1er Encuentro de Jóvenes Investigadores
de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política:
Neoconstitucionalismo en tiempos de postdemocracia
Universitat de València, 25 de abril 2012

TEORÍA FORMAL Y MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REFLEXIONES EN TORNO AL DEBATE DE *PRINCIPIA IURIS* DE LUIGI FERRAJOLI

Cristina Monereo Atienza
Profesora Contratado-Doctor de Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga

RESUMEN

Este trabajo analiza críticamente las tesis de Ferrajoli entorno a la Teoría del Derecho y la Teoría de los derechos fundamentales. Ferrajoli ofrece una Teoría formal del Derecho y los derechos. Sin embargo, la dimensión formal y material de la Teoría son inseparables. Ferrajoli opta por un concepto meramente teórico y formal de los derechos que olvida su inevitable dimensión axiológica. Además, proporciona un fundamento de los derechos criticable en varios aspectos, por ejemplo, al considerar como uno de sus fundamentos la democracia cuando en realidad los derechos promueven no un cambio de democracia (de formal a material) sino un cambio de Estado como Estado constitucional. Asimismo, Ferrajoli ha recibido críticas al defender todos los derechos como reglas y no como principios. Ahora bien, quizás el problema en torno a este debate es que no hay distinción estructural, sino funcional entre principios y reglas. Por tanto, inevitablemente, los derechos actúan a veces como principios. Igualmente, su concepción de las garantías es un buen intento para acabar con la confusión entre derechos y técnicas de protección, pero adolece de un inconveniente ya que la falta de garantías no queda bien resuelta en base al principio dinámico de plenitud sino, acaso, en base al principio estático de respecto a unos contenidos básicos como son los de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Teoría formal del Derecho, teoría material del Derecho, derechos fundamentales, concepto y fundamento de los derechos, principios y reglas, garantías de los derechos, *Principia iuris*.

ABSTRACT:

This paper critically examines Ferrajoli thesis around the Theory of Law and the Theory of Fundamental Rights. He offers a Formal Theory of Law and rights, but the formal and material dimension of the Theory are inseparable. Ferrajoli provides a theoretical and formal concept of rights that forgets its inevitable axiological dimension. He also provides a doubtful foundation of rights in various aspects, for example, when considering democracy as a foundation of rights, although in fact the rights do not promote a change of democracy (from formal to material) but a transformation of the state as a Constitutional State of Law. Ferrajoli has also been criticized when he considers all the rights as rules rather than principles. However, the real problem is probably that there is no structural distinction between principles and rules, but a functional distinction. So, unavoidably, rights act sometimes as principals. Similarly, his conception of rights guarantees is a good attempt to end with the confusion between rights and protection techniques, but suffers from a disadvantage: the lack of guarantees is not well resolved on the basis of the dynamic principle of plenitude but perhaps on the basis of the static principle of respect for some basic content such as fundamental rights.

KEY WORDS: Formal theory of law, material theory of law, fundamental rights, concept and foundation of the rights, principles and rules, rights guarantees, *Principia iuris*.

SUMARIO: 1. Introducción. La Teoría del Derecho y la Teoría de los derechos fundamentales: la inseparabilidad entre la dimensión formal y material. 2. Algunos aspectos de la Teoría jurídico-material de los derechos fundamentales: una propuesta ético-filosófica para el concepto y fundamento de los derechos a raíz del debate en torno a *Principia Iuris*. 3. Algunos aspectos de la Teoría jurídico-formal de los derechos fundamentales: la positivización jurídica y las garantías de los derechos en divergencia con las tesis planteadas en el debate con Ferrajoli. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía citada.

1. Introducción. La Teoría del Derecho y la Teoría de los derechos fundamentales: la inseparabilidad entre la dimensión formal y material.

Para analizar la Teoría de los derechos fundamentales es oportuno aclarar el concepto de Teoría del Derecho. En el ámbito de la Epistemología jurídica, la Filosofía del Derecho ha incorporado una extensa y profunda discusión acerca de la definición de Teoría del Derecho. Entre otras cuestiones, el debate ha intentado caracterizar a la Teoría del Derecho bien como un tipo de conocimiento del Derecho que forma parte de la Ciencia jurídica, o bien como un saber que se encuadra necesariamente en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

Como se sabe, la histórica oposición entre Ciencia y Filosofía ha llevado a la inevitable contraposición conceptual y metodológica de ambas formas de conocimiento. En este sentido, no está demás recordar brevemente las tesis de Norberto Bobbio que, basadas en las teorías kelsenianas, son todavía hoy de referencia en el materia[1]. En sus primeros escritos, Bobbio diferencia claramente entre, por un lado, la Ciencia jurídica y, por otro, la Filosofía del Derecho. La Ciencia jurídica se constituye sobre la consideración formal del Derecho como norma y, por tanto, incluye una Dogmática jurídica y una Teoría General del Derecho que se preguntan formal y objetivamente sobre el *ser* del Derecho. Por su parte, la Filosofía del Derecho es una disciplina distinta puesto que se introduce en el terreno de los valores y los fines y se trata, así pues, de una Teoría de la Justicia centrada en el *deber ser* del Derecho.

[1] BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. y trad. a cargo de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.

No obstante, esta visión sobre la Ciencia jurídica y la Filosofía del Derecho no es la única posible y, de hecho, el Bobbio más tardío también dudó de la distinción y desconexión radical entre estos saberes. *Respecto a la Ciencia jurídica*, se considera que el jurista interviene en la interpretación y aplicación del Derecho más allá de la mera objetividad científica. Esto quiere decir que se ha producido definitivamente un alejamiento de las posiciones formalistas-normativistas clásicas, al entender que el jurista realiza una compleja labor de interpretación-construcción-reelaboración que le conduce a menudo a analizar otros factores externos al Derecho relacionados con la eficacia y los valores. De este modo, la Ciencia jurídica sigue considerándose un saber que posee un método racional, pero ya no es ni avalorativa ni neutral. *Respecto a la Filosofía del Derecho,* se continúa pensando que sus reflexiones como Teoría de la Justicia son prioritarias e imprescindibles ya que detrás de todo Derecho positivo hay siempre una Teoría de la Justicia, es decir, una concepción del mundo y un sistema de valores jurídicos. La Filosofía no es, obviamente, un saber neutral acerca del Derecho. Más bien, responde a un talante totalizador, trascendental, crítico y comprometido con la realidad jurídica, con lo que se pretende tanto conseguir una comprensión total de esa realidad jurídica como poder valorar críticamente esa realidad. Esto le conduce a una actitud más cuidadosa y sincera en sus argumentación. Ahora bien, esto no significa admitir que la Filosofía del Derecho sea solamente una Teoría de la Justicia (Axiología jurídica). En realidad, mayoritariamente en la doctrina, se afirma que es también una Teoría del Conocimiento (Epistemología jurídica) y una Teoría del Derecho (Ontología jurídica).

Este escueto recordatorio sitúa la discusión en torno a la caracterización de la Teoría del Derecho. Parece que existe, por una parte, una Teoría General del Derecho, centrada en el estudio principalmente formal y estructural (interno) de la norma y el ordenamiento y, por tanto, común a cualquier sistema jurídico. Por otra parte, se encontraría una Teoría del Derecho que tiene la misión de delimitar el objeto cognitivo con el fin de conseguir un concepto unitario, global y totalizador del Derecho, pero no desde un estudio interno, sino externo al Derecho. De ahí que se encargue de problemas como la validez (pertenencia), relación y diferenciación del Derecho y otros sistemas normativos, interconexión entre Derecho y poder, etc…

La cuestión es ahora cómo encaja toda esta explicación en la propuesta de Luigi Ferrajoli. Ciertamente, Ferrajoli duda de la clásica distinción de Bobbio. Sigue considerando la posibilidad de una Teoría *formal* del Derecho en cuanto Teoría *formalizada* y *reconstruida* en base a conceptos previamente postulados y definidos[2]. A la vez, entiende que el estudio de los ordenamientos jurídicos actuales, que son extremadamente complejos al introducirse el paradigma constitucional, es insuficiente según la tradicional división tridimensional del estudio del Derecho en: primero, Dogmática jurídica como saber desde el punto de vista interno del Derecho (es decir, del Derecho como norma); segundo, Sociología del Derecho como estudio desde un punto de vista externo al Derecho (esto es, del Derecho como hecho); y tercero, Filosofía política como conocimiento también desde un punto de vita externo pero esta vez axiológico del Derecho (en definitiva, del Derecho como valor). Para Ferrajoli, en los Estados constitucionales fuertes, el Derecho no aparece a veces como norma, a veces como hecho y a veces como valor, sino que todas sus dimensiones pueden presentarse simultáneamente. Juan José Moreso afirma que esto sucedía ya en el modelo legalista, en concreto en lo que se refiere al Derecho como norma y como hecho, y que el modelo constitucional solamente ha venido acentuar los elementos conceptuales que ya existían previamente[3]. Sea una cuestión de acentuación o no, el valor de la teoría de Ferrajoli ha sido destacar la estrecha relación entre las diferentes dimensiones del Derecho que implica cambios en la caracterización de la Teoría del Derecho.

