



Casa abierta al tiempo

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA**  
Unidad Iztapalapa

**División de Ciencias Sociales y Humanidades.**

**“Democracia sustancial, Luigi Ferrajoli y los Derechos Fundamentales.”**

**ICR que presenta:**

**Andrea Mercedes Prado Cruz.**

**Matrícula:**

**2183800715.**

**Para obtener el grado de:**

**Maestra en Humanidades (Filosofía Moral y Política).**

**Director:**

**Dr. Luis Salazar Carrión.**

**Jurado:**

**Dr. Luis Salazar Carrión,  
Dr. Ricardo Bernal Lugo,  
Dr. Jesús Rodríguez Zepeda.**

**Iztapalapa, Ciudad de México, diciembre 2020.**

*Para Manuel*

## **Agradecimientos**

En estos dos años dedicados a la maestría son incontables las personas que me han apoyado y han contribuido de mil maneras diferentes para culminar este trabajo de investigación, ya sea con una sugerencia de algún texto o con un siempre esclarecedor dialogo. Sin embargo, hay algunas que merecen una mención especial.

En primer lugar, quiero agradecer a los profesores de la línea de investigación de Filosofía Moral y Política por su labor docente y tiempo de compartir sus conocimientos. Especialmente quisiera agradecer al Dr. Luis Salazar, la Dra. Carmen Trueba, la Dra. María Pía Lara y al Dr. Jesús Rodríguez.

Asimismo, quiero agradecerle a mi familia por todo su apoyo y cariño. Especialmente a mis abuelos, María Mercedes Ramírez y Esteban Jesús Cruz, a mi tía Cipatli Cruz Ramírez y a mi madre, María Mercedes Cruz.

Este trabajo de investigación no sería el mismo sin mis grandes amigos y colegas; Juan Carlos Cruz, y su gran trabajo de corrección de estilo, y Alfredo Pizano, con su siempre valiosa visión republicana y decolonial. Quisiera también mencionar a Ariela Wolkovich, José Rubén Palafox, Claudia Hernández y Julio César Rosales, sin cuya amistad y dialogo interminable, no sería la persona quién soy. Con especial cariño quiero agradecer a Juan Manuel Negrete por su gran paciencia, sus palabras de aliento y su siempre dispuesto oído para escuchar mi ideas e inquietudes.

## **Democracia sustancial, Luigi Ferrajoli y los derechos fundamentales.**

Introducción General.....	5
1. Derecho. ....	9
Introducción.....	9
1.1. El iusnaturalismo. ....	10
1.2. El ius positivismo. ....	14
1.3. El constitucionalismo garantista.....	18
2. Los problemas de la democracia: la democracia formal y el neoliberalismo. ....	24
Introducción.....	24
2.1. La relación política y economía.....	25
2.2. La relación entre política y derecho. ....	32
2.3. El concepto de democracia formal .....	38
3. La democracia sustancial. ....	47
Introducción.....	47
3.1. Los fundamentos de la democracia sustancial: los derechos fundamentales. ....	48
3.2. La democracia liberal y la democracia social.....	58
3.3. El horizonte de la democracia: más allá de la ciudadanía y la soberanía. ....	64
Conclusiones Generales .....	70
Referencias .....	74

## Introducción General

El presente trabajo tiene como objetivo defender la idea de que la introducción de una esfera sustancial, tanto en el derecho como en la democracia, es decir, un modelo cuatridimensional de la democracia basado en la garantía de los derechos fundamentales es necesaria para evitar la posible autodestrucción de los métodos democráticos, asegurando una esfera pública en la que la discusión pueda darse de manera pacífica. Asimismo, se considera que es una teoría coherente para repensar a la ciudadanía y a la soberanía, dando cuenta de que si se es consistente con la defensa de los derechos fundamentales es necesario extender su garantía más allá de los límites nacionales.

Así pues, este trabajo tiene como tema la formulación tanto del concepto de democracia como del constitucionalismo de Luigi Ferrajoli. Desde este enfoque se introduce una esfera sustancial, tanto en la democracia como en el derecho, y se considera insuficiente comprender a la democracia como algo puramente formal, es decir, definirla exclusivamente por el proceso democrático. En otras palabras, comprender la democracia como “un método de formación de decisiones políticas [...] que [se] atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros” (Ferrajoli, 2009, pág. 11). Esta forma de conceptualizar a la democracia resulta insuficiente y limitada para dar cuenta del estado constitucional del derecho y el estado de derecho<sup>1</sup>, los peligros de las mayorías<sup>2</sup> y el nexo entre soberanía popular, los derechos fundamentales y la garantía de estos.

El constitucionalismo garantista, propuesto por Luigi Ferrajoli, puede ser entendido como una respuesta a la situación, no sólo italiana, sino mundial, de las tendencias y políticas neoliberales, que impregnan no sólo a la economía, sino también a las decisiones dentro de diferentes Estados-Nación. Dicho modelo neoliberal, de acuerdo con Ferrajoli, ha invertido la relación entre política y economía, de forma que esta última prevalezca sobre la primera. En otras palabras, la esfera de lo privado se impone a la esfera de lo público, los intereses económicos privados son los que llevan las riendas de la política.

Ahora bien, la estructura analizada de la propuesta ferrajoliana del constitucionalismo garantista y del modelo cuatridimensional se extiende a la esfera de lo decidible. Propiamente el constitucionalismo toma sentido cuando se le ve desde la perspectiva del ejercicio pacífico de los derechos de autonomía política y civil. Un ejercicio, en este sentido, que se diferencia de un visón

---

<sup>1</sup> Referentes a la existencia de poderes no sujetos a la ley y al poder del pueblo.

<sup>2</sup> Una posible auto aniquilación de los métodos democráticos, la supresión de derechos fundamentales.

meramente formal de la democracia en tanto que no deja abierta la posibilidad de la supresión de los métodos democráticos, tanto por la omnipotencia de la mayoría como por un ejercicio de los derechos civiles que no se encuentre sujeto a derecho. Así como los derechos son considerados conquistas de las luchas sociales, esos mismos derechos que se han instituido constitucionalmente tiene como objetivo asegurar una esfera pública que permita que a través del ejercicio de los derechos políticos y civiles se incrementen y consoliden los derechos fundamentales.

El trabajo de investigación se divide en tres capítulos principales, el primero está dedicado al derecho y se subdivide a su vez en tres: 1.1 El iusnaturalismo, 1.2. El ius positivismo y 1.3. El constitucionalismo garantista; el segundo capítulo se ocupa de la democracia formal y el neoliberalismo, y se subdivide en: 2.1. la relación política y economía, 2.2. la relación entre política y derecho y, 2.3. el concepto de democracia formal; por último, el tercer apartado se enfoca a la democracia sustancial, dividiéndose en: 3.1. los fundamentos de la democracia sustancial: los derechos fundamentales, 3.2. la democracia liberal y la democracia social y, 3.3. el horizonte de la democracia: más allá de la ciudadanía y la soberanía.

El primer capítulo tiene como objetivo plantear los antecedentes del constitucionalismo, estableciendo su relación con las tradiciones del iusnaturalismo y el iuspositivismo. Por ello, en primer lugar, el iusnaturalismo es analizado a partir de dos obras de Norberto Bobbio: *Origen y fundamento del poder político e Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Se define al iusnaturalismo, no solo como “la doctrina según la cual existe y puede conocerse un “derecho natural”, o sea un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el estado (derecho positivo)” (Fasso, 2015, pág. 837), sino también como una teoría de la moral que hace pasar juicios de valor como derivados de juicios de hecho. Posteriormente, el apartado dedicado al iuspositivismo busca definirlo a partir de la división realizada por Norberto Bobbio, como *modo de acercarse al estudio del derecho, como teoría del derecho y como ideología*; así como distinguirlo del iusnaturalismo e identificar los límites de este que llevaron al surgimiento de paradigmas pospositivistas. Por último, el apartado dedicado al constitucionalismo garantista tiene por objetivo el definir al constitucionalismo, identificando las divergencias y similitudes entre las diversas formas del constitucionalismo, incluyendo al constitucionalismo principialista y al constitucionalismo garantista. Esto lleva a la caracterización del garantismo como un modelo

constitucionalista no antipositivista, sino que incluye al aspecto formal y procedimental del iuspositivismo y lo amplía por medio de la esfera sustancial del derecho.

El segundo capítulo tiene como objetivo dar cuenta de los límites de una visión puramente formal de la democracia a partir, por un lado, de analizar la crisis de la democracia planteada por Ferrajoli desde la relación entre política y economía, así como de la relación entre política y derecho; y, por otro lado, de analizar la dimensión formal del modelo cuatridimensional de la democracia y especificar como se distingue de visiones meramente formales de la democracia. En este sentido, se da cuenta, en primera instancia, de *la impotencia de la política frente a la economía, y la omnipotencia de la mayoría*, ambas problemáticas conllevan el análisis de los límites de la legitimidad y las características del modelo neoliberal. En segundo lugar, se amplía la concepción del constitucionalismo garantista planteada en el apartado 1.3 centrándose en la definición de la *legitimidad sustancial*, así como de los *límites y vínculos sustanciales*, y la definición del concepto de *esfera de lo indecible* como aquella que tiene como objetivo el delimitar a la acción política estableciendo límites de aquello que no puede ser decidido al mismo tiempo que plantea aquello que no puede no ser decidido. Por último, se define a la dimensión formal de la democracia, distinguiendo las características particulares de sus dos componentes principales: la democracia política y la democracia civil; y dando cuenta de la distinción entre *validez y vigencia* introducida por el constitucionalismo garantista con el objetivo de subsanar la incapacidad de la visión únicamente formal de la democracia para fundamentar los límites tanto de poderes públicos como privados, así como para garantizar los derechos fundamentales, y, la siempre presente posibilidad de que por medio de los procedimientos democráticos se ponga en riesgo a la democracia misma. Considerando que tanto en el ámbito civil como en el político la existencia de *poderes salvajes* es inaceptable para la garantía de los derechos fundamentales, y, en consecuencia, de la democracia.

Finalmente, el tercer capítulo tiene como objetivo analizar la dimensión sustancial de la democracia. Por ello, en primer lugar, se da cuenta de los derechos fundamentales a partir de cuatro tesis esenciales para la democracia constitucional: a) la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales, b) los derechos fundamentales como pilar de la democracia sustancial en tanto cimiento de la igualdad jurídica, c) el carácter supranacional de los derechos fundamentales y d) la relación entre derechos fundamentales y sus garantías. A continuación, se da cuenta, por un lado, de la *democracia liberal o, estado liberal de derecho*, que se sustenta en los derechos de

autonomía y libertad individuales; y, por otro lado, de la *democracia social* o, *estado social de derecho*, que se fundamenta en los derechos sociales. Con respecto a la democracia liberal, se pone especial atención a la laicidad del Estado, es decir, la independencia del derecho y la moral, así como la separación de instituciones jurídicas de ideologías o creencias religiosas o morales. Mientras que en lo concerniente a la democracia social se pone hincapié en su complementariedad con las otras esferas de la democracia y la relevancia del derecho a la supervivencia, entendido como “hacer vivir y no dejar morir” (Ferrajoli, 2014a, pág. 381). Por último, se da cuenta del sentido de la esfera de lo decidible y su papel con respecto al constitucionalismo garantista con el objetivo de trazar el horizonte del modelo cuatridimensional de la democracia más allá de las fronteras estatales.

## 1. Derecho.

### Introducción

El presente capítulo se divide en tres apartados, el primero está dedicado al iusnaturalismo. El cual es analizado especialmente a partir de dos obras de Norberto Bobbio: *Origen y fundamento del poder político e Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Se define al iusnaturalismo, no solo como “la doctrina según la cual existe y puede conocerse un “derecho natural”, o sea un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el estado (derecho positivo)” (Fasso, 2015, pág. 837), sino también como una teoría de la moral que hace pasar juicios de valor como derivados de juicios de hecho. Se concluye que el iusnaturalismo es una doctrina problemática debido tanto a la conexión que establece entre Moral y Derecho, como a la equívocidad del término naturaleza. Y se establecen las bases para comprender a las propuestas *neoconstitucionalistas* que siguieron a los modelos positivistas del derecho, con el objetivo de distinguirlos de la propuesta del constitucionalismo garantista que está a la base de la democracia sustancial de Luigi Ferrajoli.

El segundo apartado está dedicado al iuspositivismo, en esta sección se busca definir al positivismo jurídico, como *modo de acercarse al estudio del derecho*, en segundo lugar, *como teoría del derecho* y por último *como ideología*, así como distinguirlo del iusnaturalismo e identificar los límites del positivismo jurídico que llevaron al surgimiento de paradigmas pospositivistas. Cabe destacar que la diferencia fundamental entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo es que considera que el derecho “es creado y nulificado por los actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes” (Kelsen, 1995, pág. 134). Asimismo, se concluye que, como lo señala Bobbio, el verdadero error del positivismo jurídico fue el de “haber elevado la ideología de la obediencia a valor absoluto” (Bobbio, 2020, pág. 61), siendo esta forma ideológica de comprender al positivismo jurídico uno de los aspectos fundamentalmente criticados por diferentes doctrinas del constitucionalismo, incluyendo al constitucionalismo garantista.

El tercer apartado está dedicado al constitucionalismo garantista, en este se tiene por objetivo el definir al constitucionalismo, identificando las divergencias y similitudes entre las diversas formas del constitucionalismo, incluyendo al constitucionalismo principialista y al constitucionalismo garantista. Esto lleva a la caracterización del garantismo como un modelo constitucionalista no antipositivista, sino que incluye el aspecto formal y procedimental y lo amplía por medio de la

esfera sustancial del derecho. En otras palabras, distingue entre validez y vigencia y establece vínculos sustanciales de contenido para establecer la validez de las normas sin dejar de lado las formas de su producción. La definición de dicha doctrina resulta extremadamente relevante debido a que el constitucionalismo garantista se establece como una teoría de la democracia cuatridimensional fundamentada en la positivación de los derechos fundamentales y sin ésta no es posible dar cuenta de la democracia sustancial.

### 1.1. El iusnaturalismo.

De acuerdo con el Diccionario de Política de Norberto Bobbio, el iusnaturalismo puede definirse como “la doctrina según la cual existe y puede conocerse un “derecho natural”, o sea un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el estado (derecho positivo)” (Fasso, 2015, pág. 837). Es decir, se refiere a un derecho cuyo origen y legitimidad no se encuentra en un legislador. Así mismo, Fasso nos advierte de la equivocidad del término, señalando tres concepciones principales del iusnaturalismo, a saber: a) una ley divina y revelada, b) una ley natural “en cuanto algo físicamente connatural” (Fasso, 2015, pág. 837) y c) “la de una ley dictada por la razón, y especifica por lo tanto al hombre, que la vuelve a descubrir en forma autónoma dentro de sí mismo” (Fasso, 2015, pág. 837). Sin embargo, de acuerdo con Fasso, lo que las múltiples acepciones de iusnaturalismo tienen en común es la idea de un derecho, un sistema de normas, superior éticamente y cuya concepción es lógicamente anterior al Estado.

De acuerdo con Fasso, el iusnaturalismo cuenta con una larga historia, que se remonta hasta la antigua Grecia, y abarca figuras como la de Antígona de la tragedia de Sófocles e incluye a filósofos como Calicles, Hipias, Antifón y Alcidas, incluso permea a Platón y Aristóteles, así como a la filosofía estoica y a los padres de la iglesia, y pasa por figuras como San Agustín y Santo Tomás antes de llegar a su caracterización en la modernidad. Ahora bien, la tradición iusnaturalista que se examinará a mayor profundidad corresponde a la que da inicio con Thomas Hobbes.

En este sentido, resulta relevante destacar que el estudio del iusnaturalismo merece por sí mismo un análisis con mayor atención y profundidad, pero esto va más allá del objetivo del presente trabajo de investigación. Sin embargo, para dar cuenta de la relevancia de la tradición iusnaturalista en la filosofía del derecho y especialmente en el trabajo de Luigi Ferrajoli, se toma en cuenta el trabajo realizado por Norberto Bobbio en *Origen y fundamento del poder político e Iusnaturalismo*

y *positivismo jurídico*, los cuales abren la pauta para comprender los argumentos fundamentales del iusnaturalismo moderno.

En *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* Bobbio realiza un análisis crítico con respecto al iusnaturalismo, comenzando por evaluar los argumentos en contra del derecho natural. Dichos argumentos se resumen en seis ideas principales sobre el iusnaturalismo, a saber: a) la falta de eficacia, b) la no garantía de la paz y la seguridad, c) la extensión del derecho positivo por sobre el derecho natural, d) la equivocidad del término naturaleza, e) falta de unanimidad sobre lo justo y lo injusto y f) de llegar a un acuerdo sobre lo justo como natural ello no implica su validez. Cada uno de estos argumentos merece un análisis exhaustivo, sin embargo, para el propósito del presente se prestará atención específicamente a (d) la equivocidad del término naturaleza.

En principio, el término naturaleza en el iusnaturalismo hace referencia a la fuente y al fundamento del derecho, es decir, como se expuso anteriormente, el iusnaturalismo se caracteriza por considerar que existe un derecho previo al Estado. Sin embargo, Bobbio señala que esta forma de comprender el término naturaleza no hace referencia a un contenido en específico. En cambio, señala que al afirmar que existe una naturaleza que es el fundamento y fuente del derecho no se dice nada sobre que es de hecho dicha naturaleza. En otras palabras, “Esta naturaleza es, pues, tan complaciente que permite, por un lado, a los teóricos del Estado liberal exaltar lo natural de la libertad y, por otro lado, a un filósofo de una sociedad con esclavos justificar lo natural de la esclavitud” (Bobbio, 2018, pág. 161).

Ahora bien, antes de continuar analizando las consecuencias de este significado de naturaleza es necesario destacar que de acuerdo con Bobbio, existen dos afirmaciones que una doctrina tendría que llenar para considerarse como iusnaturalista: “1) una parte de las reglas de conducta del hombre en sociedad no es obra del hombre histórico [...] 2) la parte, mayor o menor, de estas reglas naturales se encuentra situada en un plano axiológicamente superior a la parte compuesta por reglas positivas” (Bobbio, 2018, pág. 175).

