constituyente para Ferrajoli es pre-política y pre-jurídica, por tanto, no existe en la teoría del constitucionalismo jurídico.

<sup>42</sup> *Ibidem*, vol. 2, p. 49. Es que hay que recordar que para el autor: “las constituciones no obtienen su legitimación del consenso popular. *Ibidem*, p. 55.

<sup>43</sup> Bellamy, Richard, *El constitucionalismo político*, ob. cit., p. 123. También Portinaro, Pier Paolo, “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, n.31, 2008, pp. 299-314 destaca los problemas de la teoría normativa de Ferrajoli, la que lleva, en su opinión, a paralizar la capacidad innovadora de los poderes de gobierno. *Ibidem*, p. 305.

<sup>44</sup> Realizadas en los años 2008 y 2009 respectivamente.

<sup>45</sup> Un paradigma de matriz liberal conservador que fue transformado con claras orientaciones anticapitalistas y anticolonialistas. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Plural, La Paz, 2010, p.77.

históricamente excluida<sup>46</sup>. Esta integración no entra dentro del supuesto contemplado por Ferrajoli de modificaciones constitucionales “permisibles” por ser un “avance” en materia de derechos<sup>47</sup>, puesto que junto al avance de algunas reivindicaciones, se produjeron “retrocesos”<sup>48</sup> para otros sectores, ejemplo de ello fue el intento de secesión de Santacruz del Estado boliviano<sup>49</sup>.

Me parece finalmente que existe una contradicción en la teoría de Ferrajoli que él mismo sigue sin reconocer a pesar de que son muchos los críticos que se la han hecho notar: es incompatible declararse no cognoscitivista y *relativista racionalista* y en consecuencia, tolerar las opiniones disidentes considerando que las mismas también pueden estar racionalmente fundamentadas<sup>50</sup>; con cerrar la posibilidad de que esas opiniones se expresen institucionalmente o lleguen a concretarse positivamente. Esta contradicción no se salva arguyendo que su concepción no es en absoluto una opción política arbitraria o la expresión de una preferencia personal, sino “...por el contrario, la opción adoptada por los propios textos constitucionales, que, por ello, se impone también a la teoría cómo la única posible o, al menos, como la más adecuada porque dotada de mayor alcance empírico y explicativo”<sup>51</sup>. Y esto porque la teoría de Ferrajoli pretende también ser performativa<sup>52</sup> y él mismo admite el papel que juega en “la construcción tanto del artefacto jurídico como del imaginario jurídico colectivo”<sup>53</sup>. Entonces, decir que los derechos fundamentales deben estar sustraídos de la disponibilidad de las mayorías y luego admitir que pueden haber otros criterios ético-políticos<sup>54</sup> que compitan con los plasmados en las

---

<sup>46</sup> Véase Gargarella, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina” en Rodríguez Garavito, Cesar (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, nota 2, p. 88, disponible en [www.igualitaria.org](http://www.igualitaria.org).

<sup>47</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 2, p. 89.

<sup>48</sup> Pongo estas palabras entre comillas porque es complicado evaluar si determinada configuración de derechos implica un avance o un retroceso: evidentemente en el posicionamiento habrá siempre una visión subjetiva de la realidad y una diferente concepción de la justicia.

<sup>49</sup> “...que amenazó la viabilidad misma del proceso constituyente”. Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en Rodríguez Garavito, Cesar (coord.) *El derecho en América Latina*, ob. cit., p.118.

<sup>50</sup> Ferrajoli Luigi, en Ferrajoli Luigi, Ruiz Manero Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., pp. 62,73.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 57-58. También el autor en *Principia Iuris*, ob. cit. vol. 1, p. 34.

<sup>52</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit. vol. 1, pp. 31 y ss.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>54</sup> Ferrajoli admite que los derechos fundamentales no son “universales” ni en sentido *axiológico*, es decir, como valores objetivos, racionales o autoevidentes; ni en sentido *sociológico*, o sea, como universalmente compartidos. *Ibidem*, vol. 2, pp. 57-58.

constituciones, pero que no puedan modificarlos, no se condice con su no cognocitivismo ético y más bien parece expresar una opción política ideológica bien determinada<sup>55</sup>.

Si todas las posiciones pueden racionalmente fundamentarse, pero no tenemos un método objetivo externo que nos diga cuál de esas posiciones es la verdadera, tenemos que optar por algún criterio (procedimental o de autoridad<sup>56</sup>) para definir las disputas. En este sentido Aarnio es un relativista coherente, que al igual que Ferrajoli asume la posibilidad de argumentar racionalmente sobre valores pero, dada la imposibilidad de escoger entre alternativas disponibles (igualmente bien fundadas), deriva la decisión a las mayorías, único método que realmente respeta la igualdad y da respuestas *aceptables*<sup>57</sup>.

En suma, al comienzo de esta comunicación destacué que el constitucionalismo “jurídico” de Ferrajoli se desprende lógicamente del constitucionalismo político, pero que luego parece autonomizarse del mismo. Esta preponderancia de lo jurídico<sup>58</sup> sobre lo político no sólo se percibe a nivel interno de la teoría, lo cual –con ciertos límites- puede ser consecuente con la ideología constitucionalista; sino que se extiende al punto de vista externo, asfixiando la posibilidad de innovación jurídica y excluyendo a los potenciales disidentes de la posibilidad de entrar o al menos participar en el juego institucional.

Como bien señala Portinaro, la teoría de Ferrajoli: “trabaja para cerrar cada orificio que pueda permitir la discrecionalidad del actuar político”<sup>59</sup>, lo que delata un gran temor a la democracia, entendida como gobierno “del pueblo”. Esto termina repercutiendo en la filosofía del derecho del autor, que se acerca más a posturas iusnaturalistas que a su declarado no cognocitivismo ético, marcando una palmaria contradicción. Al fin, desde su mirada eurocéntrica, pareciera que todo el debate del constitucionalismo se circunscribiera a si los derechos (los mismos) son (o deben ser) los que son en la Europa de la segunda posguerra, por cuestiones morales o formales.

---

<sup>55</sup> Que coincide con la plasmada en las constituciones europeas de la segunda posguerra.

<sup>56</sup> Véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., pp. 107 y ss., 253.

<sup>57</sup> Véase Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 267,283-288. También del autor “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa* n.8, 1990, pp.23-38.

<sup>58</sup> “El paradigma constitucional vincula la política a la ejecución del proyecto por él diseñado”. Ferrajoli, Luigi, “*Principia Iuris*. Una discusión teórica”, ob. cit., p. 423.

<sup>59</sup> Portinaro, Pier Paolo, “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, ob.cit., p. 310.