Llegados a este punto, parece que la propuesta de Ferrajoli permite afirmar que la *Teoría formal del Derecho*, sin perder su formalidad, ofrece una visión unitaria del Derecho. Además, la Teoría del Derecho adquiere un esencial carácter pragmático. Ferrajoli afirma que "puede postularse como el lugar en el que es posible recomponer las diferencias fracturas disciplinarias (entre ciencia del Derecho, Sociología y Filosofía) que han marcado la historia de la cultura jurídica moderna. Y puede convertirse, asimismo, en el terreno de encuentro de las diferentes aproximaciones al

---

[2] FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª ed.), pp. 29, 50-51.

[3] FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., pp. 37, 42-43.

estudio del Derecho…”[4]. No se trata de confundir las diferentes aproximaciones al Derecho o, lo que es lo mismo, confundir las dimensiones del Derecho como norma, hecho o valor, a las que vienen asociados los términos de validez, eficacia y justicia. Más bien, es una apuesta por *constatar neutralmente* desde la Teoría la estrecha relación y conexión entre todos estos conceptos en los sistemas jurídicos.

Esta ambiciosa postura se propone desde el más estricto positivismo, con lo que el “neoconstitucionalismo” de Ferrajoli se aleja de otras propuestas que rebasan los conceptos positivas (así ocurre con otros autores como Ronald Dworkin o Santiago Nino). Es más, Ferrajoli prefiere hablar de “iusconstitucionalismo” para distinguirse de esas propuestas y se afana en mantener la formalidad y neutralidad de su teoría, sin perder su practicidad[5].

Con todo, la propuesta de Ferrajoli es discutible, al menos, en lo que se refiere a su neutralidad. Como afirma Marina Gascón, por mucho que la Teoría utilice el método axiomático para reelaborar y fundamentar conceptos jurídicos, en esa lógica se suelen aportar conceptos cuyo propósito parece poder derivar a partir de ellos tesis valorativas concretas[6]. Lo más asombroso es que Ferrajoli parece aceptar esto[7], y esta es la razón por la que ha recibido serias críticas. Dudosamente, se puede ofrecer una Teoría formal (formalizada) no meramente descriptiva (porque es práctica), pero acrítica puesto que sólo constata la realidad jurídica de los Estados constitucionales de Derecho. Resulta un tanto artificioso dentro de la defensa del paradigma constitucional aspirar a dejar de lado la cuestión de los valores, y entender de manera generalizada que el sistema de derechos está suficientemente justificado para ser generalizado desde una Teoría formal a todos los sistemas jurídicos[8].

No es necesario romper con el positivismo, como por ejemplo piensa Manuel Atienza. Resultaría menos delusorio admitir que el Derecho es *puesto* por una autoridad, pero

---

[4] FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., pp. 66-67.

[5] FERRAJOLI, L., “Principia iuris. Una discusión teórica”, en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 393-434.

[6] En este sentido, GASCÓN ABELLÁN, M., “Principia iuris: caracterización de una Teoría jurídica”, en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 233-244, especialmente véase p. 237.

[7] FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democracia*, Laterza, Roma-Bari, vol. I, 2007, por ejemplo, p. 23.

[8] Esta crítica es realizada por RUIZ MIGUEL, A., “Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita”, en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 355-368, en concreto, p. 359.

posee conexiones (aunque contingentes) con la Moral. Esta propuesta es la del "positivismo matizado o inclusivo", defensor de las conexiones entre el Derecho y la Moral, pero no cualquier Moral sino aquella históricamente incorporada en el Derecho y cuyo origen es, sin duda, la tradición ilustrada. De esta forma, es mucho fácil constatar que los sistemas jurídicos actuales dentro del paradigma constitucional no sólo incluyen criterios formales de validez, sino también materiales[9]. Esto quiere decir que todas las normas del ordenamiento han de ser respetuosas con unos contenidos morales mínimos si quieren formar parte del ordenamiento y desplegar efectos jurídicos. Esta incorporación de la Moral al sistema jurídico no da lugar a la confusión entre Derecho y Moral, sino que presume aceptar una estrecha relación entre el Derecho y una Moral legalizada, esto es, entre el Derecho y la Ética pública consensuada. Por ello, las corrientes positivistas defensoras de esta perspectiva, han dejado de ser teorías meramente descriptivas del Derecho para considerarse valorativas, es decir, preocupadas por el *deber ser* del Derecho.

En el terreno de la Teoría de los derechos fundamentales, esta visión del Derecho no sólo puede ser extrapolable, sino que es todavía más evidente, ya que los derechos fundamentales son esas propuesta morales históricas que han sido positivizadas en la norma suprema del ordenamiento jurídico (la Constitución), siendo concreciones de los valores de la libertad, igualdad y solidaridad que se remiten al concepto abstracto de dignidad humana. En definitiva, forman parte de esa Moral legalizada del ordenamiento y, en consecuencia, permiten dilucidar las conexiones existentes entre Derecho y Moral. El concepto meramente formal de derechos que ofrece Ferrajoli es insuficiente porque en la Teoría de los derechos fundamentales son inseparables la dimensión material y formal. Las cuestiones sobre el concepto y el fundamento de los derechos desde una perspectiva ético-filosófica han de incidir sobre la configuración jurídica de esos derechos y la dotación de garantías a los mismos, sobre todo en los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales de Derecho como el español.

A continuación, esta trabajo se propone analizar algunos aspectos esenciales de lo que se puede denominar la teoría jurídico-material y jurídico-formal de los derechos, con el

---

[9] FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. a cargo de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 52 y ss. Véase, en el mismo sentido, HART, H.L.A "Poscript" en HART, H.L.A- DWORKIN, R., *La decisión judicial*, estudio preliminar de César Rodríguez, trad. Magdalena Holgín, Bogotá, 1999.

fin de comprender cómo la introducción de conceptos sustanciales en las estructuras jurídicas no rompe con la concepción positivista. Solamente la matiza en lo que se refiere a la concepción del Derecho y los derechos, y su relación con una Moral (una Moral que no es, por lo demás, necesariamente *objetiva*). Evidentemente, esto tiene consecuencias destacables en la interpretación y reformulación de los actuales derechos constitucionales y sus garantías.

2. Algunos aspectos de la Teoría jurídico-material de los derechos fundamentales: una propuesta ético-filosófica para el concepto y fundamento de los derechos a raíz del debate en torno a *Principia iuris*.

Atienza ha criticado que en la teoría de los derechos de Ferrajoli la cuestión del concepto y, sobre todo, de la justificación moral de los derechos están prácticamente ausentes, ya que este autor ha preferido centrarse en su exigibilidad[10]. Ciertamente, las tesis de Ferrajoli en torno al concepto y fundamento de los derechos adolecen de algunas contrariedades que, desde el punto de vista de este trabajo, no quedan bien solventadas. Esto no significa que estas cuestiones no hayan sido tratadas en absoluto por Ferrajoli[11].

En primer lugar, toda Teoría de los derechos debe enfrentarse con un problema inicial que es la imprecisión que rodea el propio término de derechos. La gran cantidad de términos y adjetivaciones de la noción no es aleatoria sino fruto de las distintas concepciones existentes. Por ello, aunque no es momento de introducir las diversas propuestas[12], es importante comenzar por la elección de una determinada expresión puesto que no es lo mismo hablar de derechos humanos que de derechos morales o derechos fundamentales.