Lo que esta característica del término naturaleza y las dos afirmaciones sobre el iusnaturalismo nos señalan es que en ningún momento se establece el contenido de las normas naturales como un requisito para considerar a una doctrina como iusnaturalista. Esto hace del iusnaturalismo, lo que Bobbio denomina una teoría de la moral, un concepto que funciona como un medio de justificación y legitimación de una moral.

Para establecer lo que es natural, de acuerdo con Bobbio, los pensadores que recurren al iusnaturalismo hacen pasar juicios de valor como derivados de juicios de hecho. Es decir, que pretenden deducir desde un hecho, un valor. Sin embargo, para hacer esto “han atribuido ya un valor negativo o positivo a lo que ocurre” (Bobbio, 2018, pág. 164) En última instancia, lo que Bobbio señala, es que “el acuerdo sobre el hecho de que un cierto acontecimiento es natural no implica en modo alguno el acuerdo sobre la bondad” (Bobbio, 2018, pág. 164) o maldad del acontecimiento. Resumiendo, “lo que tienen en común las doctrinas que a lo largo de los siglos han recibido el nombre de derecho natural [...] es [...] haber sostenido un determinado fundamento o una determinada justificación de la moral, cualquiera que sea su contenido” (Bobbio, 2018, pág. 171)

En el espacio vacío de lo que es natural puede haber un sin número de cosas, sin embargo, Bobbio señala que en lo que podría llamarse iusnaturalismo moderno lo que se ha puesto dentro del caparazón de la naturaleza es la libertad individual y la concepción de un estado de naturaleza en el que se considera a los sujetos de manera individual. Es precisamente con respecto a este modelo que Bobbio aboca su análisis en *Origen y fundamento del poder político*.

Antes de comenzar con la recapitulación del trabajo de Bobbio es necesario mencionar que, en la obra antes mencionada, el jurista y filósofo italiano no realiza las distinciones y definiciones que se han retomado de *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Es decir, en *Origen y fundamento del poder político*, el autor no expone el iusnaturalismo como una teoría de la moral que cuenta con una historia amplísima, que no se limita de modo alguno al contractualismo o a figuras como Hobbes y John Locke. Sino que, parte del modelo iusnaturalista con respecto “al origen y fundamento del Estado y de la sociedad política (o civil), que desde Hobbes (que es el fundador) llega hasta Hegel incluido-excluido [destacando que] el modelo está construido sobre la gran dicotomía “estado (o sociedad) de naturaleza-estado (o sociedad) civil.” (Bobbio & Bovero , 1985, pág. 67). Así pues, es necesario comprender lo analizado por Bobbio con respecto a este modelo como un análisis de un modelo específico del iusnaturalismo y no como la definición última del mismo, comprendiendo que el iusnaturalismo puede dar cabida doctrinas diametralmente opuestas.

Bobbio establece seis elementos característicos del modelo iusnaturalista, mismos que son utilizados para hacer la comparación con el modelo aristotélico. En primer lugar (1) se considera que el punto de partida del modelo iusnaturalista es el estado de naturaleza, mientras que en el

modelo aristotélico lo que se encuentra como punto de partida es (a) “la sociedad natural original, la familia” (Bobbio & Bovero , 1985, pág. 74). En este punto cabe preguntarnos, tomando en cuenta lo planteado anteriormente si esta distinción es solamente en cuanto al contenido del modelo o si permea al modelo de justificación utilizado en cada caso. Parece ser que, a pesar de sostener valores distintos, ambos modelos se sirven de la idea de naturaleza de la que Bobbio habla en iusnaturalismo y positivismo jurídico.

En segundo lugar, en el modelo iusnaturalista se considera (2) una relación de contraposición entre el estado de naturaleza y el estado político, mientras que en el modelo aristotélico lo que se encuentra es (b) una relación de continuidad entre la familia y el Estado. En tercer lugar, en el modelo iusnaturalista (3) se considera de manera singular a los individuos desde el estado de naturaleza, mientras que en el modelo aristotélico en el estado original (c) los individuos no se encuentran aislados. En cuarto lugar, mientras que en el estado de naturaleza del modelo iusnaturalista (4) los individuos son libres e iguales en el modelo aristotélico (d) lo que hay son relaciones de superiores e inferiores. En quinto lugar, en el modelo iusnaturalista (5) el estado civil surge generalmente de manera artificial mientras que en el modelo aristotélico (e) el paso al Estado es resultado de causas naturales y no de un acto voluntario. Por último, en el modelo iusnaturalista (6) la legitimidad de la sociedad política es el consenso, mientras que en el modelo aristotélico (f) “el principio de legitimación de la sociedad política no es el consenso, sino el estado de necesidad” (Bobbio & Bovero , 1985, pág. 74).

Ahora bien, lo que es especialmente importante rescatar del análisis de Bobbio son las ideas de que, en el modelo liberal tienen un papel fundamental: los derechos naturales como límites del Estado y el concepto de legitimidad ligado al consenso. La primera de estas consideraciones puede ser puesta en duda, tomando en cuenta la definición del filósofo italiano del iusnaturalismo como un medio de justificación de una moral, ya que, el contenido de lo *natural* es variable y hace pasar un juicio de valor por un juicio de hecho. Por otro lado, sobre la legitimidad ligada al consenso, será necesario más adelante dar cuenta de los límites que una visión meramente formal de la participación y la legitimidad posee. El análisis de la relación entre política y economía, realizada por Ferrajoli resultará relevante en este punto de la reflexión, debido a que se propone dar cuenta de las consecuencias que los presupuestos del liberalismo tienen con respecto a la democracia.

## 1.2. El ius positivismo.

Para acercarse al paradigma del positivismo jurídico, de acuerdo con Norberto Bobbio, es posible definir tres perspectivas fundamentales desde las cuales se define al iusnaturalismo, a saber, como *modo de acercarse al estudio del derecho*, en segundo lugar, *como teoría del derecho* y por último *como ideología*. El primer aspecto desde el cual comprender al positivismo jurídico es definirlo como un modo para acercarse al estudio del derecho, con esto no hace referencia a un *método*.

Es decir, no se trata de instrumentos o técnicas sino de “la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros” (Bobbio, 2020, pág. 45). En este sentido el positivismo jurídico se caracteriza por distinguir entre *derecho real* y *derecho ideal*, esto implica que se diferencia entre hecho y valor. Consecuentemente, se considera que el deber del jurista se encuentra en el derecho real, en el hecho y no en el valor.

Asimismo, desde esta perspectiva ser positivista implica una postura éticamente neutral que “acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables” (Bobbio, 2020, pág. 47), dichos hechos verificables son hechos derivados de procesos y órganos específicos o, en dado caso, del comportamiento de cierto grupo. Esto no quiere decir que se niegue la existencia de “un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo” (Bobbio, 2020, pág. 48), en otras palabras, rechaza la vigencia del derecho natural por lo cual se encuentra fuera del área de trabajo del jurista y de la ciencia jurídica. En este sentido se considera que el objetivo de la ciencia jurídica es el de “proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema del derecho vigente” (Bobbio, 2020, pág. 48), por lo cual para cumplir dicho objetivo es necesario estudiar el ser del derecho y no el deber ser.

En segundo lugar, el positivismo jurídico puede entenderse como una teoría del derecho, definiendo una teoría como “un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente [...] el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella” (Bobbio, 2020, pág. 45).

En este sentido el positivismo jurídico se identifica con la *teoría estatal de derecho*, en palabras de Bobbio, “esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, de parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado” (Bobbio, 2020, pág. 49). Bobbio señala que, de acuerdo con Eugen Ehrlich existen tres principios del método del jurista, en primer lugar, afirma que “toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente” (Bobbio, 2020, pág. 49), el segundo principio determina que dicha regla preexistente proviene del Estado y, por último, señala que las reglas dadas por el Estado forman una unidad. Esto muestra que en el iuspositivismo como teoría del derecho se afirma la uniformidad de las normas dadas por el Estado y establece a dichas normas como la única fuente de decisiones judiciales.

Complementariamente, de acuerdo con Kelsen, las normas jurídicas “son siempre establecidas por un acto que deliberadamente tiende a crear derecho, excepto en el caso en que hallan su origen en la costumbre, es decir, en una forma de conducta generalmente observada” (Kelsen, 1995, pág. 134), sin que esto signifique que los individuos sean capaces de crear derecho intencionalmente a través de su conducta. La positividad del derecho recae en que “es creado y nulificado por los actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes” (Kelsen, 1995, pág. 134), esta es la diferencia fundamental entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, ya que desde este último, derecho natural se deriva de una norma básica cuya validez se deriva de la *naturaleza*. Mientras que en el iuspositivismo “un orden jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas” (Kelsen, 1995, pág. 134).

Por otra parte, la concepción estatal del derecho, las teorías concebidas como características del positivismo jurídico, se definen partir de cinco características fundamentales: A) El derecho se define como un “sistema de normas que se aplican por la fuerza” (Bobbio, 2020, pág. 51), B) “las normas jurídicas son mandatos” (Bobbio, 2020, pág. 51), C) la ley tiene primacía por encima de otras fuentes, D) el orden jurídico es pleno, no tiene lagunas y, por último, E) la labor del jurista es un únicamente lógico. Sin embargo, Bobbio señala que el iuspositivismo como teoría estatal es rechazada por la mayoría de los juristas de forma que se distingue entre teoría estatal y teoría social del derecho.

En relación con este punto, cabe destacar que, Kelsen realiza una distinción entre *ciencia del Derecho* y *ciencia sociológica del Derecho*. Por un lado, la ciencia del Derecho tiene un carácter meramente normativo y se centra en el estudio, de lo que debe ser según el Derecho” (Robles, 1976, pág. 185). Mientras que, por otro lado, la ciencia sociológica tiene por objetivo “la explicación del fenómeno a través de procedimientos inductivos” (Robles, 1976, pág. 184), parte de la observación y no puede definir condiciones jurídicas. Así pues, Kelsen incluye dentro de sus consideraciones del iuspositivismo una distinción entre lo normativo y el fenómeno.

Por último, en lo que respecta al iuspositivismo como ideología de la justicia, “representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal” (Bobbio, 2020, pág. 52). En este sentido, el concepto de ideología es entendido por Bobbio como una “toma de posición frente a una realidad dada [...] se expresa en juicios de valor” (Bobbio, 2020, pág. 45).

En consecuencia, en tanto ideología, es posible destacar dos tipos de argumentación del iuspositivismo, ambas desembocan en la consideración de que “las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas” (Bobbio, 2020, pág. 53), se establece como un deber moral de la obediencia de las normas jurídicas. Desde el primer tipo de argumentación la justicia del derecho jurídico se debe a su positividad, es decir, “de ser la emanación de una voluntad dominante” (Bobbio, 2020, pág. 52). En pocas palabras, la justicia se identifica con la validez. El segundo tipo de argumentación defiende que “el derecho [...] sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables” (Bobbio, 2020, pág. 52), esto es, considera que independientemente de su contenido puede asegurar justicia legal y por tanto, es necesario “prestar obediencia incondicional a sus prescripciones” (Bobbio, 2020, pág. 41).

De acuerdo con Bobbio, las críticas al positivismo jurídico han sido dirigidas principalmente a su configuración como ideología, especialmente debido a reclamos sobre su relación con “fenómenos típicos de totalitarismo” (Bobbio, 2020, pág. 58). Este reclamo resulta más claro al señalar que de acuerdo con Herbert Hart, la característica fundamental del positivismo jurídico es que las normas jurídicas no replican ni retribuyen necesariamente exigencias morales incluso si frecuentemente si las reproduzcan (Hart, 2009).

El filósofo británico incluso llega a afirmar que “dondequiera [que] la conducta humana es controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas [...] aunque las normas más abominables pueden ser justamente aplicadas, en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia” (Hart, 2009, pág. 255). Esto es debido a que Hart considera que diferenciar un buen sistema jurídico de uno malo a partir de su concordancia con aspectos morales resulta falaz. Sin embargo, ante los terrores de los totalitarismos el germen de la justicia resulta insuficiente para asegurar la supervivencia de los métodos democráticos solo a partir del aspecto procedimental de la democracia.

Por otro lado, de acuerdo con Bobbio es fundamental hacer una distinción, no es lo mismo afirmar que las leyes positivas deben ser obedecidas debido a que dichas leyes son justas, a afirmar que estas deben ser obedecidas sean o no justas debido a que “sirven para realizar valores sin los cuales ninguna sociedad podría sobrevivir” (Bobbio, 2020, pág. 59). De acuerdo con la primera afirmación, no existirían valores diversos. Por el contrario, de acuerdo con el segundo punto de vista, de acuerdo con Bobbio, la más atribuida a los positivistas, la obligación de obediencia a la ley se encuentra condicionada por 1) reconocer a las leyes como la forma idónea para obtener su propio fin y 2) la no contradicción de los valores del derecho con otros valores. Por tanto la preocupación de las leyes se finca en la eficacia para realizar ciertos fines, en este sentido, el filósofo italiano señala que el positivismo jurídico nació “en una época de gran fe en la bondad de las leyes, en la ciencia de la legislación [y por tanto] no se le pueden reprochar las consecuencias que han sido extraídas de aquellos principios en un régimen de leyes malas” (Bobbio, 2020, pág. 61). Bobbio considera que el verdadero error del positivismo jurídico fue el de “haber elevado la ideología de la obediencia a valor absoluto” (Bobbio, 2020, pág. 61).

Fue hasta la segunda mitad del siglo XX que el paradigma del iuspositivismo dejó de ser dominante en la ciencia jurídica y dio paso a nuevas teorías, especialmente aquellas que restauraron “la existencia de una serie de exigencias jurídicas anteriores e independientes de cualquier hecho social, la existencia de una especie de derecho distinto y anterior al derecho positivo” (Suárez Rodríguez, 2016, pág. 157), si bien algunas rescataron la denominación de *derechos naturales*, en su mayoría adoptaron un nuevo lenguaje a partir del concepto de derechos humanos. En este

sentido, en el siguiente apartado se dará cuenta de las tradiciones del constitucionalismo, especialmente del constitucionalismo garantista.

### 1.3. El constitucionalismo garantista

De acuerdo con Luigi Ferrajoli el derecho se encuentra en una crisis que es posible definir a partir de tres aspectos fundamentales. En primer lugar, está *la crisis de legalidad*, que consiste en la *ilegalidad del poder*, es decir, la falta de subordinación de los poderes públicos a la ley. En palabras de Ferrajoli, se trata “del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos [y] se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles.” (Ferrajoli, 2010, pág. 15).

El segundo aspecto de la crisis es la *inadecuación estructural de las formas del estado de derecho*, y se concreta en “la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria” (Ferrajoli, 2010, pág. 16). El tercer aspecto de la crisis del derecho está relacionado a la *crisis del Estado nacional*, esto es, el problema de la soberanía. Si bien se trata de una crisis triple, el aspecto fundamental que se toma a consideración es la crisis de la legalidad, ya que tanto el estado de derecho como la soberanía se fincan en ésta y puede desembocar en una crisis de la democracia.

Para Ferrajoli es de suma importancia recalcar que el derecho es una construcción humana artificial, la cual no tiene nada “de necesario en sentido determinista ni de sociológicamente natural [con respecto a la] ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos. No hay nada de inevitable y de irremediable en el caos normativo,” (Ferrajoli, 2010, pág. 18). Con esto se quiere señalar que resulta inaceptable repetir las falacias naturalistas al pasar del ser al deber ser del derecho, afirmando que “nuestros sistemas jurídicos son. como son porque no podrían ser de otro modo.” (Ferrajoli, 2010, pág. 17). En consecuencia, de acuerdo con Ferrajoli “la conquista más importante del derecho contemporáneo [es] la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos” (Ferrajoli, 2010, pág. 19). De esta forma, la legalidad es al mismo tiempo condicionante y condicionada tanto por vínculos formales como sustanciales.

En suma, el constitucionalismo garantista modifica al menos cuatro planos de los modelos positivistas clásicos. En primer lugar, modifica la teoría de la validez según la cual existe una identificación entre validez y vigencia ya que establece “una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones” (Ferrajoli, 2010, pág. 20), con esto se hace referencia a la consideración por parte de teóricos del derecho como Kelsen, Hart y Bobbio, de que sin importar el contenido de las normas estas se identifican con su “pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo” (Ferrajoli, 2010, pág. 20).

La segunda modificación se trata de la introducción de una dimensión sustancial a la visión procedimental de la democracia. Por un lado, se mantiene la dimensión formal y procedimental, y se agrega la especificidad del contenido normativo que son traducidos en vínculos sustanciales, tanto como deberes positivos como deberes negativos. La tercera modificación tiene que ver con la relación entre la ley y el juez, se trata de cambios en la teoría de la interpretación ya que requiere del reconocimiento de “los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional” (Ferrajoli, 2010, pág. 26), es decir, el juez tiene como deber la interpretación en sentido constitucional.

Finalmente, la cuarta modificación hace referencia a la *metateoría del derecho*, ya que la ciencia jurídica no tiene ya solamente un papel descriptivo sino uno crítico y proyectivo, es decir hay un cambio del rol de la cultura jurídica, de forma que “la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección.” (Ferrajoli, 2010, pág. 29).

El garantismo se define como “un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución” (Ferrajoli, 2014a, pág. 29), en otras palabras, el garantismo es equivalente al *estado constitucional de derecho*. Sin embargo, esta concepción del estado de derecho es una visión ampliada del clásico estado liberal. La visión reducida del estado de derecho abarca únicamente a los derechos de libertad y en estricto sentido

excluye a los derechos sociales considerando que estos solamente pueden incorporarse al estado de derecho “en el nivel legislativo y administrativo” (Gozzi, 2015, pág. 541).

Asimismo esta concepción del estado de derecho lo delimita a partir de cuatro estructuras del sistema político, a saber: a) la estructura formal de garantía de libertades fundamentales, b) la estructura material de libertad de competencia, c) la estructura social sobre la “cuestión social y las políticas reformistas de integración de la clase trabajadora” (Gozzi, 2015, pág. 542), y, d) la estructura política sobre la distribución del poder. Sin embargo, considera que la integración de los derechos sociales al mismo nivel que los derechos de libertades fundamentales alterarían la estructura formal y por tanto su añadidura viene solamente dada a partir del contexto social.

Así pues, el garantismo es un sistema que amplía la noción clásica de *estado liberal* en dos sentidos; por un lado, lo amplía abarcando a los poderes privados y no únicamente a los públicos, incluyendo tanto al poder judicial como al legislativo y ejecutivo; por otro lado, lo extiende a los derechos sociales. Esta concepción robusta del estado de derecho no es exclusiva del modelo garantista de Luigi Ferrajoli, sino que puede encontrarse en organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que define al estado de derecho como, “un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos” (Secretario General de las Naciones Unidas, 2004, pág. 5).

Esto quiere decir que el estado de derecho incluye normas formales y normas sustanciales, que someten tanto a derechos civiles como políticos, tanto en la autodeterminación privada como en lo concerniente a la representación política. A esto se añade que el constitucionalismo se caracteriza por “la subordinación de las leyes mismas al derecho expresada por el que he llamado principio de legalidad sustancial o de estricta legalidad” (Ferrajoli, 2013b, pág. 37). En otras palabras, existe una distinción entre vigencia y validez, siendo necesario dar cuenta de los contenidos de las normas y su compaginación con los derechos fundamentales. En el constitucionalismo no se deja de lado el aspecto formal del ius positivismo, sino que es una teoría normativa que “representa una interpretación semántica de tipo axiológico o normativo [...] anclada en la experiencia constitucional de las actuales democracias avanzadas.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 10) de la teoría formal del derecho.

Ahora bien, en lo concerniente al paradigma del constitucional es posible dar cuenta de diversas perspectivas sobre su relación con otras tradiciones jurídicas. Por un lado, está la perspectiva desde la cual se le concibe como “la continuidad con el viejo paradigma positivista del estado legislativo [al] ser considerado como el fruto de la simple introducción en el ordenamiento de un ulterior nivel normativo supra ordenado a la legislación ordinaria” (Ferrajoli, 2014a, pág. 22). Mientras que desde otra perspectiva el paradigma constitucional no tiene continuidad con el positivismo, sino que se considera que tiene una “tendencialmente iusnaturalista o ético objetivista” (Ferrajoli, 2014a, pág. 22). Este cambio de la tradición iuspositivista se dio a mitad del siglo XX y se dio a, en este sentido iusnaturalista, partir de “la existencia de una serie de exigencias jurídicas anteriores e independientes de cualquier hecho social, la existencia de una especie de derecho distinto y anterior al derecho positivo” (Suárez Rodríguez, 2016, pág. 157).

El constitucionalismo garantista de Ferrajoli busca plantear un camino diferente a los anteriormente mencionados sin dejar completamente de lado al positivismo jurídico definiendo a este último como “una concepción y/o modelo de derecho [que reconoce] como «derecho» cualquier conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para hacerlo, con independencia de sus contenidos y, por consiguiente, de su eventual injusticia” (Ferrajoli, 2014a, pág. 22). Asimismo, Ferrajoli se distancia de la contraposición entre *neoconstitucionalismo*, *constitucionalismo* y *positivismo jurídico*. Desde dicha oposición se define al neoconstitucionalismo como “un modelo teórico-jurídico empíricamente referido a los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas” (Ferrajoli, 2014a, pág. 24), mientras que al constitucionalismo se define como “la doctrina política de la limitación de los poderes públicos en garantía de determinados ámbitos de libertad” (Ferrajoli, 2014a, pág. 24), identificada con la *ideología política liberal*.

No obstante, la contraposición más radical es aquella entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Esta es rechazada completamente por Ferrajoli ya que, al considerar al neoconstitucionalismo como una superación antipositivista, se define al neoconstitucionalismo como “tendencialmente iusnaturalista” (Ferrajoli, 2014a, pág. 25). Desde esta clasificación no hay cabida para un constitucionalismo positivista, ya que es “fruto de la superposición del viejo enfrentamiento entre (neo)iusnaturalistas y (paleo)positivistas a la reflexión sobre el constitucionalismo” (Ferrajoli, 2014a, pág. 25).

Si bien el concepto utilizado para designar a la concepción iusnaturalista del constitucionalismo es la de neoconstitucionalismo, de acuerdo con Ferrajoli ésta “no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista, la cual resulta, de hecho, ignorada” (Ferrajoli, 2011, pág. 18). En sustitución de la contraposición entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo Ferrajoli propone los conceptos *constitucionalismo iusnaturalista* y *constitucionalismo iuspositivista*. Desde el constitucionalismo iusnaturalista se conciben a las normas constitucionales, especialmente a los derechos fundamentales como “principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los primeros objetos de argumentación y ponderación” (Ferrajoli, 2011, pág. 20).

Ahora bien, no todas las posturas antipositivistas o pospositivistas son consideradas iusnaturalistas, es por eso por lo que Ferrajoli añade una distinción más entre *constitucionalismo principialista* y el *constitucionalismo garantista*. Por un lado, el constitucionalismo principialista considera a los derechos fundamentales como “principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial” (Ferrajoli, 2011, pág. 21). Esto implica que los derechos fundamentales no son normas que pueden ser observadas o inobservadas sino que son principio a los cuales se puede apegar en diferentes grados y que “son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí, algo que ocurre a menudo.” (Ferrajoli, 2011, pág. 22)

Por otro lado, el constitucionalismo garantista se configura a partir de una normatividad fuerte considerando que “los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías.” (Ferrajoli, 2011, pág. 21). Esto implica que el constitucionalismo garantista es un modelo normativo en el que la producción de las normas se encuentra rígidamente sujeto a las normas constitucionales de modo que “sus violaciones [son consideradas] como antinomias o como lagunas, unas por acción y las otras por omisión, y en la obligación de la jurisdicción de anular las primeras y de la legislación de colmar las segundas.” (Ferrajoli, 2014a, pág. 29)

En este sentido el constitucionalismo garantista es el “pleno desarrollo tanto del positivismo jurídico, dado que consiste en la positivización de las mismas opciones a las que el legislador debe ajustarse, como del estado de derecho y de la democracia, puesto que comporta el sometimiento de

todo poder” (Ferrajoli, 2014a, pág. 10). De acuerdo con Ferrajoli la concepción constitucionalista de una ley sobre las leyes era inexistente hasta apenas la segunda mitad del siglo XX, es decir, “era inconcebible que una ley pudiera vincular a la ley, al ser ésta la única fuente, por ello omnipotente, del derecho, y tanto más si estaba legitimada democráticamente como expresión de la mayoría parlamentaria y por ello de la soberanía popular” (Ferrajoli, 2013b, págs. 39-40). De esto se derivaba una concepción meramente formal de la democracia, desde la cual había una identificación entre democracia y voluntad de la mayoría.

Recapitulando, existen tres significados del constitucionalismo garantista, como: 1) modelo jurídico, 2) teoría del derecho y 3) como filosofía política. En el sentido de modelo jurídico, el constitucionalismo se entiende como un modelo *paleo-positivista*, que se basa en la positivación “de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa” (Ferrajoli, 2011, pág. 25). Es decir, es el modelo desde el cual se señala tanto la existencia de leyes invalidas concebidas como antinomias, como la figura las omisiones llamadas lagunas; ambas figuras requieren de la intervención legislativa, unas para ser anuladas y otras para ser subsanadas.

En segundo lugar, al constitucionalismo garantista como teoría del derecho se le entiende como “una teoría que tematiza la divergencia entre deber ser (constitucional) y ser (legislativo) del Derecho.” (Ferrajoli, 2011, pág. 18), es decir, es la distinción entre vigencia y validez que se ha discutido anteriormente. Por último, el constitucionalismo garantista como filosofía se define como una teoría de la democracia, “como una teoría de la democracia sustancial, además de formal” (Ferrajoli, 2011, pág. 26) que se sustenta en los otros dos sentidos del constitucionalismo garantista y se estructura a partir de un sistema político-jurídico de cuatro dimensiones: política, civil, social y liberal. Dichas dimensiones se corresponden con los derechos fundamentales, mismos que no son *valores objetivos* como en las visiones iusnaturalistas, sino que son “conquistas históricamente determinadas, fruto de varias generaciones de luchas y revoluciones, y susceptibles de ulteriores desarrollos y expansiones” (Ferrajoli, 2011, pág. 26).

En suma, el constitucionalismo garantista es un nuevo paradigma del derecho y de la democracia que incluye al modelo iuspositivista desde el cual son positivados “los viejos «derechos naturales»” (Ferrajoli, 2011, pág. 27), de forma que se constituyen como *principios jurídicos*, fuente de legitimación y deslegitimación en tanto su capacidad crítica para la subsanación de lagunas y antinomias en la legislación. A su vez, el constitucionalismo garantista se establece como una teoría

de la democracia cuatridimensional fundamentada en la positivación de los derechos fundamentales.

## **2. Los problemas de la democracia: la democracia formal y el neoliberalismo.**

### Introducción

En este capítulo se tiene como objetivo, en primer lugar, dar cuenta de la relación entre política y economía y analizar el diagnóstico de Luigi Ferrajoli sobre los dos principales problemas en este ámbito. Se tratan de (1) impotencia de la política frente a la economía, y (2) la omnipotencia de la mayoría, ambas problemáticas conllevan el análisis de los límites de la legitimidad y las características del modelo neoliberal. Resulta especialmente relevante dos postulados de la tradición liberal: [A] la definición de los derechos económicos como libertades fundamentales y [B] las leyes naturales como leyes naturales (Ferrajoli, 2014a, pág. 138). Así pues, el primer apartado cimienta las bases para la problematización de la concepción meramente formal de la democracia en lo que respecta a *poderes salvajes* y la concepción limitada del Estado a partir de la tradición neoliberal.

En segundo lugar, en el segundo apartado se tiene por objetivo ampliar la concepción del constitucionalismo garantista planteada en el apartado 1.3 y se centra en la definición de la *legitimidad sustancial*, así como de los *límites y vínculos sustanciales*. Esto desemboca en el análisis del concepto de *esfera de lo indecible*, llegando a la conclusión que esta esfera tiene como objetivo el delimitar a la acción política de forma que establece límites de aquello que no puede ser decidido al mismo tiempo que plantea aquello que no puede no ser decidido. Sin la esfera de lo no decidible no es posible posteriormente definir a la esfera de lo decidible y plantear el problema de la esfera pública. Esto resulta fundamental debido a que el modelo cuatridimensional de la democracia no se limita a establecer una lista de derechos fundamentales, sino que es el resultado de la lucha por los derechos y como modelo tiene por objetivo tiene tanto la garantía de los derechos ya instituidos como la ampliación de estos.

Por último, en el tercer apartado se tiene como objetivo la definición del concepto de democracia formal, distinguiendo las características particulares de sus dos componentes principales: la democracia política y la democracia civil. Se llega a la conclusión de que, si bien el aspecto procedimental de la democracia es imprescindible para definir a un sistema como democrático, esta esfera no es suficiente para garantizar que los métodos democráticos no sean puestos en riesgo

desde los mismos métodos, como sucedió en las experiencias de los totalitarismos del siglo XX. Sin dar cuenta de la dimensión formal de la democracia y de los problemas planteados por una visión neoliberal del Estado no es posible dar cuenta de la novedad y relevancia de la esfera sustancial, no solo en el derecho sino en la democracia.

### 2.1. La relación política y economía.

El jurista y pensador italiano Luigi Ferrajoli, en su análisis de la realidad y en sus propuestas del constitucionalismo garantista, se enfrenta a las consecuencias de las políticas y modelo neoliberales en la actualidad. Específicamente en lo correspondiente a los derechos, al concepto de democracia y la concepción de la libertad, que se encuentran a la base de dicha tradición neoliberal y de los modelos liberales del Estado (Moreno, 2007).

El planteamiento de Ferrajoli tiene como fundamento las constituciones rígidas que surgieron al término de la segunda guerra mundial y es una respuesta a la situación, no sólo italiana, sino mundial, de las tendencias y políticas neoliberales, que impregnan no a la economía y a la toma de decisiones dentro de diferentes Estados-Nación. Dicho modelo neoliberal, de acuerdo con Ferrajoli, ha invertido la relación entre política y economía, prevaleciendo esta última sobre la primera. En otras palabras, la esfera de lo privado se impone a la esfera de lo público, los intereses económicos privados son los que llevan las riendas de la política. Dicha relación entre política y economía derivan en, (1) “la impotencia de la política en relación de la economía” (Ferrajoli, 2014a, pág. 166) y (2) “la omnipotencia de la política en relación con las personas y en perjuicio de sus derechos constitucionales” (Ferrajoli, 2014a, pág. 136).

Con respecto a (1) la sujeción de la política a la economía cabe señalar que, de acuerdo con Ferrajoli, en una democracia dentro de los cánones neoliberales las decisiones políticas se ven direccionadas por *los intereses privados de los más fuertes* (Ferrajoli, 2014a, pág. 169) y no por una suerte de voluntad general, y, mucho menos, por la garantía de los derechos fundamentales. Se encuentra la introducción de un poder despótico dentro de la democracia, donde más que una soberanía popular, se encuentra la siempre presente posibilidad de interferencia arbitraria en la vida de los individuos menos fuertes.

Con respecto a esta sujeción de la política a la economía, es necesario recordar que, de acuerdo con David Harvey, el neoliberalismo es “una teoría de prácticas económicas políticas que propone que

el bienestar humano puede avanzar mejor al liberar a las libertades y habilidades emprendedoras individuales dentro de un marco institucional caracterizado por fuertes derechos de propiedad privada, libre mercado y comercio” (Harvey, 2007, pág. 2)<sup>3</sup>. Esto quiere decir que el papel del Estado se encuentra limitado a la creación y preservación de dicho marco institucional, en otras palabras, “debe establecer aquellas estructuras y funciones militares, de defensa, policiales y legales necesarias para asegurar los derechos de propiedad privada y garantizar, por la fuerza si es necesario, el buen funcionamiento de los mercados. [...] Pero más allá de estas tareas el Estado no debe aventurarse” (Harvey, 2007, pág. 2)<sup>4</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con Harvey, dicha consideración neoliberal del Estado no se trata de una verdadera búsqueda por el incremento del bienestar humano, sino, más bien, de “un proyecto para lograr la restauración del poder de clase.” (Harvey, 2007, pág. 16)<sup>5</sup>. Esto fue logrado a partir del señalamiento de las restricciones políticas y sociales que constreñían el desenvolvimiento del mercado y del uso de “los ideales políticos de la dignidad humana y la libertad individual como fundamentales, como “los valores centrales de la civilización”” (Harvey, 2007, pág. 5)<sup>6</sup>. De forma que desde el pensamiento neoliberal se contrapusieran dichos ideales, no solo a figuras como el fascismo sino también a la intervención estatal.

Ferrajoli señala cuatro puntos fundamentales para comprender la *impotencia* de la política: (a) el carácter local de poderes estatales frente el “carácter global de los poderes económicos y financieros” (Ferrajoli, 2014b, pág. 48), (b) “el apoyo prestado a la primacía de la economía por la ideología libelista” (Ferrajoli, 2014b, pág. 48), (c) la relación política-dinero y (d) “La política, convertida totalmente a la fe del mercado” (Ferrajoli, 2014b, pág. 50).

Lo que con (a) se quiere señalar es la limitación de la política frente a la economía al considerarse que la primera se encuentra regularmente limitada a un territorio mientras que los poderes económicos rebasan los controles estatales. Como bien señala Harvey, el pensamiento neoliberal,

---

<sup>3</sup> Original: “a theory of political economic practices that proposes that human well-being can best be advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets, and free trade.” (Harvey, 2007, pág. 2)

<sup>4</sup> Original: “has to guarantee, for example, the quality and integrity of money. It must also set up those military, defense, police, and legal structures and functions required to secure private property rights and to guarantee, by force if need be, the proper functioning of markets. [...] But beyond these tasks the state should not venture.” (Harvey, 2007, pág. 2)

<sup>5</sup> Original: “a project to achieve the restoration of class power” (Harvey, 2007, pág. 16)

<sup>6</sup> Original: “political ideals of human dignity and individual freedom as fundamental, as ‘the central values of civilization’.” (Harvey, 2007, pág. 5)

considerado como proyecto político, no hace una distinción entre *clase capitalista* de uno u otro Estado, esto no quiere decir que no existan adherencias o pertenencias individuales a algún Estado en particular, sino que su actividad económica e influencia política se extienden más allá de las fronteras estatales.

Sobre (b) la preminencia de la ideología libelista, es necesario destacar que los poderes privados se encuentran sin limitaciones estrictas con respecto a su injerencia en la vida de la comunidad, y, por tanto, de los individuos, permitiendo que sus actividades puedan provocar desigualdad y pobreza, sin que ello se considere, formalmente, como una violación directa contra los derechos fundamentales. Esto se fundamenta a partir de la primacía de las libertades individuales por parte del Estado y su uso del monopolio de la violencia para “favorecer fuertes derechos individuales de propiedad privada, el estado de derecho y las instituciones de libre comercio y mercados.” (Harvey, 2007, pág. 64)<sup>7</sup>.

Esta problemática, se fundamenta, de acuerdo con Ferrajoli, en dos postulados de la tradición liberal, a saber: “[A] la concepción de los poderes económicos como libertades fundamentales y [B] de las leyes del mercado como leyes naturales” (Ferrajoli, 2014a, pág. 138). De ahí surge el rechazo a cualquier intervención o control estatal, desde la tradición liberal, sobre las relaciones económicas de los individuos. En este sentido, de acuerdo con el jurista italiano, “La verdadera oposición que divide a nuestras sociedades no es, como habitualmente se afirma, la que existe entre liberalismo y socialismo, entre el valor asociado a la libertad y el asociado a la igualdad. [...] El verdadero contraste está en la concepción del poder y en su relación con las libertades.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 414).