La expresión *derechos fundamentales* utilizada por Ferrajoli parece acertada. Convenientemente, se entiende que los derechos son pretensiones morales que han sido

---

[10] FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., pp. 150-151. Véase también ATIENZA, M., "Tesis sobre Ferrajoli", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 213-216.

[11] Véase, por ejemplo, FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit.

[12] Véase el monográfico de *Derechos y Libertades,* núm. 1 (1993), sobre "Concepto de los derechos y problemas actuales".

recogidas por el Derecho positivo para configurar derechos jurídicos. Ahora bien, es relevante destacar que en la doctrina española y extranjera la fundamentalidad[13] ha sido atribuida a los derechos por diversas razones. Así, por mencionar algunos autores, se ha considerado que los derechos son fundamentales gracias a una razón sustancial *objetiva* que se refiere a un valor fundamental que justifica la situación jurídica protegida (así, lo ha defendido, por ejemplo, Eusebio Fernández[14]). También se ha entendido que los derechos son fundamentales por su resistencia o inmunidad dentro de un sistema jurídico-constitucional (véase Robert Alexy[15]). Igualmente, se ha puesto especial énfasis en su función jurídica principal, que es la de servir de *test* de validez sustancial del resto de normas jurídicas (Gianluigi Palombella[16]). Otros prefieren una doble razón, es decir, los derechos son fundamentales tanto por su relación con valores, como por su función y jerarquía normativa (así fue entendido, en principio, por Gregorio Peces-Barba[17], y luego completado por Rafael de Asis[18] o Luis Prieto[19]).

Esta última opción *dualista* se considera plausible desde esta investigación. Así, los derechos son fundamentales porque se reconducen a la noción abstracta y general de dignidad humana concretada en los valores de libertad, igualdad y solidaridad, que no son ni objetivos ni inmutables sino fruto del continuo cambio inducido por el reencuentro y diálogo con otras culturas y la transformación de las propias necesidades consideradas básicas. Asimismo, los derechos son fundamentales gracias a la función que ejercen en el ordenamiento jurídico al que pertenecen. Como se verá posteriormente, los derechos actúan como reglas, principios e institutos a través de los cuales se forma una esfera que irradia fuerza y también limita a todo el sistema.

---

[13] Esta es la clasificación realizada por BARRANCO AVILÉS, *Discurso de los derechos*, *Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996.

[14] FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.

[15] ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

[16] PALOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. J. Calvo González y C. Monereo Atienza, Trotta, Madrid, 2006.

[17] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

[18] DE ASIS, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, 2001.

[19] PRIETO-SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

Con todo, Ferrajoli prefiere considerar que los derechos son fundamentales gracias a la característica formal de su *universalidad en la atribución* en un ordenamiento jurídico[20]. Ferrajoli propone un concepto *teórico y formal* de derechos fundamentales porque considera que lo hace desde el punto de vista de la Teoría formal del Derecho. Para este autor "son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos 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 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"[21]. Este concepto es, en primer lugar, *teórico* en cuanto que se refiere a los derechos fundamentales positivizados, pero no en relación a un determinado ordenamiento jurídico. De ahí que sea posible afirmar que un régimen totalitario carece de derechos fundamentales. En segundo lugar, es un concepto *formal o estructural*, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación.

Ferrajoli no tiene en cuenta la estrecha relación que existe entre la dimensión formal y material de los derechos a la hora de conceptualizarlos. No dice nada de su contenido y únicamente añade que se trata de un contenido indisponible (negativa y positivamente) para la política y el mercado, concentrándose en la noción de universalidad en referencia al sistema jurídico[22]. De esta forma, se sitúa en una posición no cognoctivista de la Moral y se resiste a hablar de otro tipo de universalidad de los derechos que no sea la jurídica. Ahora bien, Ferrajoli afirma que el constitucionalismo y el universalismo de los derechos no se opone al multiculturalismo, antes bien, son su máxima garantía[23].

---

[20] FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 314.

[21] FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2001 (1ª ed. 1999), p. 37. También, FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit. p. 19; y FERRAJOLI, L., "Principia iuris. Una discusión teórica", op. cit., pp. 416 y ss.

[22] FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales", en *Cuestiones constitucionales*, núm. 15 (julio/ diciembre 2006), pp. 113-136, especialmente pp. 116-117.

[23] FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales", op. cit., p. 126.

Tradicionalmente si algo definía claramente a los derechos humanos era su universalidad, pero desde el fenómeno de la globalización se ha cuestionado ese carácter universal de los derechos ya que es evidente y unánimemente reconocido que existe una contradicción entre su proclamación teórica en textos internacionales ratificados por muchos Estados, y su inobservancia práctica, en esos mismos Estados y en otros que no adheridos a los pactos. En esta clase de afirmaciones hay, sin embargo, una confusión de los distintos planos en que puede hablarse de universalidad. La universalidad de los derechos puede referirse a tres dimensiones distintas: la racional, esto es, la titularidad de los derechos que siendo racionales y abstractos se adscriben a todos los seres humanos y tienen *pretensión* de validez general de los criterios de moralidad contenidos en ellos; la temporal, donde los derechos, siendo racionales y abstractos, están al margen del tiempo y son válidos en todo momento histórico; y la espacial, en el que se entiende por universalidad la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción[24]. Entre todos estos planos, sólo el racional permite seguir hablando de la universalidad de los derechos, aunque intentando corregir la excesiva abstracción en la titularidad de los derechos, que descontextualiza al ser humano y facilita la exclusión ideológica de amplios colectivos. Con todo, Ferrajoli es escéptico ante la Moral y se resiste a pensar en una justificación de la pretensión de validez general de criterios de moralidad. Simplemente, da *por hecho* que los derechos están reconocidos en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales y que, no necesitando de adhesión alguna, podrían (no deben ser) ser aceptados moralmente por todos[25]. De este modo, se olvida que el reconocimiento y contenido de los derechos requiere de múltiples concreciones nada aleatorias y que tienen consecuencias prácticas en la efectividad y garantía de los derechos. Se ha llegado a un reconocimiento de los derechos *más o menos* general a través de Convenio y tratados, pero sin especificar realmente los contenidos cuya justificación es esencial para el establecimiento de garantías. No es de extrañar, por tanto, que desde sectores de pensamiento tanto progresistas como conservadores se acepten los pactos internacionales y se hable del fundamento de dignidad humana para llegar a

---

[24] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, BOE/UCIII, Madrid, 1999 (1ª ed. 1995), p. 299.

[25] FERRAJOLI, L., "Sobre los derechos fundamentales", op. cit., p. 133. FERRAJOLI, L., "Principia iuris. Una discusión teórica", op. cit., p. 418.

conclusiones conceptuales y prácticas de los derechos muy distintas[26]. Por ello, se requiere ahondar en el fundamento porque afecta, sin duda, al concepto jurídico y garantías de los derechos.

Algunos autores piensan que los derechos pueden considerarse universales pero si se entiende la universalidad racional, temporal y abstracta de derechos *contextualizados* fruto de la historia y de *una* cultura *universalizable*[27]. Se entiende que es posible predicar la universalidad racional de los derechos, aunque sólo sea *a priori*, pensando que los derechos se adscriben a las personas en tanto *sujetos morales*. Esto significa que la universalidad no se basa en una Moral objetiva, sino en la Moral contenida en los derechos jurídicos en el tiempo y potencialmente en el espacio. Esta Moral considera a las personas como fines y no como medios, de tal manera que se consideren seres con unas características particulares (pensar, por ejemplo), que han de estar en las condiciones oportunas para elegir libremente sus planes de vida[28]. Aún con todo, esta concepción de la universalidad no deja de ser criticable, ya que la visión de los derechos procede, sin duda, de una visión cultural concreta que tiene la pretensión de extrapolarse universalmente más allá de un concreto sistema jurídico. De ahí, la necesidad de tomar las cautelas necesarias que eviten los argumentos de una supuesta superioridad de nuestra cultura, y que promuevan la flexibilidad y el diálogo entre culturas contrapuestas[29].

No se trata de entender que el constitucionalismo y el universalismo de los derechos por sí mismo *ya promueve* la multiculturalidad porque esta afirmación se hace, sin duda, desde la cultura occidental de los derechos. Se requiere un concepto de universalidad *metodológica*, es decir, que promueva el consenso sobre unos mínimos (quizás

---

[26] MONEREO ATIENZA, C., "Panorama actual del pensamiento español en torno al género y los derechos", en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm.23 (2011), pp. 378-329.