De acuerdo con la perspectiva de Ferrajoli, los valores de la libertad e igualdad no involucran contradicción sino complementariedad. Sin embargo, debido a la primacía de los poderes económicos, a pesar de que la promesa del neoliberalismo, o, más bien, del capitalismo en general es la de “un fuerte crecimiento de la economía y un aumento de la igualdad, del empleo y las garantías de los derechos sociales” (Ferrajoli, 2014a, pág. 148). En la práctica nos encontramos con la ley del más fuerte, donde “un 99% [de la población es] gobernado por el 1% de la población, que en Estado Unidos posee el 40% de la riqueza, y paga menos impuestos que los trabajadores

---

<sup>7</sup> Original: “favour strong individual private property rights, the rule of law, and the institutions of freely functioning markets and free trade.” (Harvey, 2007, pág. 64)

asalariados” (Ferrajoli, 2014a, pág. 143), un sistema en el cual “ la duración media de la vida de las personas pertenecientes al tercio más pobre de la humanidad es de la mitad de la duración media de la vida de las pertenecientes a los otros dos tercios” (Ferrajoli, 2014a, pág. 164).

Para tratar sobre el problema poder-libertad antes mencionado, Ferrajoli distingue entre dos clases de libertades: (C) libertades-inmidades (libertad de) y (D) libertades-facultades (libertad para). Las llamadas (C) *libertades inmidades*, hacen referencia a “todos los derechos de libertad consistentes únicamente en la inmunidad de interferencias o de violaciones de terceros” (Ferrajoli, 2008b, pág. 83), es decir, se refiere a una libertad negativa. En cambio, con respecto a las (D) *libertades facultades*, los derechos involucran más que la no interferencia, es decir, incluyen la necesidad de *facultates agendi*.

Con respecto a cada clase de libertad, especialmente con respecto a (D), Ferrajoli destaca la importancia de su ejercicio efectivo. Es decir, no basta con decir que se es libre, sino que se requiere de una autonomía efectiva. De acuerdo con Ferrajoli, en las tradiciones liberales, la primacía de los derechos económicos opaca y relega a los derechos sociales. Sin embargo, la realización efectiva de los derechos de libertad no es posible “sin la satisfacción de los derechos sociales, desde los relativos a la subsistencia y la salud a los referidos a la educación y a la información” (Ferrajoli, 2013b, pág. 413).

Ahora bien, regresando a las razones de la impotencia de la política frente a la economía, Ferrajoli argumenta, en tercer lugar, que (c) existe una gran confusión entre poderes políticos y poderes económicos. Este punto hace referencia a la corrupción, es decir, a la relación entre política y dinero donde los intereses privados priman en busca de financiamiento y competencia por obtener el poder político.

Esta característica de la relación política-economía desde el neoliberalismo no fue vista solamente por Ferrajoli, sino también por Wolfgang Streeck al señalar cuatro desordenes del capitalismo contemporáneo, a saber: “el declive del crecimiento económico, la creciente desigualdad y la transferencia del dominio público a la propiedad privada, [y] la corrupción” (2016, pág. 69)<sup>8</sup>. Con respecto a este cuarto desorden, Streeck retoma a Max Weber para señalar que la corrupción en el capitalismo contemporáneo no se limita a la codicia, sino a un enriquecimiento a partir de “la

---

<sup>8</sup> Original: “Along with declining economic growth, rising inequality and the transferal of the public domain to private ownership, corruption is the fourth disorder of contemporary capitalism.” (Streeck, 2016, pág. 69)

autodisciplina, el esfuerzo metódico, la administración responsable, la sobria devoción a una vocación y a una organización racional de la vida" (Streeck, 2016, pág.70)<sup>9</sup>. Así pues, Streeck señala que de acuerdo con Weber “el fraude y la corrupción siempre han sido compañeros del capitalismo” (2016, pág. 70). Sin embargo, con el neoliberalismo, y especialmente, con el auge del sector financiero “la innovación es difícil de distinguir de la transgresión o la ruptura de reglas; donde los beneficios de las actividades semi-legales e ilegales son especialmente elevados” (Streeck, 2016, pág. 70)<sup>10</sup>.

Por último, con respecto a (d) la visión de la política como guiada por la *fe del mercado*, hace referencia a la contribución de los Estados en el “desarrollo de los poderes salvajes de la economía y las finanzas mediante innumerables intervenciones dirigidas a la desregulación y liberalización de los mercados y a la privatización de los servicios públicos y de los bienes comunes” (Ferrajoli, 2014b, pág. 50).

Si bien el pensamiento neoliberal se opone a la intervención del Estado, considerándola como un impedimento para el ejercicio de las libertades individuales, al mismo tiempo, toma ventaja del ordenamiento estatal para la formulación de políticas públicas convenientes para el desarrollo del capital. Específicamente, se trata de la *financiarización* de todos los ámbitos de la vida, de forma que “el apoyo de las instituciones financieras y la integridad del sistema financiero se convirtió en la preocupación central de la colectividad de estados neoliberales” (Harvey, 2007, pág. 33)<sup>11</sup>.

Por otro lado, en lo concerniente a (2) “la omnipotencia de la política en relación con las personas y en perjuicio de sus derechos constitucionales” (Ferrajoli, 2014a, pág. 136), debido a la impotencia de la política frente a la economía y los intereses privados de los individuos más fuertes. Los Estados se configuran como necesitados de las grandes empresas, quienes privilegian a aquellos Estados “en los que los derechos de los trabajadores están menos garantizados, [pues, de esta manera] mayor es la posibilidad de explotar el trabajo con bajos salarios, menor es la protección

---

<sup>9</sup> Original: “self-discipline, methodical effort, responsible stewardship, sober devotion to a calling and to a rational organization of life.” (Streeck, 2016, pág. 70)

<sup>10</sup> Original: “fraud and corruption have forever been companions of capitalism. But there are good reasons to believe that with the rise of the financial sector to economic dominance, they have become so pervasive that Weber's ethical vindication of capitalism now seems to apply to an altogether different world. Finance is an 'industry' where innovation is hard to distinguish from rule-bending or rule-breaking; where the pay-offs from semi-legal and illegal activities are particularly high” (Streeck, 2016, pág. 70)

<sup>11</sup> Original: “the support of financial institutions and the integrity of the financial system became the central concern of the collectivity of neoliberal states” (Harvey, 2007, pág. 33)

del medio ambiente y mayor la posibilidad de corromper a las fuerzas de gobiernos locales” (Ferrajoli, 2014a, pág. 164).

No es solamente que las políticas neoliberales dejen sin límites rígidos a los poderes privados, sino que también, provoca un ajuste en las políticas públicas, dejando sin protección a los individuos más vulnerables. Dicha omnipotencia, se respalda, de acuerdo con el pensador italiano, en la reducción de la *legitimación de los poderes políticos* (Ferrajoli, 2014a, pág. 150) al voto, siendo pues, una omnipotencia de la mayoría.

Este problema (2), se encuentra engarzado profundamente en la democracia representativa. La ineficacia e insuficiencia del voto, es uno de los factores más importantes por el que, de acuerdo con la propuesta de Ferrajoli, la base de una democracia no puede bastarse con el tradicional sufragio, y asentarse en tradiciones positivistas del derecho como la de H. Kelsen. En otras palabras, se apunta hacia la insuficiencia de la *dimensión formal de la democracia* (Ferrajoli, 2014a, pág. 143) para la construcción de ésta.

La soberanía popular expresada de manera formal por medio del sufragio no es suficiente ni para la lucha por los derechos fundamentales, ni para la construcción de una democracia. En palabras de Ferrajoli, “la defensa y, antes aún, la conquista de garantías idóneas de los derechos sociales no es posibles sin la garantía de los derechos de libertad y de los derechos civiles y políticos.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 413). Es por ello por lo que resulta de suma importancia, en lo que respecta a los derechos, dar cuenta de las consideraciones con respecto a la democracia y al constitucionalismo garantista del jurista italiano.

Así pues, las consecuencias de la inversión en la relación entre política y economía pueden resumirse en cuatro aspectos fundamentales. En primer lugar, esta “un carácter parasitario de la política y de las instituciones democráticas y de un descrédito inevitable y generalizado de la clase política” (Ferrajoli, 2014b, pág. 53) provocado, en parte, debido a la inferioridad de la política con respecto a los mercados. Esto se ve claramente, como ya se ha mencionado en las “intervenciones antisociales en perjuicio del trabajo y de los derechos sociales y en el beneficio, de hecho, de los intereses privados de la maximización de las ganancias y de las especulaciones financieras” (Ferrajoli, 2014b, pág. 53).

En segundo lugar, existe un vaciamiento del estado de derecho, esto quiere decir que “en tanto sistema de límites y vínculos a los poderes políticos mayoritarios, y en la reivindicación populista de la omnipotencia de las mayorías [...] a la *impotencia* de la política respecto a los poderes salvajes de los mercados ha correspondido [...] la reivindicación de la *omnipotencia*, de la política” (Ferrajoli, 2014b, pág. 55), que se manifiesta, nuevamente, en la agresión con respecto a los derechos sociales. En tercer lugar, se encuentra la separación entre sociedad civil y Estado, es decir, un debilitamiento de la esfera pública que busque defender intereses públicos.

Por último, como se ha mencionado anteriormente, se encuentra la idea de que “la única fuente de legitimación de los poderes públicos es el voto electoral y la consiguiente concepción de la democracia como omnipotencia de la mayoría, y de las elecciones como investidura popular de un jefe” (Ferrajoli, 2014b, pág. 56). Así pues, de acuerdo con Ferrajoli, no solo encontramos una crisis económica, en el sentido de las increíbles desigualdades sociales y crisis como la vivida en el 2008; sino que también hay una crisis política del Estado liberal, que puede ser rastreada a las dos problemáticas antes trazadas: (1) impotencia de la política frente a la economía, que se finca en los presupuestos liberales de incluir dentro de las libertades fundamentales a los poderes económicos y, por otro lado, considerar a las leyes del mercado como leyes naturales. Y (2) la omnipotencia de la mayoría, problema fincado principalmente en conceptualizar y limitar a la legitimidad partir de una visión meramente formal de la democracia, que deja al poder político subordinado al poder económico, poniendo a los derechos sociales en una posición sumamente desventajada.

## 2.2. La relación entre política y derecho.

Como se ha mencionado, los problemas provocados por la relación política-economía, en el modelo neoliberal actual, tiene una doble vista. Por un lado, del poder político frente al poder privado (1). Y, por otro lado, el de los individuos frente al poder político (2). Ambos señalan la falta de límites de la política tanto con respecto a los poderes económicos, como con respecto a sí misma y los derechos de los individuos.

De forma radical, estos límites se muestran como un arma en contra del poder despótico introducido en la democracia. Si desde sus límites internos<sup>12</sup>, la política no se encuentra en una posición libre de transgredir de forma alguna los derechos fundamentales, consecuentemente, no podría formular políticas públicas que permitieran un dominio despótico tanto de parte de los intereses privados, como de los excesos de las mayorías.

Ahora bien, ¿Cómo es que puede darse este medio de contención? Para el constitucionalismo garantista, aquello que requiere ser resguardado son los derechos fundamentales que son amenazados en el modelo neoliberal. Los límites serán marcados, pues, por la garantía y cuidado de los derechos fundamentales. Y el medio usado para dicho fin será el Derecho, en dicho modelo constitucionalista los límites son los propios derechos fundamentales.

Como bien lo señala Moreno Cruz, “la propuesta ferrajoliana rechaza la tesis kelseniana de la validez, únicamente en virtud de la legitimación formal. Esto es, para este autor, el derecho además de la legitimación formal (estricta legalidad) también tiene que satisfacer los criterios exigidos por los derechos fundamentales (legitimación sustancial).” (2007, pág. 829).

Esto no quiere decir que la representación<sup>13</sup> y el sufragio sea eliminados de la democracia, ni tampoco significa que el voto tenga una connotación completamente negativa en la teoría de Ferrajoli. A este ámbito en particular se le denomina, la esfera de lo decidible, en la que se encuentran “las reglas sobre la representación política y sobre la autonomía negocial [que] son

---

<sup>12</sup> Dados por el derecho, entendido como cristalización de la política. Dichos límites emanan de la política y se concretizan en el derecho, instituyéndolo como medio de contención de sí misma.

<sup>13</sup> “Representación” es la relación jurídica en virtud de la cual un sujeto jurídico está obligado a satisfacer las expectativas y a tutelar los intereses de otro sujeto, al que le son imputables los actos realizados por el primero en actuación de situaciones de las que es titular el segundo, y sin que entre los dos pueda haber ningún conflicto de intereses.” (Ferrajoli, 2013a, pág. 357)

normas formales sobre la producción de las decisiones sobre lo que es jurídicamente decidible” (Ferrajoli, 2013a, pág. 775).

Por consiguiente, en el derecho se introduce una esfera sustancial, además de respetarse la esfera formal planteada por modelos paleo-positivistas del derecho. Esto quiere decir que la legalidad de una norma no solo dependerá de su producción<sup>14</sup>, es decir, del “ejercicio de poderes conferidos por la ley y en las formas” (Ferrajoli, 2014a, pág. 30). En otras palabras, se introduce un *principio de legalidad sustancial*, de acuerdo con el cual es necesario que haya coherencia con los principios constitucionalmente establecidos, estos son los derechos fundamentales, englobados en la esfera de lo no decidible. Es decir, es aquello que “ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales” (Ferrajoli, 2014a, pág. 20). El derecho, por medio de la *esfera de lo no decidible*, se constituye como contención de la política, es decir, en el ámbito político se impone la necesidad de asegurar y respetar a los derechos fundamentales.

Cabe destacar que con respecto a la esfera de lo indecidible, que ésta no es una categoría como una instancia de filosofía política, sino que es “un componente estructural de las actuales democracias constitucionales, determinado por los límites y por los vínculos normativos impuestos a todos los poderes públicos” (Ferrajoli, 2008a, pág. 338). Se trata de principios jurídicos inherentes a un ordenamiento jurídico. Esta característica de la esfera de lo indecidible resulta fundamental para posteriormente descifrar la relación entre política y derecho, y dar cuenta de los diferentes papeles que los derechos fundamentales juegan en cada uno de estos ámbitos. Esto resulta claro, en la afirmación de Ferrajoli que, “Eso no obsta, desde luego, para que sobre la “esfera de lo indecidible” o sobre el “coto vedado” la filosofía política continúe elaborando una noción precisamente política, en virtud de la autonomía que es propia de su punto de vista externo respecto a la ciencia jurídica, identificando ulteriores límites y vínculos a los poderes de la mayoría, en tutela de nuevos derechos.” (Ferrajoli, 2008a, pág. 338).

La esfera de lo no decidible a su vez un concepto simétrico y complementario en relación con la esfera de lo decidible, que corresponde a la “esfera discrecional de la política” (Ferrajoli, 2008a, pág. 339). En la diferenciación entre ambas esferas se encuentra la posibilidad de analizar las funciones de los poderes públicos ya que hay una distinción “entre la fuente de legitimación de las

---

<sup>14</sup> Auctoritas, non veritas facit legem.

funciones y de las instituciones de gobierno, dirigidas a la esfera de lo decidible, y la fuente de legitimación de las funciones y de las instituciones de garantía, dirigidas a presidir la esfera de lo indecidible” (Ferrajoli, 2008a, pág. 340).

Ahora bien, antes de proseguir con las consideraciones fundamentales sobre los procesos y herramientas jurídicas consecuentes con la esfera de lo no decidible es necesario destacar que dicha esfera “designa no solamente el espacio o el territorio prohibido sino también el espacio y el territorio obligado: no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea lo que debe ser decidido.” (Ferrajoli, 2008a, pág. 338).

Cabe destacar que la esfera de lo no decidible no se limita a los poderes públicos del Estado, sino que se extiende también a los poderes privados del mercado. Esto es debido a que, de acuerdo Ferrajoli, en el ámbito económico se encuentran *derechos-poderes* que, debido a que tienen efectos en la *esfera jurídica de terceros*, en un “Estado de derecho que no admite poderes absolutos, sometidos a límites y a vínculos en garantía de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2008a, pág. 338), estos también se encuentran sujetos a la esfera de lo no decidible.

Por otro lado, siendo aclarado el concepto de la esfera de lo no decidible es necesario dar cuenta de los procedimientos y herramienta dentro del derecho, que son necesarias para el funcionamiento de la ley a partir de los derechos fundamentales, específicamente en lo que respecta a los principios derivados de la esfera de lo no decidible. La ampliación del concepto de legalidad, al ligarse con cierto contenido, subordina a los legisladores a *límites y vínculos sustanciales*. De esta forma, el constitucionalismo pretende eliminar la omnipotencia política, y, por tanto, el abuso de las mayorías. Pues “en la democracia representativa el voto popular contribuye solamente a la elección de quien está llamado a decidir, pero no tiene nada con las decisiones de los elegidos” (Ferrajoli, 2014a, pág. 39).

Con la introducción de la esfera de lo no decidible, al menos de manera teórica, el derecho se instituye como contrario a todo aquello que quiera transgredir a los derechos fundamentales. Se encuentra como opuesto tanto a prácticas políticas que formen *antinomias*, e impidan la garantía de dichos derechos. Es decir que, cualquier norma o ley, que se presente contraria o transgresora de los derechos fundamentales, será ilegítima y sustancialmente inválida. Así como a la omisión e inexistencia, en forma de *lagunas*, dentro de la normatividad y su producción (Ferrajoli, 2013a, pág. 858).

Es necesario recalcar sobre dichas transgresiones, tanto antinomias y lagunas, que no son entendidas en un sentido fuerte cuando pueden ser resueltas por el intérprete de la ley, es decir,

antinomias y lagunas se producen sólo cuando los vicios en qué consisten [...] no pueden ser sanados por el intérprete sino que únicamente pueden ser eliminados por una específica decisión [...]: la antinomia por la anulación jurisdiccional o por la abrogación legislativa de la norma ilegítima indebidamente existente; la laguna por la introducción legislativa de la norma obligada indebidamente inexistente (Ferrajoli, 2013a, pág. 858).

A este respecto, cabe mencionar al *principio de legalidad* que entra en acción, como un principio lógico equivalente al principio de no contradicción, “dondequiera que exista un poder, sea público o privado, ejecutivo, judicial o legislativo, estatal, extra o supraestatal” (Ferrajoli, 2014a, pág. 57). Dicho principio establece la necesidad de la existencia de normas primarias sustanciales que regulen el ejercicio del poder, subordinándolo a las garantías primarias (Ferrajoli, 2014a, pág. 57). Se introduce dentro del derecho y de la política, el deber de resguardar los derechos fundamentales en cualquier ámbito social y ante cualquier poder privado. *El principio de legalidad* se refiere específicamente, en lo relacionado con antinomias legales. Esto quiere decir que, en el ámbito político no es legítima la aprobación de medidas que den paso a un dominio despótico o a una lucha de fuerzas. Junto con *el principio de legalidad*, existen otros tres principios importantes en el constitucionalismo garantista.

En primer lugar, se encuentra *el principio de plenitud* deóntica, que establece que “donde quiera que existan derechos [...] establecidos por normas primarias, deberán introducirse como sus garantías primarias [...] la prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos” (Ferrajoli, 2014a, pág. 58). Esto quiere decir que se forma el imperativo, sobre el poder legislativo, de encargarse de las lagunas de la ley que puedan bloquear, impedir o entorpecer la garantía de los derechos establecidos constitucionalmente. No es sólo que dentro de la ley no puedan insertarse normas contrarias a los principios fundamentales, sino que, también se encuentra la obligación de formar normas y leyes que contribuyan y protejan la garantía de los derechos fundamentales.

Por otro lado, se encuentra *el principio de jurisdiccionalidad* que establece la necesidad de normas secundarias contra las violaciones de las garantías primarias, y, también, señala que los jueces están “siempre sometidos a la ley, pero solo a la ley considerada constitucionalmente válida, al ser llamados a inaplicarla o a denunciar su inconstitucionalidad” (Ferrajoli, 2014a, pág. 59), este

principio da pie a la posibilidad de crítica a la ley. Por último, se encuentra *el principio de accionabilidad*, que establece que “es preciso haya, no solo un Juez, sino también un fiscal” (Ferrajoli, 2014a, pág. 60), esto quiere decir que habrá una doble protección para asegurar la efectividad de los otros principios.

Cada uno de estos principios responden a una necesidad teórica ante las diversas problemáticas de los planteamientos neoliberales que se señalaron anteriormente. La inserción de una esfera sustancial en el derecho brinda de una nueva vitalidad a la política ante su impotencia frente a la economía, al mismo tiempo que evita la omnipotencia de ésta con respecto a los individuos.

Una vez definiendo, someramente, el impacto de la esfera de lo no decidible en el ámbito estrictamente jurídico, con cada uno de los *principios* antes mencionados, cabe recordar que la división entre una esfera formal y una sustancial en el derecho, es también planteada con respecto a la democracia. No es solamente que la esfera formal del derecho sea insuficiente, sino que lo es también la de la democracia (Ferrajoli, 2013b, pág. 9). Esto quiere decir que las implicaciones de la esfera de lo indecidible no se limitan solamente a la práctica jurídica en la producción de leyes, o en la corrección de antinomias y de lagunas.

En la concepción dominante, de acuerdo con el jurista italiano, la democracia

cosiste en un método de formación de decisiones públicas: y precisamente en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediante representantes, de asumir tales decisiones [...] Podemos llamar formal o procedimental a esta definición de la democracia. En efecto, identifica a la democracia simplemente conforme a las formas y procedimientos idóneos justo para garantizar que las decisiones producidas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. (Ferrajoli, 2013b, pág. 9).

Sin embargo, como se ha mostrado anteriormente, la toma de decisiones a partir de las mayorías resulta insuficiente para la garantía de los derechos fundamentales. Podría pensarse que debido a las limitaciones impuestas a los poderes políticos *en los que se expresa la democracia* (Ferrajoli, 2014a), se estaría atentando contra la democracia. Esto es claro al dar cuenta del sujeto colectivo que es un pueblo, que, en efecto, no puede decidir más que por mayoría. Sin embargo, dicha decisión tiene límites, ya que “ninguna mayoría puede decidir sobre lo que no le pertenece, es decir, sobre la supresión o la restricción de aquellas normas constitucionales que confieren

derechos fundamentales y que pertenecen, como se ha mostrado, a cuantos —todos y cada uno— no son sólo sus destinatarios sino también sus titulares” (Ferrajoli, 2013b, pág. 12).

De forma radical, los derechos fundamentales, tales como la libertad, los derechos sociales, políticos y civiles, “forman la base de la igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, y por tanto aluden, de manera aún más intensa que el mismo principio de mayoría, a todo el <<pueblo>>, refiriéndonos a poderes y expectativas de todos” (Ferrajoli, 2014a, pág. 80).

Los derechos fundamentales, no son de forma alguna la expresión de intereses privados particulares, sino de intereses comunitarios. Son logros únicamente alcanzados por medio de la colectividad, que se reflejan en la vida individual y cuidan de los intereses individuales sin guiarse por ellos. Son algo que no pertenece a la mayoría, sino a todos los individuos, y, por tanto, no pueden estar a la disposición de dichas mayorías, por medio o no del voto, y mucho menos, pueden encontrarse a expensas de interés privados.

Por otro lado, la inserción de esta esfera sustancial “confiere a sus titulares [...] una posición a su vez supraordenadas al conjunto de los poderes, públicos y privados [...] la soberanía popular pertenece solamente al pueblo<sup>15</sup> y a nadie más, y ningún poder constituido puede apropiársela” (Ferrajoli, 2014a, pág. 81). La esfera de lo no decidible se establece como limitante de poderes privados y públicos, además de como salvaguarda y expresión de la soberanía popular, no sólo del poder las mayorías.

Se forma un punto en común, algo que es de todos y que está por encima de cualquier otro interés privado o público. En estricto sentido, esta esfera fundamental encamina a todos los demás poderes hacia los principios constitucionalmente establecidos, no sólo para respetarlos, sino para asegurarlos. De la misma forma, se establece como la base de la democracia.

No es, por supuesto, que el sufragio sea sustituido por la esfera de lo no decidible, sino que más bien, es complementado por ella. Siendo ambos, la base y la expresión de la soberanía popular, y, en general, de la democracia. Esto, formulando la necesidad de garantizar ciertos derechos fundamentales, previamente, para poder asegurar derechos fundamentales como los políticos y civiles. En palabras de Ferrajoli:

---

<sup>15</sup> El pueblo “no equivale a la suma de las personas que lo componen, equivale a la suma de los derechos fundamentales de que todos y cada uno son igualmente titulares” (Ferrajoli, 2014a, pág. 81)

La satisfacción de los derechos a la educación, a la salud y a la subsistencia no es, pues, un fin en sí misma, sino también un factor decisivo de construcción de democracia: porque, en primer lugar, es una condición del efectivo y consciente ejercicio de todos los demás derechos, comenzando por los políticos; y porque, en segundo término, el crecimiento de la igualdad económica y social equivale al crecimiento de la igualdad de oportunidades y cohesión social (Ferrajoli, 2014a, pág. 155).

Desde este análisis, debido a la insuficiencia formal del derecho y la democracia, es posible decir, que un modelo político y económico que no se preocupe por asegurar las condiciones formales y materiales<sup>16</sup>, necesarias para posibilitar los derechos políticos, no puede ser compatible con un modelo de democracia constitucional. Dicha democracia puede ser definida como “una construcción jurídica y a la vez una construcción política y social, confiada por un lado a la elaboración y a la proyección teóricas, por otro a la práctica política y a las luchas sociales [...] la democracia constitucional es una construcción artificial de cuya proyección, defensa y garantía todos, como juristas y como ciudadanos, somos responsables. (Ferrajoli, 2008a, pág. 343)”.

En este sentido, el neoliberalismo, junto con su concepción particular de libertad, es incompatible e insipiente para la construcción de una democracia donde se sea consecuente con la expresión de la soberanía popular, teniéndose en cuenta de la insuficiencia de la esfera formal de la democracia para constituirse a sí misma. Es decir, es incompatible con una democracia constitucional mientras se ignore la necesidad de una esfera sustancial y del cuidado de los derechos fundamentales.

### 2.3. El concepto de democracia formal

La democracia formal es una de las dimensiones que componen el modelo cuatridimensional de la democracia de Luigi Ferrajoli, está constituida por la democracia política y la democracia civil. La dimensión formal de la democracia se caracteriza por “normas formales sobre la vigencia y sobre la validez formal, que regulan las *formas* de expresión de la voluntad de la mayoría” (Ferrajoli, 2013a, pág. 775). Esto quiere decir que la dimensión formal de la democracia no remite a contenidos de las decisiones políticas, sino al aspecto procedimental de la democracia. En este sentido se hace referencia a las condiciones de la democracia, establecidas en el derecho positivo, son normas formales de producción referentes al *quién* y al *como* para la validez de la toma de decisiones. En consecuencia, es necesario destacar que existe “un nexo racional —teórico, metateórico y práctico— entre democracia y derecho.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 17). En otras

---

<sup>16</sup> Es decir, los derechos fundamentales, por ejemplo, a la subsistencia, educación y salud.

palabras, no puede haber democracia sin derecho a pesar de que el derecho no necesariamente implique a la democracia.

Ferrajoli señala que la concepción meramente formal de la democracia, especialmente lo que él llama democracia política, es el componente mínimo indispensable para definir a un sistema político como democrático. En otras palabras, sin la dimensión formal, específicamente política de la democracia es imposible llamar democrático a un sistema político, incluso, teniendo en cuenta una dimensión sustancial. Ahora bien, dicha concepción de la democracia generalmente se define como “un método de formación de las decisiones públicas: y precisamente en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediante representantes, de asumir tales decisiones” (Ferrajoli, 2013b, pág. 9).

En referencia a una visión meramente formal de la democracia, Ferrajoli hace referencia a Hans Kelsen y Norberto Bobbio señalando que ambos pensadores “identificaron la validez de las normas con su existencia, rechazando la idea misma de la invalidez sustancial de las normas legales por contradecir la constitución.” (Ferrajoli, 2014a, pág. 46). Esto quiere decir que, de acuerdo con Ferrajoli, ambos pensadores fallan en distinguir entre *vigencia* y *validez*, es decir, entre su mera existencia y su significado, mismo que implica una reflexión sobre su coherencia a nivel sustancial o de contenido.

Si bien la concepción formal de la democracia, de acuerdo con Ferrajoli, surge de la crítica al iusnaturalismo y la insostenible relación planteada por esta del ser y el deber ser del derecho; esta tiene como consecuencia una visión unidimensional de la validez que, como se planteará enseguida, no es suficiente para el proyecto del constitucionalismo garantista.

Si bien la dimensión formal de la democracia es necesaria, esto no quiere decir que sea suficiente para fundamentar una concepción de la democracia que se sostenga a sí misma librándose de peligros y problemas como la omnipotencia de la mayoría y la impotencia de la política frente a la política. Sobre los límites de la democracia formal Ferrajoli analiza cuatro aporías “que exigen que sea integrada por límites y vínculos sustanciales o de contenido.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 10).

En primer lugar, se encuentra el límite del alcance empírico y explicativo de la democracia formal, con esto Ferrajoli se refiere a que la dimensión formal no da cuenta del estado de derecho. Es decir, solamente a partir del concepto formal de democracia no es posible fundamentar los límites del

poder del pueblo y el rechazo de individuos no sujetos a la ley (Ferrajoli, 2013b). La segunda aporía hace referencia al alcance limitado e insuficiente del aspecto formal e instrumental de la democracia en lo concerniente a su propio soporte, es decir, a partir de los límites formales existe la posibilidad de que con “métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos” (Ferrajoli, 2013b, pág. 11).

La tercera aporía planteada por Ferrajoli señala un nexo fundamental entre la democracia política y los derechos primarios/sustanciales de libertad. Con esto se quiere señalar que sin derechos de libertad no es posible hablar de soberanía o *voluntad popular*, debido a que, en última instancia, si se pudiese hablar de una voluntad popular está “se expresa auténticamente sólo si puede expresarse libremente. Y sólo puede expresarse libremente mediante el ejercicio, además del derecho de voto, de las libertades fundamentales por parte de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión y de asociación” (Ferrajoli, 2013b, pág. 11). Finalmente, la cuarta aporía es el de la concepción de un pueblo como sujeto colectivo, que solamente puede decidir a partir de la mayoría. Ahora bien, como se ha visto anteriormente no es posible dejar que una mayoría decida sobre aquello que no pertenece a la mayoría sino a todos y cada uno de los sujetos, los derechos fundamentales no pueden quedar a la disposición de la sola democracia representativa sin arriesgarse a la tiranía de la mayoría.

La democracia política se basa en los derechos políticos, es decir, se fundamenta en la producción y control de las decisiones políticas a partir de la *voluntad de la mayoría*. Se define a partir del sufragio, y, por tanto, en la participación ciudadana, ya sea de manera directa o a través de representantes. En un modelo ideal, la democracia política es entendida como autogobierno, es decir, la identificación de gobernados y gobernantes<sup>17</sup>. En otras palabras, “el único fundamento axiológico de la dimensión formal de la democracia es la representación de todos los gobernantes a través del sufragio universal” (Ferrajoli, 2014a, pág. 40). Dicho sufragio universal es posibilitado

---

<sup>17</sup> A este respecto se hace referencia específicamente a la filosofía de Jean Jacques Rousseau, específicamente respecto a su consideración de que para que el derecho sea válido para todos debe emanar de todos. En consecuencia, no hay más soberano que el pueblo que es la fuente de la soberanía. Ahora bien, es importante recordar que la voluntad general se diferencia de la suma de la voluntad de todos, ya que “ésta [la voluntad general] se refiere sólo al interés común, la otra [la voluntad de todos] al interés privado, y no es más que la suma de voluntades particulares” (Rousseau, 2000, pág. 176). Sin embargo, de acuerdo con Rousseau la voluntad general existe pues “si no hubiera algún punto de coincidencia en todos los intereses no podría existir ninguna sociedad” (Rousseau, 2000, pág. 173)

gracias a la igualdad política, sin embargo, esto no quiere decir que se reduzca únicamente a la dimensión formal o que se encuentre dissociada de la democracia sustancia.

Ahora bien, como se ha señalado anteriormente con respecto a los peligros de la omnipotencia de la mayoría no es posible identificar algo que se defina enteramente como una *voluntad del pueblo* a través del sufragio, como lo destaca Hans Kelsen “La misma voluntad popular no es la voluntad física de una unidad [...] pues de la voluntad de varios jamás se forma, psicológicamente, una voluntad única, mucho menos cuando hay frente a frente y disintiendo, una mayoría y una minoría.” (Kelsen, 2004, pág. 166).

Asimismo, al hablar sobre la democracia política es necesario analizar más a fondo la representación política. Como se mencionó anteriormente, la visión clásica e ideal de la democracia política involucra un sistema de democracia directa, o, al menos, la noción de que existe algo así como una *voluntad general*, sin embargo, dichas vías de la democracia son inviables y requieren de figuras como la de la representación. A este respecto, en primer lugar, se dará cuenta de cinco problemas fundamentales sobre la representación, en segundo lugar, se analizarán cuatro falacias sobre la representación y finalmente se discernirá sobre la posible disolución de la representación política.

El primer problema identificado por Ferrajoli está relacionado con la omnipotencia de la mayoría, y hace referencia a las exigencias funcionales que van más allá de una legitimación formal (procedimental) “al exigir una legitimación sustancial, es decir, relativa a los contenidos de las decisiones.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 168). Con esto se hace referencia a lo que se ha llamado *lo no decidible*, especialmente a aquellas decisiones, que, si se limitaran a su legitimidad formal, podrían poner en riesgo a la propia democracia.

En segundo lugar, se hace referencia a la determinación de la *unidad política*, es decir, a la base electoral. Esto se relaciona al problema de la ciudadanía que será abordada posteriormente, sin embargo, cabe destacar que en este sentido el problema fundamental son los límites conceptuales que implica el basarse en fronteras territoriales sin dar cuenta de los “grandes poderes transnacionales, tanto públicos como privados.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 168). El tercer problema planteado por el jurista italiano es el de los niveles de la democracia y la representación, se trata de la definición de las relaciones, funciones, criterios y competencias en los diversos niveles de poder en lo que respecta a la toma de decisiones.

En cuarto lugar, se encuentra el problema del *quién* de la representación política, es decir, la definición de quienes tienen o no el derecho al voto y pueden considerarse ciudadanos. Dicha definición ha sido marcada históricamente por elementos sexistas y clasistas, sin embargo, para Ferrajoli, el mayor conflicto para la determinación de ese *quien* es planteado por la migración debido a que pone en cuestión la definición de la ciudadanía a partir de la residencia en cierto territorio. Por último, se encuentra el problema de la interdependencia y la crisis del Estado-nación, mismo que se define a partir de la limitación de los estados nación para controlar todo lo que ocurre dentro de sus territorios.

Ahora bien, de acuerdo con Ferrajoli uno de los factores principales de la crisis de la representación política es el des-enraizamiento y falta de representatividad social por parte de los partidos políticos. Esto se debe, en primer lugar, a la “verticalización y la personalización de la representación en el jefe del Estado o del gobierno que se ha producido en todas las democracias occidentales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 172) y, en segundo lugar, a la superposición entre intereses públicos y privados. Sobre este primer aspecto de la crisis es necesario destacar que, de acuerdo con Ferrajoli, los modelos presidencialistas han facilitado dicha verticalización y deformación del concepto de representación política llegando incluso a la distorsión de identificar al jefe con la mayoría.

Este primer aspecto de la crisis de la representación política es analizado por Ferrajoli en *cuatro falacias ideológicas*. La primera hace referencia a que desde la concepción de la representación se considera que la voluntad del representante puede igualarse con la de una *voluntad unitaria*. En segundo lugar, se encuentra la falacia de la identificación entre una “voluntad de la mayoría de los representantes [y] la voluntad unitaria —que tampoco existe— de la mayoría de los representados” (Ferrajoli, 2013b, pág. 173). La tercera falacia es la de la capacidad de la voluntad de la mayoría de los elegidos para representar la *voluntad unitaria* de todo un pueblo. Y, por último, “la idea de que el jefe de la mayoría se identifique con la mayoría misma y, a su través, con todo el pueblo, del que sería la expresión orgánica y una especie de encarnación” (Ferrajoli, 2013b, pág. 173).