[27] PÉREZ LUÑO, A.E., "La universalidad de los derechos humanos", en VVAA, *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000. Véase, asimismo, PÉREZ LUÑO, A. E., "Sobre la universalidad de los derechos humanos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XV (1998), pp. 95-110.

[28] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 311. También, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La universalidad de los derechos", en *Doxa*, núm. 15/16 (1994), pp. 613-634.

[29] DE LUCAS, J., "Para un discusión de la nota de universalidad de los derecho. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)", en *Derechos y libertades*, núm. 3 (1994), pp. 259-312. Véase también BARRANCO AVILES, M. A., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011.

partiendo de los mínimos establecidos jurídicamente), pero sin "cotos vedados" por la cultura occidental, un consenso desde la diversidad y la autocrítica sincera. Es cierto que Ferrajoli no acepta la idea del "coto vedado" propuesto por Ernesto Garzón Valdés, ni del "territorio inviolable" de Bobbio. Defiende una "esfera de lo indecible" como categoría estructural del sistema constitucional, tanto en un sentido negativo (sobre lo que la mayoría no puede decidir) como en positivo (lo que es obligatorio desarrollar). Esta esfera afecta a los poderes públicos pero también a los privados, esto es, al mercado[30]. No obstante, esta asunción teórica no es neutral y sirve obviamente para justificar un concepto preciso de los derechos como un conjunto indivisible (sin marginación de los derechos sociales) para disfrutar de una vida digna. Esta propuesta es plausible y este trabajo se adhiere a esta visión de los derechos, pero no es, sin lugar a dudas, neutral ni acrítica.

Un concepto de *universalidad metodológica* de los derechos sería aceptable y útil en relación al concepto de derechos. El sentido de universalidad que ofrece Ferrajoli añade nada o casi nada a la histórica pretensión de universalidad. Tampoco Ferrajoli resuelve ciertas dificultades al tratar de la universalidad en un ordenamiento en particular, ya que el ejercicio de un derecho en el marco de un sistema jurídico siempre suele someterse a determinadas condiciones o requisitos (edad, nacionalidad, etc...). Ferrajoli justifica que un sistema jurídico es más igualitario cuanto más sujetos se incluyan en el status de los derechos. Quizás habría que preguntarse, entonces, en base a qué *debe ser* más igualitario. Asimismo, la universalidad como atribución a todos los sujetos se ve fuertemente comprometida por el proceso de especificación de los derechos. Y es que, ciertamente, los bienes protegidos por los derechos fundamentales no afectan por igual a todos los ciudadanos que se encuentran en circunstancias diversas (así sucede con las mujeres quienes históricamente han sido discriminadas).

Todas estas dificultades se resumen en una crítica ante la dudosa propuesta del concepto teórico y formal de derechos. Ferrajoli no introduce en su definición de los derechos la dimensión axiológica, que es también fundamento de los mismos. No se trata de confundir el concepto y el fundamento puesto que no existe una conexión

---

[30] FERRAJOLI, L., "La esfera de lo indecible y la división de poderes", en *Estudios constitucionales*, año 6, núm.1 (2008), pp. 337-342. Véase también BOVERO, M., "Que no es decidible. Cinco regiones del coto vedado", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 217-226.

absolutamente necesaria entre ambos términos: mientras el concepto responde al *qué* y *para qué* de los derechos, el fundamento atiende al *por qué*[31]. Sin embargo, todo concepto de los derechos presupone una toma de postura sobre su fundamentación, y toda justificación parte de un concepto previo de los derechos"[32]. La relación entre concepto y fundamento es evidente, como indiscutible es también la conexión entre la dimensión formal y material de la Teoría. Consecuentemente, parece aceptable la opción dualista en la que existe un núcleo de certeza que define los derechos como pretensiones morales individuales (dimensión moral) que se incorporan históricamente al Derecho positivo (dimensión jurídica) para legitimar el Estado de Derecho. En efecto, el término derechos fundamentales permite expresar la vertiente jurídica, esto es, la necesaria positivización de los derechos para considerarlos como tales[33], sin olvidar la moralidad de los mismos. Sin la moralidad, se correría el peligro de caer en la falacia positivista de considerar los derechos como expresiones del poder, es decir, de caer en la tesis que entiende que los derechos son "lo que dice el legislador que son", por mucho que exista una Constitución que los establezca. Hay algo más en los derechos fundamentales y es que su fundamento se encuentra en la Moral, una Moral que se ha legalizado y que está basada en una serie de valores reconducibles al concepto abstracto y cambiante de dignidad humana.

Probablemente, el concepto de derechos de Ferrajoli es incompleto en el marco de una Teoría donde la dimensión formal y material están íntimamente unidas. Es complicado ofrecer un concepto meramente teórico y formal de los derechos sin hacer referencia a los contenidos morales (por supuesto, los legalizados).

De todos modos, no es que Ferrajoli muestre un gran desinterés por la justificación moral, como afirma el profesor Atienza[34]. Esta misma crítica se hizo a Bobbio cuando declaró que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es

---

[31] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 102.

[32] DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, op. cit., p. 5.

[33] PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Curso de los derechos fundamentales,* op.cit., p. 160.

[34] FERRAJOLI, L., "Principia iuris. Una discusión teórica", op. cit., p. 417.

el de fundamentarlos, sino el de protegerlos[35]. Esta frase ha sido, posiblemente, mal interpretada. En realidad, parece que Bobbio, como Ferrajoli, se sitúa más en una posición positivista basada en presupuestos no cognocitivistas de los valores éticos, jurídicos y políticos. Es decir, *no es que no* considere importante hablar del fundamento sino que, simplemente, defiende la *existencia de varios fundamentos posibles*[36], sin que se pueda conceder prioridad o conocimiento absoluto a uno de ellos. Por esta razón sigue siendo conveniente optar por fundamentaciones dirigidas a buscar "las mejores razones" para justificarlos, y no una razón absoluta que conlleve la defensa de una Moral objetiva (que es lo que proponen Moreso y Atienza)[37].

Este tipo de fundamentos "débiles" no quitan importancia a la cuestión de la justificación moral, que continúa siendo esencial por varias razones. Por un lado, porque la opción elegida hará variar el sistema de garantías, pudiendo tener consecuencias en la protección mayor de unos derechos sobre otros. Por otro lado, porque el fundamento puede conducir al establecimiento de unas garantías distintas que afectarán al contenido esencial de los derechos, a la interpretación e incluso validez de las normas[38]. En suma, si realmente se quiere proteger a los derechos, es necesario ofrecer una fundamentación material.

Ferrajoli analiza el fundamento de los derechos en varios escritos en los que establece cuatro criterios axiológicos[39]: la igualdad, la democracia, la paz y las leyes del más débil. No obstante, su propuesta justificatoria presenta nuevas dudas.

En primer lugar, la igualdad se remite a la noción *formal* de igualdad en los derechos y se conecta con la noción de universalidad racional. En este sentido, hay que decir que

---

[35] Esta tesis fue formulada en la ponencia "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" del Simposio en L´Aquila del 15 al 19 de septiembre de 1964 y reiterada en "Presente y porvenir de los derechos" en otro Simposio en Turín en diciembre de 1967. En cualquier caso las traducciones españolas tienen esta referencia: BOBBIO, N., "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *El problema de la guerra y las vías para la paz*, trad. J. Binaghi, Gedisa, Madrid, 1982, p. 128; y en "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" y "Presente y porvenir de los derechos humanos", en *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asis Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 61 y 63.

[36] BOBBIO, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", op. cit., pp. 61-62.

[37] El mismo Bobbio, por ejemplo, considerara como fundamento de los valores las necesidades del hombre (BOBBIO, N., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giapichelli, Torino, 1948). Sobre la propuesta de Moreso, véase FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., p. 132, 165.

[38] DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista,* op. cit..

[39] FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 315 y ss.

introducir el concepto de la universalidad sólo es posible sobre la defensa de la idea de persona digna, es decir, de la noción abstracta de dignidad humana cuyo origen está en la tradición ilustrada que introduce unos mínimos y valores materiales modelados por el tiempo y el diálogo real e intercultural. La noción de dignidad humana se concreta en los derechos fundamentales considerados como un conjunto indivisible, pero no se identifica, como pretende Ferrajoli, con ellos y mucho menos con su igual atribución a todos los individuos. La dignidad es, más bien, una meta a conseguir por todos. Para ello, además, los valores y, en concreto, la igualdad no pueden ser mirados desde una perspectiva meramente formal. Difícilmente puede hablarse de igualdad formal sin igualdad material. La igualdad material es entendida como igualdad en el punto de llegada y se refiere a las medidas y recursos materiales precisos para que todos disfruten de una vida digna.

El segundo criterio axiológico es la democracia[40]. En este punto resulta difícil reconocer el carácter fundamental de los derechos en virtud de su contribución a la democracia. Los derechos son fundamentales por el lugar que ocupan en un Estado de Derecho, y no por su relación con la democracia[41]. La concepción de los derechos debe ser definida por un mínimo o, utilizando la expresión hartiana, un núcleo de certeza[42] que comprende a los derechos como la traducción normativa de aspiraciones morales de las personas y como elementos legitimadores del sistema político y jurídico del Estado de Derecho. Por tanto, los derechos fundamentales son en esta concepción elementos claves en la configuración del Estado de Derecho. El problema está en la propia definición de la democracia. Ferrajoli define la democracia como *democracia sustancial* o *democracia constitucional* cuyas características son: en primer lugar, que el poder del pueblo a la hora de adoptar decisiones colectivas es un "poder limitado"; en segundo

---

[40] FERRAJOLI, L., "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", en Doxa, núm. 16 (abr 2002) (fecha de consulta 4 de marzo de 2012, www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml).

[41] PALOMBELLA, G., "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría", en *Doxa*, núm. 22 (1999), pp. 525-579, en concreto, p. 531.

[42] HART, H.L.A, *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Cap. VII; también, CARRIÓ, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, y del mismo autor *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1971.

lugar, que los derechos fundamentales aluden a todo el pueblo y no sólo a la mayoría; y, en tercer lugar, que existen límites al poder de reforma de la Constitución[43].

Esta forma de entender la democracia es criticable, aunque la crítica de este trabajo no coincide con la realizada por Atienza. Para Atienza, resulta incoherente que Ferrajoli hable de una democracia sustancial desde la Teoría del Derecho, mientras es reticente a la hora de ofrecer un concepto de derechos no meramente formal[44]. Sin embargo, Ferrajoli tampoco habla de contenidos concretos cuando conceptualiza la democracia. Sólo dice que hay que contenidos que ahora limitan a las democracias. Por eso, más bien, las dudas que se quieren plantear desde esta investigación tienen que ver con la posibilidad de defender una democracia que no sea *política*, es decir, de una democracia sin más[45]. La democracia sustancial de Ferrajoli no se consigue con normas constitucionales que disciplinan el área de lo indecidible, porque, entonces, la legitimación de la Constitución se hace depender de su fuerza democrática y no desde luego de su fuerza jurídica. Como Afirma Gialuigi Palombella "el punto de vista jurídico es el que les permite aparecer como una limitación al contenido de la deliberación pública (la cual en cambio indica una democracia sustancial). El punto de vista político explica cómo esa democracia lo es por virtud del presupuesto contrario, es decir, gracias al hecho de que las normas fundamentales son entendidas como imputables al pueblo soberano"[46]. La Constitución estatuye, en fin, un tipo particular de Estado de Derecho, el constitucional, pero éste no coincide "estructuralmente" con el surgimiento de la democracia. Esto quiere decir que la relación entre Estado de Derecho y democracia es contingente: los Estados constitucionales de Derecho representan un paso adelante para la democracia, porque refuerzan jurídicamente las condiciones de vida democrática, pero ello no es siempre necesario. De este modo, el cambio que se produce gracias a los derechos fundamentales no es un cambio de democracia (de la formal a la sustancial), sino una transformación del Estado de Derecho como Estado

---

[43] FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 343-350. Véase también FERRAJOLI, L., "La democracia costituzionale", en VULPIANI, P. (a cura di), *L´accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Armando Editore, Roma, 1998.

[44] Véase FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., p.158.

[45] PALOMBELLA, G., "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría", op. cit.

[46] PALOMBELLA, G., "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría", op. cit., p. 578.

Constitucional de Derecho. Aún así, es indudable que en la práctica el Estado constitucional de Derecho *tiende* a establecer un sistema de organización política democrática, y que cuando ello sucede los contenidos constitucionales han de ser respetados por todos los poderes.

El tercer y cuarto de los criterios axiológicos en la concepción de los derechos de Ferrajoli son la paz y la tutela del más débil. A este respecto, habría que decir que ambos son más bien metas u objetivos de los derechos fundamentales, y no tanto sus fundamentos axiológicos. Además, puede ser peligroso entenderlos como fundamentos de los derechos fundamentales porque puede llevar a considerarlos como elementos justificadores de ciertas acciones que permitan instauran la paz o la tutela del más débil, aunque sea por la fuerza. Ferrajoli, obviamente, niega que esto sea posible y se muestra acertadamente pacifista[47]. No obstante, los derechos fundamentales han sido dudosamente utilizados en ocasiones como argumentos para las intervenciones bélicas que persiguen instaurar una democracia o una determinada concepción de los derechos. De esta manera, se precisa cautela en el uso retórico de los derechos en cuanto nunca podrán utilizarse para la justificación de acciones que conlleven la muerte y la miseria de inocentes[48].

En conclusión, desde este trabajo se considera esencial (y para nada banal o insuficiente[49]) ofrecer un concepto que incluya elementos de una Moral no objetiva, y un fundamento *débil* de los derechos basado en una Moral legalizada que remita al concepto de dignidad humana concretada en los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad, si bien todos ellos entendidos de manera cambiante, esto es, como fruto de la historia y del diálogo.

---

[47] Véase, por ejemplo, FERRAJOLI, L., "Guerra ética y derecho", en Ragion pratica, núm. 7 (1999), pp. 17-28.

[48] MAZZARESE, T., "Guerra e diritti: tra etica e retorica", en *Ragion pratica*, núm. 13 (1999), pp. 13-23. También ZOLO, D., "La guerra come strumento di protezione dei diritti dell´uomo", en MAZZARESE, T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 257-271.

[49] Así lo considera, por ejemplo, RUIZ MIGUEL, A., "Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita", op. cit.; ó ATIENZA, M., "Tesis sobre Ferrajoli", op. cit.

3. La Teoría jurídico-formal de los derechos fundamentales: la positivización jurídica y las garantías de los derechos en divergencia con las tesis planteadas en el debate con Ferrajoli.

Los derechos fundamentales han sido plasmados jurídicamente en los sistemas actuales a través de constituciones, leyes, reglamentos y sentencias. Pero es la plasmación constitucional la que permite afirmar que los derechos disfrutan de una jerarquía superior. Gracias a su constitucionalización, los derechos irradian fuerza a todo el sistema, y son *test* de validez sustancial del resto de las normas jurídicas. Esta función no queda infravalorada por los problemas en su plasmación positiva, en concreto en el caso del sistema jurídico español. La Constitución española supone un esfuerzo por delimitar el alcance positivo de los derechos fundamentales a partir de una formulación en la que se entremezclan instrumentos de positivización y mecanismos de protección. Sin embargo, existe serias dudas sobre la perfección técnica del texto, así como sobre la complejidad y heterogeneidad de los medios de positivización empleados[50].

En cualquier caso, los problemas que suscita la Constitución española son propios de la situación política en el que se elaboró el texto. El tránsito desde el autoritarismo a la democracia, con el consiguiente deseo de plasmar constitucionalmente el mayor número de libertades, y la propia ambigüedad de las circunstancias políticas del proceso de transición, llevaron a un fácil consenso sobre la necesidad de dar a los derechos fundamentales una importancia "fundamental", pero que no implicó un acuerdo sobre el contenido y función de tales derechos[51]. Consecuentemente, las imprecisiones lingüísticas en la calificación de los diversos derechos, y asimismo los diferentes niveles y garantías establecidos.

A parte de esto, una cuestión trascendental que ha sido foco del debate de *Principia iuris* de Ferrajoli es si el concepto jurídico de derechos puede analizarse en base a su estructura. Un amplio sector de la doctrina española y extranjera ha llevado a cabo una distinción fuerte entre las denominadas reglas y los principios que conduce a una clasificación jerárquica de los derechos. Autores como Dworkin o Alexy, y también

---

[50] PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 69.