Cada una de estas falacias presenta un conflicto sobre el concepto de representación política, especialmente debido a la imposibilidad de hablar de una *voluntad general*, y más aún, debido a los problemas resultantes de la omnipotencia de la mayoría y de la limitación de la dimensión formal de la democracia para conciliar las diferencias entre mayoría y minorías sin dejar que las

primeras aplasten a las segundas, o que, los intereses privados se impongan sobre los intereses públicos.

Como se mencionó en el apartado 2.1 al hablar sobre la impotencia de la política frente a la economía, la relación política-dinero es un punto sumamente conflictivo debido a la corrupción y es el segundo fenómeno degenerativo del concepto de representación política señalado por Ferrajoli. Se trata de un círculo de “dinero para hacer política, política para hacer dinero” (Ferrajoli, 2013b, pág. 175), que tiene como consecuencia la tergiversación de la democracia política, especialmente en su aspecto representativo.

La corrupción implica una duplicidad de principios, que en un inicio se limitarían a los “del estado de derecho y de la democracia: del principio de legalidad a los de publicidad, transparencia, representatividad y responsabilidad política de los poderes públicos, hasta las reglas de la competencia en las que se basa la economía de mercado” (Ferrajoli, 2013b, pág. 175) y que chocan con códigos clandestinos, generando conflictos de intereses. Dichos conflictos de intereses repercuten directamente a la representación debido a que dicha representación deja su carácter de *representación política* si deja de representar a los intereses públicos para representar a los intereses privados.

La corrupción conlleva la anteposición de los intereses privados a los institucionalmente públicos y a lo que Ferrajoli denomina: *mercantilización de la esfera pública*. Misma que se define como “una regresión, premoderna y pre-liberal, a la confusión entre propiedad y soberanía propia del *estado patrimonial*,” (Ferrajoli, 2013b, pág. 178). Esta mercantilización se ve agravada por una concepción meramente formal de la democracia, en conjunto con la omnipotencia de la mayoría y la ya discutida característica neoliberal de la limitación de la intervención estatal para la limitación de los poderes privados. Precisamente en relación con la relevancia del establecimiento de límites con respecto a los poderes privados es necesario hablar sobre la democracia civil, el otro punto fundamental de la dimensión formal de la democracia.

La *democracia civil* se fundamenta en los *derechos civiles*, es decir en “la autodeterminación de las personas en sus relaciones privadas: de las decisiones sobre los bienes que adquirir o que producir a las decisiones sobre las actividades laborales o profesionales que desarrollar, los estudios que emprender o la persona con la que casarse y similares.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 23). Ahora bien, Ferrajoli considera que existe una “concepción restringida del poder y de la positividad y

artificialidad del derecho” (Ferrajoli, 2013b, pág. 219), desde la cual el estado de derecho, es decir, el sometimiento al derecho se limita al Estado y a la política, sin llegar al mercado y a la sociedad civil, que “serían el lugar de las libertades, es decir, del ejercicio de los respectivos derechos que se trataría de proteger contra los abusos y los excesos de los poderes públicos” (Ferrajoli, 2013b, pág. 219).

Sin embargo, de acuerdo con Ferrajoli, esta visión del estado de derecho se deriva de considerar la inexistencia de *poderes privados*, es decir, la afirmación de que solamente existen *libertades individuales naturales*. De este modo, Ferrajoli da cuenta de dos confusiones fundamentales: entre derechos de libertad y derechos patrimoniales y entre derechos de libertad y derechos de autonomía. La primera confusión es una falta de distinción entre derechos fundamentales y universales frente a derechos singulares y disponibles. Por otro lado, la segunda confusión se trata de una distinción estructural entre derechos, ambos fundamentales y universales.

Los derechos de autonomía son *derechos secundarios potestativos*, que consisten en “la potestad de autodeterminarse, directamente en la esfera privada del mercado e indirectamente en la pública de la política, mediante actos jurídicos preceptivos” (Ferrajoli, 2013b, pág. 220) son *derechos-poderes* y su ejercicio deber encontrarse sujeto al derecho. Mientras que, por otro lado, los derechos de libertad son *derechos primarios negativos* (Ferrajoli, 2013b).

La diferencia fundamental con respecto al derecho civil en el modelo de democracia constitucional de Luigi Ferrajoli es la ampliación del concepto de estado de derecho, de forma que los poderes privados se encuentren sujetos a la ley de manera análoga a los poderes públicos, esto implica la “limitación y regulación para la tutela de todos los derechos fundamentales en todas las relaciones sociales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 223). Si en el caso de la sujeción de los poderes públicos a la ley se piensa en problemas como brutalidad policial y abusos administrativos, con respecto a los poderes públicos los principales problemas a tomar en cuenta son “la explotación del trabajo y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 223). Con esto se quiere mostrar que no solo en el ámbito público existen relaciones asimétricas y verticales, sino también en las relaciones privadas, mismas que no son pertenecientes a un ámbito *natural*, sino que no pueden comprenderse más que dentro de una construcción social.

Ahora bien, la autodeterminación en la esfera privada, junto con la autodeterminación en la esfera pública son aspectos fundamentales de la democracia formal. Es precisamente el primer tipo de autodeterminación que resulta más básico debido a que apela a las situaciones más elementales de la vida cotidiana, como “qué estudios emprender, qué trabajo elegir o rechazar, cómo gastar o invertir el propio dinero, si, cuándo y con quién casarse y similares” (Ferrajoli, 2013b, pág. 224). Se trata, en otras palabras, de “la forma más elemental y espontánea de poder y, a la vez, de producción popular desde abajo del derecho” (Ferrajoli, 2013b, pág. 224).

Por otro lado, resulta especialmente importante destacar la relevancia del papel del mercado en lo que respecta a los derechos civiles, es decir, la *autodeterminación económica* como parte de la democracia formal. A este respecto Ferrajoli señala, que, a diferencia de los derechos de libertad, sobre los que el acento se encuentra en su garantía, con respecto a los derechos civiles es necesaria prestar especial atención a su control y límites. Esto es debido a que su garantía se limita a “la tutela de la competencia y de la paridad entre las partes negociales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 224). Ahora bien, es necesario destacar que la relación entre la garantía de dichos derechos civiles, especialmente entendiéndola como la *tutela de la competencia*, y su sujeción a la ley en la era digital no es de ninguna manera un asunto de segundo orden. Solo basta recordar la reciente discusión sobre las prácticas monopolísticas de “Google, Apple, Facebook y Amazon [...] para dominar el mercado tecnológico en occidente” (Godoy, 2020) para dar cuenta el impacto que tanto la garantía como la limitación de los derechos civiles tiene a nivel global.

Esto se debe a que el ejercicio de los derechos civiles “consiste [...] directamente en actos preceptivos que exigen precisamente límites, vínculos y controles en garantía de los derechos de todos” (Ferrajoli, 2013b, pág. 224). Su ejercicio sin consideración de su sujeción a la ley deriva en la “limitación de las libertades y [la] multiplicación de las desigualdades.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 226), esto se debe a que “El poder tiene el específico efecto de producir disparidades, asimetrías, serialización, disciplina, relaciones de sujeción” (Ferrajoli, 2013b, pág. 226), sin importar si dicho poder es público o privado.

En resumen, la dimensión formal de la democracia es fundamental para un modelo robusto de una democracia constitucional. Si bien Luigi Ferrajoli realiza una crítica a las visiones meramente formales de la democracia debido a encontrarlas insuficientes para garantizar los derechos fundamentales, y, en consecuencia, incapaces de subsanar la siempre presente posibilidad de que

por medio de los procedimientos democráticos se ponga en riesgo a la democracia misma. De acuerdo con Ferrajoli, “el progreso de la democracia ha estado siempre determinado, además de por la expansión de los derechos, por el desarrollo de sus garantías, y por tanto por la ampliación del paradigma del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y de poder, de modo que también en ellos sean tutelados y satisfechos los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 226), es por ello que tanto en el ámbito civil como en el político la existencia de *poderes salvajes* son inaceptables impedimentos para la garantía de los derechos fundamentales, y en consecuencia, de la democracia.

### 3. La democracia sustancial.

#### Introducción

El presente capítulo tiene como objetivo analizar la dimensión sustancial de la democracia. Por ello, en primer lugar, se da cuenta de los derechos fundamentales a partir de cuatro tesis esenciales para la democracia constitucional: a) la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales, b) los derechos fundamentales como pilar de la democracia sustancial en tanto cimiento de la igualdad jurídica, c) el carácter supranacional de los derechos fundamentales y d) la relación entre derechos fundamentales y sus garantías. Cada una de estas tesis da razón de la función de la esfera sustancial de la democracia y permite diferenciar la postura de Ferrajoli con respecto a otras teorías jurídicas.

Posteriormente, se da cuenta, de la *democracia liberal* o, *estado liberal de derecho*, que se sustenta en los derechos de autonomía y libertad individuales; se pone especial atención a la laicidad del Estado, es decir, la independencia del derecho y la moral, así como la separación de instituciones jurídicas de ideologías o creencias religiosas o morales. De esto se desprende la importancia de la neutralidad estatal para la garantía de los derechos de libertad. En este sentido, se considera que la laicidad estatal es una garantía básica para asegurar el espacio de las identidades individuales.

Por otro lado, se analiza a la *democracia social* o, *estado social de derecho*, que se fundamenta en los derechos sociales. Se pone hincapié en su complementariedad con las otras esferas de la democracia y la relevancia del derecho a la supervivencia, entendido como “hacer vivir y no dejar morir” (Ferrajoli, 2014a, pág. 381). Se identifica que la dificultad de la garantía de los derechos sociales radica en que estos establecen “deberes de hacer (u obligaciones)” (Ferrajoli, 2010, pág. 109) y su incumplimiento se debe a la disparidad entre efectividad y normatividad. Ante esta problemática se indica la importancia de la *desburocratización* del estado social para asegurar la transparencia y legalidad. Sin embargo, el complejo entramado burocrático no es la causa última de la ineffectividad y falta de garantía de los derechos fundamentales, sino que lo es también el “desinterés de la tradición liberal por tales derechos y la desvalorización del derecho por parte de la tradición socialista [así como por] la resistencia opuesta por la cultura jurídica y política a los derechos sociales, negándoles durante mucho tiempo la naturaleza de «derechos» y también por la ya señalada confusión entre derechos y garantías” (Ferrajoli, 2013b, pág. 382).

Por último, se analiza el sentido de la esfera de lo decidible y su papel con respecto al constitucionalismo garantista con el objetivo de trazar el horizonte del modelo cuatridimensional de la democracia más allá de las fronteras estatales. Se considera que la esfera de lo no decidible perdería su razón de ser si se eliminara la esfera de lo decidible, pues la primera tiene por objetivo garantizar el ejercicio pacífico de los derechos secundarios. Así mismo, se señala que si se quiere ser consecuente con la universalidad de los derechos fundamentales es esencial aceptar su carácter supranacional, en otras palabras, es necesario desligarlo del estatus de ciudadanía.

### 3.1. Los fundamentos de la democracia sustancial: los derechos fundamentales.

Recapitulando, el modelo de la democracia constitucional propuesta por Luigi Ferrajoli es un modelo cuatridimensional de la democracia. Está formado por: la dimensión formal y la dimensión sustancial. A su vez, la dimensión formal, que ya ha sido expuesta, se compone por dos formas de la democracia: la democracia política y la democracia civil. En una concepción meramente formal de la democracia se limita la validez de una norma a su existencia, mientras que la concepción sustancial permite la admisión de lagunas y antinomias. Dichas antinomias y lagunas pueden ser reducidas a partir de *garantías*, que son “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto [tienen como objetivo] posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 2010, pág. 25).

Ahora bien, esto quiere decir que existe la posibilidad de hablar de un *derecho inválido*, esta es una condición tanto para el “estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia” (Ferrajoli, 2010, pág. 25). Así pues, mientras que el aspecto formal depende de los procedimientos, la validez sustancial requiere de la coherencia de significados, afectando “a la sustancia —liberal o social— de las decisiones producidas [y determinando] por ello la que he llamado la dimensión sustancial de la democracia” (Ferrajoli, 2013b, pág. 21).

Cabe destacar que, de acuerdo con Ferrajoli, las dimensiones de la democracia son independientes entre sí. Como se ha mencionado anteriormente es posible pensar a la democracia exclusivamente desde su dimensión formal, en tanto democracia política, sin incluir necesariamente la dimensión sustancial para definir a un sistema como democrático ya que, sin la dimensión política de la democracia, no puede hablarse de democracia propiamente dicha, sino, exclusivamente de estado de derecho.

La dimensión sustancial es una dimensión material, que se ocupa del *qué* de las decisiones políticas, y, por tanto, de determinar que puede o no ser decidido por mayoría. Con esto se considera que “ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas” (Ferrajoli, 2010, pág. 23). La legitimidad sustancial difiere en este sentido de la democracia política, ya que no se encuentra ligada ni a la representación ni a la voluntad de una mayoría, su cimiento se encuentra en los derechos fundamentales.

Es por esto por lo que, ya que los derechos fundamentales se encuentran garantizados de manera incondicionada “son de cada uno y de todos [y] su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen.” (Ferrajoli, 2010, págs. 26-27), en otras palabras, debido a su universalidad e indisponibilidad fundamentan la igualdad ante la ley.

Para comprender la dimensión sustancial con mayor exactitud es preciso, antes de analizar los contenidos liberales y sociales de la democracia, dar cuenta de los derechos fundamentales. En este sentido es importante destacar que, de acuerdo con Ferrajoli existen tres tipologías de los derechos fundamentales. La primera es denominada subjetiva, ya que “está ligada a los diferentes estatus de los titulares de los derechos fundamentales: la personalidad, la ciudadanía y la capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2013b, pág. 19) y los divide en derechos humanos, públicos, civiles y políticos. Por su parte la segunda tipología es denominada como objetiva, debido a que parte la estructura misma de los derechos y divide a los derechos en “‘libertades frente a’, ‘libertades de’ y derechos secundarios de autonomía” (Ferrajoli, 2013b, pág. 19), esta tipología se basa en la distinción entre derechos primarios y derechos secundarios y se encuentra conectada con la capacidad de obrar. Por último, la tercera es la visión cuatripartita de los derechos, que los clasifica en derechos políticos, civiles, de libertad y sociales.

Desde esta última tipología existen cuatro clases de derechos fundamentales, mismos que corresponden a las dimensiones de la democracia en tanto su concepción cuatridimensional. El primer par de derechos, políticos y sociales, corresponden a los llamados derechos poderes, mientras que la segunda pareja de derechos, civiles y de libertad, corresponde a los derechos-expectativa. Los derechos políticos y civiles son derechos secundarios y hacen referencia a la

autonomía y legitimidad de la toma de decisiones tanto en la vida pública como en la privada en tanto al campo político y económico. Ahora bien, estos derechos constituyen la dimensión formal de la democracia, que, a su vez, se comprende a partir de la democracia política y la democracia civil.

En lo que respecta a los derechos sociales y de libertad, ambos son contenidos de la dimensión sustancial de la democracia. En este sentido, estos contenidos se refieren a la esfera de lo no decidible o bien, a la esfera de lo indecidible, esto quiere decir que se delimita “en referencia a lo que le está prohibido o le es obligatorio decidir a la autonomía tanto política como privada” (Ferrajoli, 2013b, pág. 23). Los derechos-expectativa sirven como base para la fundamentación de la legitimidad sustancial, y, en consecuencia, de la dimensión sustancial, “una en negativo en la esfera del estado liberal (mínimo) y la otra en positivo en la esfera del estado social (máximo).” (Ferrajoli, 2013b, pág. 23). Esta última distinción hace referencia, en primer lugar, a la democracia liberal, en tanto a la atención a la libertad y autonomía individual y, en segundo lugar, a la democracia social referida a “la satisfacción de los derechos sociales.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 24).

Ahora bien, para pensar la democracia, es necesario garantizar a los derechos fundamentales, cuando menos en lo que respecta a los derechos políticos. Sin embargo, si se define a la democracia sin los derechos primarios (sociales y de libertad) se regresa a la problemática planteada sobre la omnipotencia de la mayoría. Es decir, sin la dimensión sustancial de la democracia lo que se tendría sería “una democracia sin derechos primarios, en la que los derechos secundarios de la mayoría y/o del mercado fueran ilimitados y por ello omnipotentes, sería una democracia virtualmente totalitaria, en constante peligro de disolución.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 25).

Lo que incorpora la dimensión sustancial de la democracia es la garantía, tanto de los derechos primarios como de los secundarios. Consecuentemente, desde los derechos fundamentales se establecen vínculos negativos, a partir de los derechos de libertad que determinan lo que “ninguna mayoría puede violar” (Ferrajoli, 2010, pág. 23) y vínculos positivos, desde los derechos sociales que establecen lo que ni por mayoría puede dejar de ser satisfecho, formando así *la esfera de lo indecidible que* y de *lo indecidible que no*.

Los derechos fundamentales al haber sido establecidos constitucionalmente se definen como normas de grado supraordenado, son normas de la producción, superiores a normas producidas. En este sentido es necesario señalar que Ferrajoli hace una distinción entre *normas téticas* y *normas*

*hipotéticas*. Los derechos fundamentales son normas téticas, que se distinguen de las normas hipotéticas debido a que son universales e inmediatamente prescriptivas, mientras que las segundas se refieren a situaciones particulares no dispuestas por la misma norma sino “como predisuestas por la hipótesis de que cobren existencia los actos o las otras cosas reguladas por ellas” (Ferrajoli, 2013a, pág. 400). Así pues, las normas téticas se identifican “con las reglas que los establecen” (Ferrajoli, 2013b, pág. 22), mientras que las normas hipotéticas son predisuestas “como efectos de los actos negociales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 22).