[51] PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 57.

Juan Ruiz Manero y el propio Atienza defienden que la diferencia entre principios y reglas no es sólo de grado sino cualitativa[52]. En general, se entiende que las reglas son normas estructuralmente *cerradas*, ya que se aplican a manera de disyuntivas, mientras que los principios son normas *abiertas*, debido a que carecen de supuesto de hecho y consecuencia jurídica determinada, y su aplicación gradual. Alexy afirma que "los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"[53] y son calificados como *mandatos de optimización*. En cambio, "las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no"[54] y se les llama *mandatos definitivos*.

La diferencia entre reglas y principios se muestra con claridad en el conflicto de reglas y en las colisiones de principios. Cuando existe un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado de las siguientes maneras: primera, se introduce una cláusula de excepción que elimina el conflicto o se declara invalida una de las reglas o incluso las dos; segunda, se utilizan máximas como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*; o tercera, se puede proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto. Por el contrario, la colisión de principios es muy diferente. Cuando entran en colisión dos principios que abstractamente tienen la misma importancia, un principio cede al otro en la medida en que se dan determinadas circunstancias, es decir, se lleva a cabo una ponderación de los intereses en juego. Una consecuencia de esta diferenciación es que las reglas y los principios tienen un carácter *prima facie* distinto. Mientras el principio no determina cómo resolver la relación entre una razón y su opuesta, la regla contiene una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Alexy añade que, ciertamente, las reglas pueden debilitar su carácter definitivo a través de la introducción de una cláusula de excepción. También los principios pueden reforzar su carácter *prima facie* a partir de una argumentación a favor de determinados principios. Esto se conecta con la cuestión de la moralidad. Alexy es consciente de la dificultad que presenta, por un lado, una Moral objetiva, universal y cognoscible (cuya existencia parece dar a entender R. Dworkin), y, por otro, los criterios

---

[52] DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 66. ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit, p. 86. ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

[53] ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit, p. 86.

[54] ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit, p. 87.

de moralidad que siempre se recogen en los principios. Formula, así, un tercer criterio del papel moral de los principios: éstos no garantizarían la presencia en el Derecho de una moral correcta, pero sí el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica[55]. Esta conexión entre Derecho y Moral desvirtúa los presupuestos positivos. Atienza critica la tesis del "todo o nada" de Dworkin y la concepción de los principios como "mandatos de optimización" de Alexy, pero está de acuerdo con el resto.

Ferrajoli, de nuevo, no está dispuesto a cruzar la líneas del positivismo, y entiende que todos los derechos son reglas porque son derechos subjetivos. Esta afirmación teórica, no obstante, tiene un objetivo concreto que el mismo Ferrajoli afirma: no se puede devaluar ningún derecho. Ciertamente, no es razonable la devaluación de ningún derecho, pero es dudoso defender que los derechos sean siempre reglas en un sentido fuerte. Esto es fuertemente reprochado por Atienza ya que, según afirma, da lugar a una concepción uniformadora de los derechos que no da cuenta de la realidad práctica de los mismos en los ordenamientos actuales[56]. Y también es criticado por Prieto, aunque desde una perspectiva distinta y más acorde con esta investigación[57].

Desde este trabajo, se considera que el problema principal no está en si los derechos se califican estructuralmente de una manera o de otra, sino en si es posible hablar de la diferenciación estructural entre diferentes tipos de normas. En este sentido, no cabe devaluar derechos porque resulta dudoso que la mayor vaguedad, el menor peso o el carácter más abierto sean adjetivaciones plausibles en la práctica. De hecho, son muy amplias y difícilmente concretables (es decir, sería muy difícil determinar cuánta vaguedad es necesaria para considerar una norma como principio, por ejemplo). Por eso, como viene a defender Prieto en otros escritos[58], la distinción entre reglas y principios es una distinción débil en base a la función que realizan las normas en determinados contextos. Lo esencial en la configuración jurídica es la función que

---

[55] ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 84.

[56] FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, op. cit., p. 152.

[57] PRIETO SANCHÍS, L., "Principia iuris: una Teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 355-368.

[58] Veáse, por ejemplo, PRIETO SANCHÍS, P., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

cumplen los derechos, que es tanto objetiva como subjetiva. Normalmente, los principios ejercen una función objetiva ya que son elementos informadores de todo el sistema jurídico; por su parte, las reglas suelen tener una función subjetiva puesto que se articulan como derechos que protegen la dignidad del individuo. Todos los derechos actúan a veces como reglas y a veces como principios.

Otra cosa distinta es que se siga diferenciando de manera fuerte tipos de normas en base a la estructura con el fin de clasificar ideológicamente los derechos en orden a su importancia[59]. Así, por ejemplo, se han intentado apreciar los derechos económicos, sociales y culturales como meros principios ponderables, y dependientes de factores externos (políticos, económicos y sociales), frente a los derechos individuales, civiles y políticos que son entendidos como reglas fuertes. Por contra, esta idea es difícil de aceptar si se considera que todos los derechos son fundamentales (por su fundamento, y también su posición y función jurídica como institutos que determinan los criterios de validez sustancial del resto de normas).

En el sistema jurídico español los derechos sociales son limitados a derechos con una función meramente objetiva, y se suele afirmar erróneamente que son principios y no reglas. Por contra, la cuestión es que son normas, igual que el resto de los derechos, que deberían funcionar a veces como reglas y a veces como principios. Las reticencias en la consideración de los derechos sociales como auténticos derechos subjetivos son más bien de tipo ideológico. Por ejemplo, se tiende a considerar los derechos sociales como simples derechos prestacionales, esto es, derechos que conllevan sólo acciones positivas. De esta forma, se sostiene que los derechos individuales, civiles y políticos son derechos que generan obligaciones negativas, mientras los derechos económicos, sociales y culturales dan lugar a obligaciones positivas. Esta crítica basada en la dificultad y la necesidad de intervención de los poderes públicos en la satisfacción de los derechos sociales, no parece ser tan clara. En realidad, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales generan una red compleja de obligaciones negativas y positivas, puesto que, en cualquier caso, las intervenciones públicas no sólo son fácticas sino también normativas. Aunque es cierto que en caso de los derechos

---

[59] MONEREO ATIENZA, C., "Herramientas para una Teoría de los Derecho sociales (discusión doctrinal)", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXII (2005), pp. 265-290. Véase también, MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social: los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.

sociales los deberes positivos fácticos son más, cuantitativamente hablando, la diferencia no es sustancial sino en todo caso sólo de grado[60].

Por esta razón, conviene afirmar que la dimensión subjetiva de los derechos sociales existe. Los derechos sociales dan acogida a las exigencias de la dignidad humana, y, por tanto, debería ser posible su articulación como verdaderos derechos subjetivos. Las dificultades que se presentan pueden resolverse mediante la reinterpretación constitucional o la reformulación de sus garantías.

El problema de la propuesta de Ferrajoli es que no acepta que los derechos (cualquier a de ellos) puedan actuar a veces como principios. En esta tesis Ferrajoli se separa también de las corrientes neoconstitucionalistas. Si bien es cierto que la excesiva fe en el poder judicial (más o menos salvaguarda por el razonamiento jurídico) puede ser peligrosa, no es menos cierto que los jueces, que están obligados a resolver todos los conflictos, se ven en muchas ocasiones en la tesitura de razonar y ponderar entre derechos, sobre todo porque la Constitución configura una pluralidad de mundos posibles, siendo a la vez directamente aplicable[61]. Parece que Ferrajoli defiende que los derechos y, en general, los contenidos constitucionales están fijados y sobre ellos no caben diferentes opciones. Pero no existe realmente una esfera fija de lo que es decidible y lo que no, porque la Constitución representa una pluralidad de voces[62]. Esto debilita, en parte, el paradigma constitucional, pero a la vez lo refuerza. Lo debilita, porque hay que cuidar que la ponderación judicial no suponga en realidad una violación del contenido esencial de los derechos. Lo refuerza, porque un sistema constitucional solamente es posible desde la pluralidad. Efectivamente, entender que los derechos están fijados y limitados *ex ante* es dudoso. En la argumentación del juez no hay

---

[60] ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 257. ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 24-25. Véase, asimismo, ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, CH., "Hacía la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, núm. 1 (1997), pp. 3-55; CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 17-21; y RABOSSI, E., "Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica", en *Revista de IIDH*, núm. 18 (1993), pp. 45-73, en concreto p. 53.