A su vez, Ferrajoli añade la distinción entre *normas deónticas* y *normas constitutivas*, esta distinción tiene que ver con el *qué* de la norma. Por un lado, las normas deónticas regulan expectativas, mientras que las normas constitutivas establecen un estatus. Esto implica que las normas deónticas “consisten en la disposición de situaciones o en la predisposición de su posible existencia” (Ferrajoli, 2013a, pág. 401), éstas establecen prohibiciones, obligaciones y facultades. Esto quiere decir que de las normas deónticas se puede hablar en términos de cumplimiento e infracción, mientras que desde las normas constitutivas solo se puede afirmar si el estatus establecido sucede o no.

Los derechos fundamentales, en tanto normas sustantivas constitucionalizadas, independientemente de si son derechos primarios o secundarios conforman a la esfera de lo indecible. Es decir, como se ha mencionado anteriormente, los derechos fundamentales definen aquello que está prohibido decidir, en tanto puede dañar a los derechos fundamentales en cuanto expectativas negativas, y también a aquello que no puede no decidirse en tanto expectativas positivas. Cabe recordar que los derechos fundamentales, desde el constitucionalismo garantista no son derechos naturales sino que son conquistas de luchas colectivas que, de acuerdo con el jurista italiano, han puesto “fin al sentido de normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión y generan por ello cohesión, solidaridad e identidad común entre cuantos se afanan en su reivindicación” (Ferrajoli, 2013b, pág. 67).

Ferrajoli establece una definición teórica meramente formal de los derechos fundamentales, de forma que,

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 <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones)

o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<*Status*>> la condición de un sujeto (Ferrajoli, 2010, pág. 37).

Esta es una definición formal debido a que deja de lado “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, 2010, pág. 38), desde esta perspectiva el término *universal* es utilizado por Ferrajoli en su carácter meramente “lógico y a valorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos” (Ferrajoli, 2010, pág. 38). Por esto, de acuerdo con Ferrajoli, al desprenderse de las circunstancias de hecho, esta definición de los derechos fundamentales puede ser válida para todo ordenamiento, configurándose como “una definición perteneciente a la teoría general del derecho” (Ferrajoli, 2010, pág. 38). A esto se añade que, puede considerarse una definición neutral ideológicamente debido a que “es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2010, pág. 38).

Con esto no quiere afirmarse que la dimensión formal es la única relevante, sino que solamente a través de la forma universal es que los “derechos fundamentales [como] normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisorial: si son normativamente de <<todos>> [y] no son alienables o negociables” (Ferrajoli, 2010, pág. 39). Dicha universalidad, sin embargo, no es absoluta, sino que depende del fundamento del argumento sobre los cuales predica.

Con respecto a esta definición formal de los derechos fundamentales, específicamente en lo referente al estatus es necesario clarificar que actualmente, de acuerdo con el jurista italiano, las únicas diferencias de estatus son la ciudadanía y la capacidad de obrar. De esta distinción se deriva una división de los derechos fundamentales, la primera como derechos de la ciudadanía y la segunda como derechos de la personalidad esta se encuentra a la ya mencionada tipología subjetiva de los derechos. De acuerdo con Ferrajoli la primera distinción es superable mientras que la segunda no lo es, esta problemática será abordada posteriormente.

Es pertinente señalar que en los derechos de ciudadanía se engloban los derechos humanos en tanto derechos primarios como “la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales” (Ferrajoli, 2010, pág. 41) y los derechos civiles, que incluyen a los derechos potestativos de la autonomía privada. Por otro lado, los derechos de la ciudadanía incluyen a los derechos públicos primarios atribuidos exclusivamente

a los ciudadanos, por ejemplo “el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo” (Ferrajoli, 2010, pág. 41) e incluye asimismo a los derechos políticos.

Partiendo de las consideraciones sobre los derechos fundamentales que fueron planteadas hasta ahora, es necesario dar cuenta de cuatro tesis esenciales para la democracia constitucional: a) la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales, b) los derechos fundamentales como pilar de la democracia sustancial en tanto cimiento de la igualdad jurídica, c) el carácter supranacional de los derechos fundamentales y d) la relación entre derechos fundamentales y sus garantías.

La primera tesis es de suma importancia debido a que establece la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Diferenciación que no es del todo clara en tradiciones liberales en las que los derechos de propiedad y los derechos de libertad son tratados como categorías homogéneas. Este proceso, de homologación ha tenido como consecuencia “la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos «burgueses» a la par de la propiedad.” (Ferrajoli, 2010, pág. 45).

En suma, la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales es que los primeros son normas, mientras que los segundos “son predispuestos por normas.” (Ferrajoli, 2010, pág. 49). Ahora bien, entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, Ferrajoli encuentra (4) diferencias estructurales. La primera es que, por un lado, los derechos fundamentales son de carácter universal, en el sentido lógico que ya ha sido expuesto anteriormente; por el otro lado, los derechos patrimoniales son singulares, es decir, “en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado” (Ferrajoli, 2010, pág. 46).

La segunda distinción recae en que los derechos fundamentales “son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos” (Ferrajoli, 2010, pág. 47), mientras que los derechos patrimoniales, como los derechos de propiedad privada, son negociables y alienables. En otras palabras, los derechos patrimoniales pueden cambiarse y venderse ya que se refieren a bienes patrimoniales. Sin embargo, los derechos fundamentales no cuentan con las mismas características, no pueden acumularse o cambiarse, están “sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto

que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual.” (Ferrajoli, 2010, pág. 47).

La tercera distinción entre ambos tipos de derechos es de tipo estructural. Los derechos patrimoniales están relacionados con *actos de tipo negocial*, como contratos, que son susceptibles de modificaciones, en palabras de Ferrajoli, “están, pues, sujetos a vicisitudes, o sea, destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos” (Ferrajoli, 2010, pág. 48).

La segunda tesis sostiene que los derechos fundamentales asientan las bases de la dimensión sustancial de la democracia. Esta tesis ya ha sido desarrollada con anterioridad, sin embargo, no está de más destacar que los derechos fundamentales vinculan más allá de la voluntad de una mayoría y de la mera forma a un nivel de contenido, es decir, sustancial. Consecuentemente, los derechos fundamentales establecen a la igualdad jurídica y por tanto a la democracia sustancial

Dicha dimensión sustancial, en este sentido, es definida como “el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho” (Ferrajoli, 2010, pág. 42), y se extiende, no solo a los derechos políticos y civiles, sino también a los derechos sociales y de libertad. Los derechos fundamentales se establecen como derecho positivo en las constituciones, pero no simbolizan una autolimitación revocable del poder, sino más bien a “un sistema de límites y de vínculos supraordenado a él [...] de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría” (Ferrajoli, 2010, pág. 53). En este sentido, los derechos fundamentales forman la esfera de lo indecible como contraposición de la representación y el aspecto procedimental de la democracia que se vale exclusivamente del principio de la mayoría.

La tercera tesis sobre los derechos fundamentales hace referencia al carácter supranacional de los derechos fundamentales. Esto se relaciona con la distinción establecida entre derechos de ciudadanía y derechos de la persona, estos últimos han sido conferidos por “las propias constituciones estatales [...] con independencia de la ciudadanía [y] se han transformado en derechos supraestatales” (Ferrajoli, 2010, pág. 42). Sin embargo, de acuerdo con Ferrajoli, desde los actuales confines estatales existe una conexión entre ciudadanía e igualdad que resulta insostenible y que requiere de su superación a partir de “la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de las nacionalidades.” (Ferrajoli, 2010, pág. 57).

De acuerdo con Ferrajoli sobre el tema de ciudadanía existe una incomunicabilidad entre estudios sociológicos y jurídicos, que, por un lado, alejan a los primeros de un análisis realista sobre la efectividad de derechos, mientras que crea en los segundos “inoportunas simplificaciones y confusiones conceptuales que acaban acentuando todavía más la falta de interés en la doctrina jurídica respecto de sus aportaciones.” (Ferrajoli, 2010, pág. 98).

Esta distancia entre sociología y teoría jurídica es analizada por Ferrajoli a partir del texto *Citizenship and Social Class* de Thomas H. Marshall. De acuerdo con Ferrajoli, desde la visión de Marshall, la ciudadanía es concebida como un estatus “al que se asocian ex lege todos los derechos, de forma que ésta se convierte en denominación omnicomprendiva y en presupuesto común de todo ese conjunto de derechos que él llama <<de ciudadanía>>: los <<derechos civiles>>, los <<derechos políticos>> y los <<derechos sociales>>.” (Ferrajoli, 2010, pág. 98), dicho estatus corresponde a aquellos sujetos pertenecientes en pleno derecho a una comunidad. Ahora bien, esta definición de la ciudadanía como estatus omnicomprendivo de derechos tiene una implicación conflictiva; desde la visión de Marshall la ciudadanía como estatus único se encuentra superpuesto al concepto de persona.

En este sentido, Marshall engloba tres tipos diferentes de derechos, que son estructuralmente distintos, dentro de la categoría de derechos civiles, a saber: “a) los derechos de libertad, desde la libertad personal a de pensamiento, de expresión y de prensa; b) los derechos de autonomía privada, es decir, los que permiten estipular contratos y ejercitar acciones ante los tribunales; e) el derecho de propiedad” (Ferrajoli, 2010, pág. 101). En este sentido, no es solamente relevante que ninguno de ellos es un derecho de ciudadanía, sino que, además, atribuye las mismas propiedades y valores a la libertad y a la propiedad.

De acuerdo con Ferrajoli, la distinción entre estatus de ciudadanía y estatus de personalidad ha sido mantenida en la teoría jurídica, y puede ser encontrada incluso en textos como la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, por lo que la definición omnicomprendiva de la ciudadanía de Marshall resulta extraña a la tradición jurídica. En este sentido, dentro de los derechos que Marshall engloba dentro del estatus de ciudadanía, de acuerdo con Ferrajoli, al menos los derechos civiles y de libertad son generalmente considerados como derechos del hombre, es decir, “no se atribuyen a los ciudadanos en cuanto ciudadanos, sino en cuanto personas” (Ferrajoli,

2010, pág. 99). El único tipo de derecho que es atribuido originalmente a partir del estatus de ciudadanía es el de los derechos políticos.

Por otra parte, Ferrajoli considera que este no es solamente un conflicto terminológico debido a que esta definición implica una valoración de esta, considerándola como enlazada a todos los derechos fundamentales. Esencialmente, este estatus de ciudadanía no se encuentra confrontada y diferenciada al estatus de persona. Consecuentemente, no puede ser un problema terminológico debido al carácter universal de los derechos fundamentales y a su institución como derechos de la personalidad, como se afirma en el artículo primero de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, rescatado del texto de Jellinek, “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho” (2000, pág. 167).

La definición de los derechos como derechos de la persona, especialmente los referidos a los derechos de libertad, son un rasgo moderno. Mientras que, de acuerdo con Ferrajoli, la visión de Marshall es “una noción política de la libertad, propia del mundo antiguo, interpretada no como libertad del individuo en cuanto tal, sino del ciudadano en cuanto no esclavo ni extranjero, como miembro y partícipe de una polis o de una comunidad política” (Ferrajoli, 2010, pág. 100).

En este sentido, para Marshall existe una igualdad básica que se identifica con la ciudadanía y a la “pertenencia plena a una comunidad” (Marshall, 1997, pág. 301), incluso, según Marshall la desigualdad económica es compatible con dicha igualdad básica siempre que “la desigualdad del sistema de clases sociales [...] reconozca la igualdad de ciudadanía” (Marshall, 1997, pág. 301).

Asimismo, Marshall vincula el concepto de ciudadanía y a la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* con el surgimiento del capitalismo, y falla en dar cuenta, en palabras de Ferrajoli, de que “el mérito de la Declaración de 1789 [...] consistió en reconocer y sancionar como derechos del hombre los derechos de libertad, y como derechos del ciudadano los derechos políticos, unos y otros esenciales no sólo para el desarrollo del capitalismo, sino también para el de la democracia.” (Ferrajoli, 2010, pág. 101).

En este sentido es necesario recordar que Marshall considera que los derechos de libertad, autonomía y propiedad pueden ser englobados como derechos civiles sin diferenciación estructural entre ellos. Como se señaló anteriormente, existe una distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, esta diferencia es la que Marshall no considera en su trabajo sobre la

ciudadanía. Es decir, no da cuenta del carácter singular, “alienable, negociable, transigible” (Ferrajoli, 2010, pág. 102) de los derechos patrimoniales frente al carácter universal e inalienable de los derechos de libertad y autonomía. Sin embargo, cabe señalar que la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, no recae en las características de los derechos, sino que “depende enteramente del derecho positivo, es decir, del hecho de que hayan sido conferidos por éste a todos los individuos en cuanto personas, o sólo a las personas en cuanto ciudadanos” (Ferrajoli, 2010, págs. 104-105).

Finalmente, la cuarta tesis sostiene la distinción entre los derechos fundamentales y sus garantías. Los derechos fundamentales se definen a partir de expectativas que se corresponden con obligaciones y prohibiciones. Ahora bien, a pesar de que dichas prohibiciones y obligaciones están implicadas lógicamente a los correspondientes derechos, no significa que siempre se encuentren normativamente establecidas. Desde otras perspectivas, la inexistencia de las garantías implica la negación de la existencia de los derechos a los que se refieren. Sin embargo, de acuerdo con Ferrajoli, la ausencia de garantías es “una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación” (Ferrajoli, 2010, pág. 43)

De acuerdo con Ferrajoli es desde una visión *nomoestática* del derecho, como la iusnaturalista, que la identificación entre el derecho y sus garantías no puede ser superada. Esto se debe a que “las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas: dado un derecho, o sea, una expectativa jurídica positiva o negativa, existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente” (Ferrajoli, 2010, pág. 60). En otras palabras, en dichos sistemas no existen ni antinomias ni lagunas, esto quiere decir que una norma no puede ser invalida sino solo inexistente.

Al mismo tiempo, a esta imposibilidad de la invalidez de una norma y por tanto, a la existencia de un derecho sin su correspondiente garantía, se le suma la consideración de origen *realista* de que los derechos decretados a nivel internacional no pueden ser considerados propiamente derechos debido a que “están desprovistos de garantías [y que] más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho” (Ferrajoli, 2010, pág. 59). Desde el constitucionalismo garantista, la imposibilidad planteada por un *iusnaturalismo realista* se ve superada gracias a la legitimidad y validez sustancial, que dejan atrás la identificación entre validez y existencia permitiendo que sea posible hablar sobre lagunas y antinomias. En este

sentido, desde el garantismo “el nexo entre expectativas y garantías no es de naturaleza empírica sino normativa” (Ferrajoli, 2010, pág. 63), es decir, la inexistencia de garantías implica la obligación por parte de poderes públicos de subsanar las posibles lagunas en la ley.

### 3.2. La democracia liberal y la democracia social.

En el modelo normativo de la democracia constitucional se han identificado las normas de reconocimiento, es decir, la “representación en la esfera pública y a la autodeterminación en la esfera privada” (Ferrajoli, 2013b, pág. 25), sin embargo, estas no completan la visión de las cuatro dimensiones de la democracia, hace falta dar cuenta de la razón social de la misma.

Dicha razón social se asienta, como se expuso previamente, en la subordinación de poderes tanto públicos como privados al derecho, y más específicamente, a la constitución. Así pues, esta razón social del estado constitucional corresponde “la garantía de la paz y de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados” (Ferrajoli, 2013a, pág. 300), en otras palabras, se trata de “la garantía de los derechos vitales ofrecida por la esfera pública” (Ferrajoli, 2013a, pág. 300). En este sentido, el Estado y las instituciones son herramientas para la garantía de dichos derechos.

Ahora bien, en lo que respecta a las garantías de los derechos fundamentales, ya se ha señalado que, desde el constitucionalismo garantista se deja atrás la identidad entre ambos gracias a la inserción de los conceptos de lagunas y antinomias dando paso a la afirmación de que la inexistencia de una garantía con respecto a un derecho no implica la inexistencia de dicho derecho sino, más bien, la existencia de una laguna que requiere ser subsanada en la ley. Sin embargo, la garantía de los derechos no se limita al ejercicio lógico del jurista, sino que supone obstáculos materiales en la realidad. Esto se hace especialmente claro cuando se habla de la garantía de los derechos sociales.

La dificultad radica en que los derechos sociales establecen “deberes de hacer (u obligaciones)” (Ferrajoli, 2010, pág. 109) y su incumplimiento no se manifiesta en fallas de validez cuya solución se realiza por la vía jurisdiccional, sino “en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables.” (Ferrajoli, 2010, pág. 109). Cabe aclarar que por derechos sociales se entienden derechos que implican asistencia pública positiva, como lo son “los derechos al trabajo (art. 4), a la salud (art. 32), a la educación (art. 34),

a un salario justo (art. 36), a la subsistencia y a la seguridad social (art. 38).” (Ferrajoli, 2010, pág. 108) de la Constitución italiana.

En este sentido, los problemas que suponen la garantía de los derechos sociales se deben a la disparidad entre efectividad y normatividad, y consecuentemente son de carácter político y económico, principalmente debido a su costo. Es por ello por lo que Ferrajoli considera que se requiere de una “una aproximación garantista a los derechos sociales, capaz de conjugar normativismo y realismo, teoría jurídica e investigaciones empíricas de tipo económico o politológico” (Ferrajoli, 2010, pág. 108).

Ferrajoli señala que parte del alto costo se debe a la “compleja mediación política y burocrática que por sus enormes espacios de discrecionalidad constituye la fuente principal de despilfarros, costes y, sobre todo, ineficacia.” (Ferrajoli, 2010, pág. 109). Es por ello, que para el jurista italiano es necesario la *desburocratización* del estado social para asegurar la transparencia y legalidad, y la “formalización de los procedimientos de garantía de los derechos sociales aún más eficaz y garantista que la prevista para los derechos de libertad” (Ferrajoli, 2010, pág. 112).

Consecuentemente, es necesario dar cuenta de la dimensión sustancial de la democracia, que está formada por los contenidos de libertad y los contenidos sociales. Esta estructuración da cuenta del vínculo entre derecho y democracia, a saber: la imposibilidad de la existencia de la democracia sin derecho. Este nexo entre democracia y derecho se establece a través de los derechos fundamentales, pues, al menos sin los derechos políticos la democracia no tendría sentido.