[60] BARRADA, A., "Los derechos de seguridad social en la Constitución española de 1978", en *Revista de la Seguridad Social*, núm. 2 (abr/jun 1979), p. 37.

[61] MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, p. 167. También MORESO, J.J., "Ferrajoli o el constitucionalismo optimista", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 279-288.

[62] PRIETO SANCHÍS, L., "Principia iuris: una Teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", op. cit., p. 341.

solamente constatación o verificación (ni siquiera como metas), ya que no existe un contenido *verdadero* del Derecho[63].

En relación a lo anterior, una última cuestión fundamental que se quiere abordar en esta investigación es el tema de las garantías de los derechos. En la teoría iuspositivista pura kelseniana no se pueden separar derechos y garantías, con lo cual si no existe garantía tampoco existe derecho subjetivo[64]. Por el contrario, Ferrajoli ha justificado la separación entre derechos y garantías al distinguir entre garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras son las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, mientras las secundarias se refieren a la posibilidad de la acción procesal, puesto que aluden a las obligaciones por parte de los órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten hechos ilícitos y actos no válidos respectivamente[65]. De esta manera, las primeras serían constitutivas del derecho, no así las segundas que en ciertos casos pueden faltar, es decir, pueden constituir una *laguna* que debe ser colmada en razón al principio de plenitud del ordenamiento jurídico. Para Ferrajoli tanto las lagunas (vicio por omisión) como las antinomias (vicio por comisión) son estructurales o en sentido fuerte dentro de un Estado constitucional con normas sustanciales que el legislador no puede violar[66]. Si existe alguno de estos vicios, entonces la Constitución deviene inaplicada. Esta es la razón, por ejemplo, por la que hay que establecer necesariamente garantías secundarias para los derechos sociales. Según Ferrajoli, no se está hablando de las clásicas lagunas y antinomias. Las lagunas y antinomias tradicionales no eran vicios, porque se solucionaban a través de diferentes

---

[63] PRIETO SANCHÍS, L., "Principia iuris: una Teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", op. cit., p. 348.

[64] KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2002 (12ª ed.). Actualmente, véase, por ejemplo, Riccardo Guastini o Danilo Zolo. Véase GUASTINI, R., "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 57-62.También ZOLO, D., "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 75-104.

[65] FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantero Bandrés, Trotta, 1989. Igualmente, FERRAJOLI, L., "Diritti fondamentali", en *Teoria Política*, núm. 2 (1998), pp. 3-33, y del mismo autor "Garanzie, en *Parolechiave*, núm. 19 (1999), pp. 15-32.

[66] FERRAJOLI, L., "Principia iuris. Una discusión teórica", op. cit., p. 413.

criterios jurídicos. En este caso, se afirma que la plenitud y la coherencia son principios *iuris tantum*, que se reconocen por la supremacía jerárquica de la Constitución.

Positivamente, Ferrajoli parece tener razón en que no pueden confundirse derechos y garantías. Esta confusión tiene sus raíces en la teoría imperativista de Kelsen que entiende los derechos como reflejo de deberes identificados con la aplicación de la norma sancionatoria. Aún con todo, la critica que se puede dirigir a Ferrajoli es que la Constitución no puede venir inaplicada cuando no existe legislación de desarrollo. La Constitución y los derechos establecidos en ella son directamente aplicables. El principio de plenitud se trata de un principio prescriptivo lógico-formal dirigido al legislador que no implica una obligación jurídica[67]. Por ello, la distinción entre derechos y garantías se justifica más adecuadamente a través de una teoría funcional de los derechos según la cual éstos son fundamentales porque están en la Constitución, siendo reglas de reconocimiento de otras reglas y pudiendo ser aplicados directamente. Es decir, los derechos, tengan o no garantías, existen porque son criterios de validez sustancial del resto de las normas de un sistema jurídico. En el caso de que no se prevean garantías para un determinado derecho, lo que sucede es que el comportamiento es *ilegítimo* en cuanto no es conforme a la norma de reconocimiento que tutela un determinado bien. De esta manera la obligación de cumplimiento de la norma nace del principio estático de la incompatibilidad con los contenidos mínimos normativos y no del principio dinámico de plenitud[68].

4. Conclusiones.

1. Ferrajoli asume una Teoría formal del Derecho en cuanto Teoría formalizada. Considera que la tradicional división tridimensional del estudio del Derecho es insuficiente para estudiar los ordenamientos jurídicos que se insertan en el paradigma constitucional, y defiende que la Teoría del Derecho así configurada ofrece una visión global y unitaria del Derecho que es acrítica. Desde este trabajo, no obstante, se quiere entender que existe una estrecha conexión entre Teoría formal y material del Derecho, ya que el Derecho es un Derecho *puesto* por una autoridad pero posee conexiones

[67] PALOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos,* op. cit., p. 22.

[68] PALOMBELLA, G., *La autoridad de los derechos,* op. cit., p.28.

(contingentes) con la Moral. Así, se entra de lleno en el terreno del positivismo matizado que acepta que el sistema incluye criterios formales y materiales de validez. Esta consideración ha resuelto que las corrientes positivistas hayan dejado de ser teorías meramente descriptivas del Derecho para considerarse valorativas, es decir, preocupadas por el *deber ser* del Derecho.

2. En esta línea, se debería entender que en la Teoría de los derechos fundamentales son inseparables la dimensión material y formal. Por esta razón, las cuestiones sobre el concepto y el fundamento de los derechos desde una perspectiva ético-filosófica han de incidir sobre la configuración jurídica de esos derechos y la dotación de garantías a los mismos, sobre todo en los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales de Derecho como el español. Sin embargo, las tesis de Ferrajoli en torno al concepto y fundamento, y la estructura y garantías de los derechos plantean algunas dudas.

3. Ferrajoli entiende adecuadamente que los derechos fundamentales son pretensiones morales que han sido recogidas por el Derecho positivo para configurar derechos jurídicos. Ahora bien, para este autor la fundamentalidad de los derechos viene dada gracias a la característica formal de su *universalidad en la atribución* en un ordenamiento jurídico. Ferrajoli propone un concepto *teórico y formal* de derechos fundamentales porque considera que lo hace desde el punto de vista de la Teoría del Derecho y no de la Filosofía política. No tiene en cuenta la estrecha relación que existe entre la dimensión formal y material de los derechos a la hora de conceptualizarlos. Además, se concentra en la dudosa y problemática noción de universalidad en referencia al sistema jurídico, ya que no quiere entrar en cuestiones materiales que vayan más allá de la Teoría formal. Por contra, un concepto de *universalidad metodológica* de los derechos sería aceptable y útil en relación al concepto de derechos. El sentido de universalidad que ofrece Ferrajoli no añade nada o casi nada. El problema principal del concepto de derechos propuesto por Ferrajoli es la ausencia de la dimensión axiológica en el concepto de los derechos, que es también fundamento de los mismos. No se trata de confundir el concepto y el fundamento, sino de aceptar la estrecha relación entre ambos. Por eso, parece aceptable la definición *dualista* de los derechos. Según el dualismo existe un núcleo de certeza que define los derechos como pretensiones morales individuales (dimensión moral) que se incorporan históricamente al Derecho positivo (dimensión jurídica) para legitimar el Estado de Derecho.

Precisamente, el término derechos fundamentales permite expresar la vertiente jurídica, esto es, la necesaria positivización de los derechos para considerarlos como tales, sin olvidar la moralidad de los mismos.

4. En cuanto al fundamento, Ferrajoli ofrece un fundamento *débil* (no cognocitivista de los valores) con cuatro criterios axiológicos: la igualdad, la democracia, la paz y las leyes del más débil. No obstante, su propuesta justificadora es imprecisa. En primer lugar, la igualdad se remite a la noción *formal* de igualdad en los derechos y se conecta con la noción de universalidad racional. Para Ferrajoli la dignidad humana se identifica con los derechos fundamentales que han de ser igualmente atribuidos a todos los individuos. No obstante, la dignidad humana no es exactamente eso. Se trata de una meta abstracta que se concreta en derechos pero no se identifica necesariamente con ellos. Además, difícilmente puede hablarse de igualdad meramente formal. La igualdad formal no puede subsistir sin igualdad material, y ésta hacer referencia a aspectos sustanciales concretos. En segundo lugar, resulta difícil reconocer el carácter fundamental de los derechos en virtud de su contribución a la democracia. Los derechos son fundamentales por el lugar que ocupan en un Estado de Derecho, y no por su relación con la democracia. Es decir, la transformación producida por los derechos fundamentales no es de la democracia (de la formal a la sustancial), sino del Estado de Derecho como Estado Constitucional de Derecho. En tercer lugar, los criterios axiológicos de la paz y la tutela del más débil son metas u objetivos de los derechos fundamentales y no tanto sus fundamentos axiológicos. Se añade que puede ser peligroso considerarlos fundamentos puesto que podría conducir a pensar los derechos fundamentales como elementos justificadores de ciertas acciones que permiten instauran la paz o la tutela del más débil. Así ha sucedido en ocasiones en que los derechos y la democracia se han esgrimido como razones legítimas para llevar a cabo intervenciones bélicas, algo que está muy lejos de las tesis pacifistas de Ferrajoli.

5. Respecto al concepto jurídico de derechos, se ha intentado definir y clasificar los derechos en base a su estructura como reglas y principios. Ante esta división, Ferrajoli no está dispuesto, con razón, a minusvalorar ningún derecho y tampoco a cruzar las líneas del positivismo. No obstante, opina que todos los derechos son reglas al ser derechos subjetivos. Por el contrario, desde este trabajo se considera que el problema principal no está en si los derechos se califican estructuralmente de una manera o de

otra, sino en si es posible hablar de la diferenciación estructural de normas (y derechos). Se defiende que todos los derechos son un conjunto indivisible y no existe jerarquía de derechos, aunque en base a la tesis según la cual no cabe una distinción fuerte sino de débil entre reglas y principios. De este modo, una misma norma (por ejemplo, la que establece *cualquier* derecho) actúa a veces como regla y a veces como principio. En el conflicto entre derechos, el juez no solo constata o verifica, sino que en su argumentación debe ponderar. Ferrajoli es escéptico ante esta idea porque entiende que existen unos límites de los derechos fijados *ex ante* en la Constitución. Pero resulta más razonable aceptar, con las cauteles necesarias, que la actividad del juez consiste en muchas ocasiones en ponderar.

6. El último tema tratado es el de las garantías de los derechos. En la teoría iuspositivista pura kelseniana no se pueden separar derechos y garantías. De esta forma, si no existe garantía, tampoco existe derecho subjetivo. Ferrajoli tiene razón al decir que no se pueden confundir derechos y garantías. Para ello, distingue entre garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras son parte del derecho, las secundarias pueden faltar, pero entonces se consideraran lagunas que hay que colmar según el principio de plenitud del ordenamiento. El problema de esta tesis es que el principio de plenitud se trata de un principio prescriptivo lógico-formal dirigido al legislador que no implica una obligación jurídica. No es posible entender que la Constitución queda inaplicada si no se colma la laguna (por ejemplo, no es razonable pensar que la Constitución queda inaplicada porque no existe desarrollo legal de ciertos derechos sociales). La Constitución es, por el contrario, directamente aplicable. En suma, la distinción entre derechos y garantías se justifica más apropiadamente a través de una teoría funcional de los derechos según la cual éstos son fundamentales porque son reglas de reconocimiento de otras reglas. De este modo, los derechos, tengan o no garantías, existen porque son criterios de validez sustancial del resto de las normas de un sistema jurídico. Si no hay garantías previstas, entonces existe un problema derivado del principio estático de la incompatibilidad con los contenidos mínimos normativos, y no del principio dinámico de plenitud.

5. Bibliografía citada.

ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, CH., "Hacía la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, núm. 1 (1997), pp. 3-55.
- *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
ATIENZA, M., "Tesis sobre Ferrajoli", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 213-216.
ATIENZA, M. Y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
BARRADA, A., "Los derechos de seguridad social en la Constitución española de 1978", en *Revista de la Seguridad Social*, núm. 2 (abr/jun 1979), pp. 27-83.
BARRANCO AVILÉS, *Discurso de los derechos*, *Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996.
- *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011.
BOBBIO, N., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giapichelli, Torino, 1948.
- *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. y trad.a cargo de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.
- "Presente y porvenir de los derechos humanos", en Id. *El problema de la guerra y las vías para la paz*, trad. J. Binaghi, Gedisa, Madrid, 1982.
- "Sobre el fundamento de los derechos del hombre" y "Presente y porvenir de los derechos humanos", en Id., *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asis Roig, Sistema, Madrid, 1991.
BOVERO, M., "Que no es decidible. Cinco regiones del coto vedado", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 217-226.
CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 17-21.
DE ASIS, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, 2001.
DE LUCAS, J., "Para un discusión de la nota de universalidad de los derecho. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)", en *Derechos y libertades*, núm. 3 (1994), pp. 259-312.
Derechos y Libertades, núm. 1 (1993), sobre "Concepto de los derechos y problemas actuales".
DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989.
FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.
FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantero Bandrés, Trotta, 1989.
- "Diritti fondamentali", en *Teoria Política*, núm. 2 (1998), pp. 3-33.
- "La democracia costituzionale", en VULPIANI, P. (a cura di), *L´accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Armando Editore, Roma, 1998.
-"Guerra ética y derecho", en Ragion pratica, núm. 7 (1999), pp. 17-28.
- "Garanzie, en *Parolechiave*, núm. 19 (1999), pp. 15-32.

- *Derechos y garantías*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2001(1ª ed. 1999).
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. a cargo de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001.
- "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", en Doxa, núm. 16 (abr 2002) (fecha de consulta 4 de marzo de 2012, www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml).
- "Sobre los derechos fundamentales", en *Cuestiones constitucionales*, núm. 15 (julio/diciembre 2006), pp. 113-136.
- "Principia iuris. Una discusión teórica", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 393-434.
- "La esfera de lo indecible y la división de poderes", en *Estudios constitucionales*, año 6, núm.1 (2008), pp. 337-342.
FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009 (2ª ed.).
GASCÓN ABELLÁN, M., "Principia iuris: caracterización de una Teoría jurídica", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 233-244.
GUASTINI, R., "Tres problemas para Luigi Ferrajoli", en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. a cargo de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 57-62
HART, H.L.A "Poscript" en HART, H.L.A- DWORKIN, R., *La decisión judicial*, estudio preliminar de César Rodríguez, trad. Magdalena Holgín, Bogotá, 1999.
KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2002 (12ª ed.).
MAZZARESE, T., "Guerra e diritti: tra etica e retorica", en *Ragion pratica*, núm. 13 (1999), pp. 13-23.
MONEREO ATIENZA, C., "Herramientas para una Teoría de los Derecho sociales (discusión doctrinal)", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXII (2005), pp. 265-290.
- *Ideologías jurídicas y cuestión social: los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.
- "Panorama actual del pensamiento español en torno al género y los derechos", en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm.23 (2011), pp. 378-329.
MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997.
MORESO, J.J., "Ferrajoli o el constitucionalismo optimista", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 279-288.
PALOMBELLA, G., "Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría", en *Doxa*, núm. 22 (1999), pp. 525-579.
- *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. J. Calvo González y C. Monereo Atienza, Trotta, Madrid, 2006.
PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.
- "La universalidad de los derechos", en *Doxa*, núm. 15/16 (1994), pp. 613-634.
- *Curso de derechos fundamentales*, BOE/UCIII, Madrid, 1999 (1ª ed. 1995).

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.
- "Sobre la universalidad de los derechos humanos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XV (1998), pp. 95-110.
- "La universalidad de los derechos humanos", en VVAA, *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.
PRIETO-SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- "Principia iuris: una Teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 355-368.
RABOSSI, E., "Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica", en *Revista de IIDH*, núm. 18 (1993), pp. 45-73.
RUIZ MIGUEL, A., "Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita", en *Doxa*, núm. 31 (2008), pp. 355-368.
ZOLO, D., "Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales", en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. a cargo de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp.75-104.
- "La guerra come strumento di protezione dei diritti dell´uomo", en MAZZARESE, T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 257-271.