Conformando a la democracia sustancial se encuentran, por un lado, la *democracia liberal* o, *estado liberal de derecho*, que se sustenta en los derechos de autonomía y libertad individuales. La garantía de dichos derechos, a su vez, forma “esencialmente un conjunto de límites al ejercicio de los poderes” (Ferrajoli, 2013b, pág. 301), a su vez, dichos límites tienen como objetivo la configuración del *estado liberal mínimo*. Por otro lado, la conforma la *democracia social* o, *estado social de derecho*, que se fundamenta en los derechos sociales y (Ferrajoli, 2013b, pág. 302) sus garantías constituyen “un sistema de vínculos a cargo de la esfera pública” que se integran para formar un modelo de *estado social máximo*.

La conjunción de ambas dimensiones es nombrada por Ferrajoli como *liberalismo social* o *socialismo liberal*, el entrelazamiento de ambas dimensiones no implica oposición, sino más bien,

complementariedad, ya que “vida y supervivencia, libertades fundamentales y mínimos vitales, garantías de los derechos de libertad y garantías de los derechos sociales [...] se refuerzan recíprocamente” (Ferrajoli, 2013b, pág. 302).

En lo que respecta a la *democracia liberal*, tiene como primer requisito “la inmunidad de las personas frente a constricciones o prescripciones jurídicas de tipo ideológico” (Ferrajoli, 2013a, pág. 303), en este sentido se establece una separación entre esfera privada y esfera pública en el pensamiento liberal que es análoga a la separación entre derecho y moral. Esta última separación, entre moral y derecho, un sentido teórico, es una característica del positivismo jurídico y, por tanto, fundamento del principio de legalidad.

En sentido axiológico, en cambio, dicha distinción “es un corolario del *liberalismo político* [que] es la otra cara del liberalismo.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 304). En consecuencia, tanto el Estado como el derecho no reproducen valores morales, ni sostienen una moral o religión. Por eso mismo, no pueden intervenir en la *vida moral* de los individuos. Su papel, en este sentido, es el de “tutelar a las personas garantizándoles la vida, la dignidad, la libertad, la supervivencia y la igualdad” (Ferrajoli, 2013b, pág. 304) a través de la garantía de los derechos fundamentales. Esta neutralidad moral e ideológica es lo que fundamenta la laicidad del Estado y contribuye a garantizar “Desde los derechos de libertad y de inmunidad frente a lesiones o constricciones, que equivalen a otros tantos derechos a la propia identidad, hasta los derechos sociales a prestaciones, equivalentes a otros tantos derechos a la supervivencia.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 304).

La laicidad del Estado, por tanto, se define como la independencia del derecho y la moral, así como la separación de instituciones jurídicas de ideologías o creencias religiosas o morales. Posturas contrarias a esta, es decir, en aquella que la fuente del derecho es determinada aparte de una ideología o moral específica, como en el iusnaturalismo, son tendencialmente totalitarias. Esto se debe a que en ellas se identifica el bien con lo verdadero, y “no se justifica ninguna tolerancia jurídica o moral de concepciones diversas del bien; del mismo modo que no se justifica la tolerancia teórica para una tesis falsa como « $2 + 2 = 5$ ».” (Ferrajoli, 2013b, pág. 305).

En este sentido, solo a partir de la distinción entre derecho y moral, gracias a la neutralidad ideológica del Estado, es que es posible el Estado laico, que dé lugar al “pluralismo cultural, la libertad de conciencia y de religión, la convivencia pacífica y el respeto de las diferentes

identidades” (Ferrajoli, 2013b, pág. 306). De este modo, la laicidad estatal es una garantía básica para asegurar el espacio de las identidades individuales.

El segundo componente de la democracia sustancial es la democracia social, que se funda en la garantía de “los derechos a la subsistencia, la previsión, el trabajo, la salud y la educación.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 379). En primera instancia, resulta especialmente relevante el derecho a la supervivencia, que también entra dentro de la razón social de la democracia, ya que gradualmente se ha convertido en un fenómeno de carácter principalmente social y no natural. Esto se debe, por un lado, a que actualmente existe un “creciente alejamiento del individuo de las condiciones y los recursos naturales necesarios para la vida.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 379), se ha dado “la progresiva pérdida de autosuficiencia de las personas y con la intensificación de su interdependencia social” (Ferrajoli, 2013b, pág. 379).

Cabe aclarar que el sentido de la supervivencia no se limita al “no hacer morir y dejar vivir” (Ferrajoli, 2013b, pág. 381), sino que se extiende al “Hacer vivir y no dejar morir” (Ferrajoli, 2013b, pág. 381), esto implica “la satisfacción de los mínimos vitales, y no sólo la garantía de la prohibición de matar” (Ferrajoli, 2013b, pág. 380).

Por otro lado, la relevancia del derecho a la supervivencia se debe a los grandes avances tecnológicos y de producción, ya que “gracias a estos progresos —basta pensar en las conquistas de la medicina y en la producción virtualmente ilimitada de bienes materiales— ha llegado a ser realmente posible, y por eso moral y políticamente obligado, reducir o compensar la desigualdad de «oportunidades»” (Ferrajoli, 2013b, pág. 380).

Con respecto a este punto Ferrajoli hace uso del concepto acuñado por J. Rawls de la *lotería natural*, que se refiere a los dotes naturales y condiciones sociales que no se derivan de forma alguna del mérito individual de la persona a los que se les atribuyen tanto de manera favorable como desfavorable. Dichas desigualdades son arbitrarias, y, por tanto, de acuerdo con Ferrajoli deben ser eliminadas. Sin embargo, a pesar de que el progreso tecnológico pueda facilitar dicha anulación de desigualdades, “en ausencia de derecho y de derechos, contribuyen a hacerlas crecer de manera exponencial.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 380)

Cabe destacar que este estado social se encuentra ceñido al estado constitucional de derecho de la misma manera que lo está el estado liberal, se trata de un *garantismo social* que se integral al

panorama hasta ahora expuesto de la democracia política, civil y liberal, y las complementa ya que existe un “nexo axiológico, que consiste en el hecho de que la satisfacción de los derechos sociales asegura los «pre-requisitos» de la democracia política” (Ferrajoli, 2013b, pág. 383).

Dicho nexo se debe a que las garantías sociales consolidan a los presupuestos tanto de la democracia política como de la liberal. De acuerdo con Ferrajoli, aunque a simple vista parezca contradictorio, debido principalmente a su costo, la democracia social es complementaria a las otras dimensiones de la democracia en el sentido que “el gasto social dirigido a satisfacer los cuatro tipos de derechos —a la subsistencia, la salud, la educación y la información [...] es a medio y largo plazo la forma de inversión más productiva para el desarrollo económico, civil y político” (Ferrajoli, 2013b, pág. 384). Esto se debe en parte a que el decrecimiento de las garantías sociales “provoca marginación, que a su vez genera el ulterior empobrecimiento de los sectores marginados y, con ello, el crecimiento de la inseguridad y de las tensiones sociales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 384)

Si bien los derechos fundamentales en general son “situaciones moleculares complejas” (Ferrajoli, 2013b, pág. 384), los derechos sociales son especialmente complejos debido a que consisten en “expectativas positivas de prestación” (Ferrajoli, 2013b, pág. 384), en otras palabras, debido a que tienen una forma lógica definida por *expectativas positivas universales*, requiere de *garantías sociales primarias*. Dichas garantías primarias suponen tanto un costo, como una infraestructura institucional que organice y se encargue de la satisfacción de dichos derechos sociales. Es en sentido que las garantías sociales primarias se distinguen de las garantías negativas, que solo contemplan la no agresión; en pocas palabras se trata de la diferencia entre “agresión intencional a la vida y omisión de socorro.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 380)

La complejidad de los derechos sociales resulta un poco más claro cuando se piensa en derechos como el derecho a la salud, que no implica solamente la asistencia sanitaria “sino también el derecho a no sufrir perjuicios o amenazas para la salud por causa de contaminaciones atmosféricas o adulteraciones alimentarias.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 385), o el derecho al trabajo, que engloba no solo el derecho a un trabajo digno sino también la protección ante despidos injustificados.

Así pues, las *garantías primarias positivas* de los derechos sociales requieren de “la introducción de las instituciones y las funciones de garantía encargadas de satisfacerlos: el sistema educativo, el servicio sanitario, los aparatos destinados a prestar la asistencia y la previsión social” (Ferrajoli, 2013b, pág. 386). Esto aplica también a los derechos de libertad, especialmente en el ámbito penal.

En este sentido, las garantías tanto de los derechos sociales como de libertad, no se originan al mismo tiempo que los derechos a los que se refieren. Estos derechos requieren de la creación de normas téticas que “establezcan los límites o vínculos correspondientes” (Ferrajoli, 2013b, pág. 387), normas que, en este sentido, a pesar de ser obligatorias pueden faltar. A dichas faltas se les denomina *lagunas primarias*. Estas no son características inevitables en un sistema, sino que son consecuencia de decisiones políticas discriminatorias.

Ahora bien, lo que distingue a las garantías de los derechos sociales es que implican que se intervenga en la distribución de la riqueza, buscan el “aseguramiento de niveles mínimos de igualdad y de subsistencia” (Ferrajoli, 2013b, pág. 387), cuyo financiamiento depende de impuestos fiscales “en perjuicio sobre todo de los ricos, para hacer frente al gasto social, destinado en particular a los más pobres.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 387).

Al mismo tiempo, Ferrajoli señala la necesidad de *cartas constitucionales* que establezcan vínculos rígidos en lo concerniente al gasto social. Esto quiere decir que es necesario estipular una cuota mínima del presupuesto estatal para los derechos sociales que han sido establecidos constitucionalmente. Esto sería una garantía positiva que “permitiría al tribunal constitucional censurar las leyes financieras que derogasen esos límites” (Ferrajoli, 2013b, pág. 388), adjudicando, en este sentido, un carácter de mayor transparencia a las políticas institucionales, que, de acuerdo con Ferrajoli aumentaría la participación ciudadana informada.

En suma, estas características buscan cimentar la separación e independencia entre estas instituciones de garantía social de otras instituciones de gobierno, es decir, se desplazan las “funciones e instituciones fuera de la esfera de decisión y del control político, a diferencia de lo que ocurre en nuestra tradición administrativa” (Ferrajoli, 2013b, págs. 385-386). Esta separación está fundamentada en que la legitimidad de la esfera social de la democracia no se encuentra fincada en la representación política sino en el principio de legalidad que se cimienta en los derechos fundamentales.

En conclusión cabe destacar que esta visión del estado social de derecho, de acuerdo con Ferrajoli, no ha sido del todo desarrollada, no solo debido a sus altos costos sino debido al “desinterés de la tradición liberal por tales derechos y la desvalorización del derecho por parte de la tradición socialista [así como por] la resistencia opuesta por la cultura jurídica y política a los derechos

sociales, negándoles durante mucho tiempo la naturaleza de «derechos» y también por la ya señalada confusión entre derechos y garantías” (Ferrajoli, 2013b, pág. 382).

### 3.3. El horizonte de la democracia: más allá de la ciudadanía y la soberanía.

La esfera de lo decidible es el espacio en el cual se da el ejercicio legítimo de los derechos secundarios, incluyendo a los derechos de autonomía política dentro de los cuales se encuentra “la representación política, en la producción de las decisiones legislativas y de gobierno” (Ferrajoli, 2013b, pág. 22) y de la autonomía privada, en otras palabras, el ejercicio de los derechos planteados en las dimensiones civil y política de la democracia. En este sentido, la esfera de lo decidible es todo aquello que se encuentra fuera de la esfera de *lo no decidible* o *lo indecidible que*.

La esfera de lo decidible corresponde pues, a la democracia política y civil, a la dimensión formal de la democracia. Es decir que, al hacer referencia a la democracia política, Luigi Ferrajoli alude a la toma de decisiones políticas a través de la participación política, se está haciendo referencia a la representación política y al sufragio. En lo que se refiere a la democracia civil, lo que se encuentra es la autodeterminación en lo que respecta a relaciones privadas, por ejemplo, “de las decisiones sobre los bienes que adquirir o que producir a las decisiones sobre las actividades laborales o profesionales que desarrollar, los estudios que emprender o la persona con la que casarse y similares.” (Ferrajoli, 2013b, pág. 23).

Ahora bien, no es solamente que la esfera de lo decidible sea todo aquello fuera de la esfera de lo no decidible, sino que, de acuerdo con la fundamentación ferrajoliana en orden de que exista un ejercicio pacífico y libre de los derechos civiles y políticos, así como una manifestación “libre y pacíficamente las diferencias personales y colectivas” (Ferrajoli, 2013b, pág. 62) es necesario el conjunto de los derechos fundamentales.

En este sentido, a pesar de la independencia teórica de las dimensiones formal y sustancial de la democracia, sin la conjunción sistemática de ambas, el espacio de la discusión democrática y la autonomía privada se ven amenazadas por la arbitrariedad. Sin embargo, está subsanada por la dimensión sustancial de la democracia a través de los límites y vínculos encontrados en la esfera de lo indecidible. En este sentido, la esfera de lo indecidible es “la esfera pública de los intereses de todos [...] protegida por la garantía constitucional” (Ferrajoli, 2013b, pág. 45), en pocas palabras, es el gobierno de las leyes.

Es decir, sin los derechos sociales y de libertad no es posible pensar una esfera de lo decidible en la que la confrontación se dé de modo pacífico. Es en la distinción entre la esfera de lo decidible y la esfera de lo indecidible que se finca la paz, en palabras de Ferrajoli, “la violación de lo que es indecidible se manifiesta en la violencia y genera violencia. Es sólo en la esfera de lo decidible donde no sólo se desarrolla, sino que está garantizado por la esfera de lo no decidible que se desarrolle, libre y pacíficamente, la dialéctica democrática entre intereses, opiniones y valoraciones contrapuestas” (Ferrajoli, 2013b, pág. 62).

Si bien se han dedicado los apartados anteriores para dar cuenta de los derechos fundamentales y de la esfera de lo no decidible como la característica fundamental del constitucionalismo garantista, en última instancia, dichas estructuras y contenidos no tendrían sentido si no existiera la esfera de lo decidible. De acuerdo con Ferrajoli, “la historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos” (Ferrajoli, 2010, pág. 54). La esfera de lo no decidible perdería su razón de ser y sentido si se eliminara la esfera de lo decidible, pues la primera tiene por objetivo garantizar el ejercicio pacífico de los derechos secundarios y su origen mismo viene de los movimientos sociales que se han dado a partir de la autonomía, es decir,

ninguno de estos derechos cayó del cielo, sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales: las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios (Ferrajoli, 2010, pág. 54).

En este sentido “la democracia constitucional puede ser caracterizada como un método de civilización y de solución pacífica de los conflictos” (Ferrajoli, 2013b, pág. 62). Sin embargo, como ya se ha señalado, Ferrajoli afirma que las crisis económicas de los últimos años apuntan a una crisis aún más profunda, una crisis democrática que se define por “el vaciamiento de la política, el colapso de la democracia y el derrumbe de la esfera pública” (Ferrajoli, 2013b, pág. 47), a su vez, dicha crisis de la democracia “ha repercutido sobre la crisis económica, agravando sus causas, generando la espiral y el círculo vicioso ilustrado arriba” (Ferrajoli, 2014b, pág. 58). Esto implica que la garantía de los derechos fundamentales se encuentra también en crisis. Esta crisis es la que se ha señalado en el apartado 2.1 sobre la relación entre política y economía, específicamente con respecto al problema de la subordinación de la primera por la segunda.

Como se recordará, esta relación implica que “no tenemos ya el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política” (Ferrajoli, 2013b, pág. 47), es decir, los derechos fundamentales se encuentran a la merced del mercado. Es importante tomar en cuenta que dicha impotencia de la política tiene cuatro causas principales: (a) el carácter local de poderes estatales frente el “carácter global de los poderes económicos y financieros” (Ferrajoli, 2014b, pág. 48), (b) “el apoyo prestado a la primacía de la economía por la ideología libelista” (Ferrajoli, 2014b, pág. 48), (c) la relación política-dinero y (d) “La política, convertida totalmente a la fe del mercado” (Ferrajoli, 2014b, pág. 50).

A estas cuatro causas de la crisis Ferrajoli ha respondido con cuatro ideas fundamentales, se dará especial atención a la primer y ultima respuestas a la crisis pues en estas se articula todo el sistema del constitucionalismo garantista y el modelo cuatridimensional de la democracia. La primera respuesta planteada por el jurista italiano es la de la creación de una *esfera pública europea e incluso mundial*, debido a la “asimetría entre esferas públicas estatales y [las] emergencias planetarias” (Ferrajoli, 2014b, pág. 62). Este camino está relacionado con la *soberanía*, y sus límites para dar cuenta de problemas globales.

Una concepción de la soberanía fuera del poder de las leyes es incompatible con el modelo de la democracia constitucional, por ello, de acuerdo con Ferrajoli hay solamente dos sentidos de *soberanía popular* que pueden considerarse compatibles con la democracia constitucional. El primero de ellos define a la soberanía popular como “un principio de legitimación en negativo de la democracia política. Quiere decir, simplemente, que «la soberanía pertenece al pueblo» y sólo al pueblo; que reside en el pueblo y sólo en el pueblo” (Ferrajoli, 2013b, pág. 13).

El segundo significado, establece un nexo con los derechos fundamentales, de forma que dicho derechos “dan formas y contenidos a la «voluntad popular», la cual, en cuanto suma de las voluntades de cada uno de sus miembros, no puede manifestarse auténticamente si no puede expresarse libremente: y no puede expresarse libremente sin estar presidida por las garantías no sólo de los derechos políticos y de libertad, sino también de los derechos sociales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 14). En otras palabras, no se trata de una voluntad popular propiamente en el sentido formal y procedimental de la democracia. Esta definición de la soberanía es referente a dimensión sustancial de la democracia, a una legitimidad que va más allá de los límites de la representación política y se fundamenta en la universalidad de los derechos.

En este sentido, como se mostró en apartados anteriores, la representación política y la participación en la democracia política, son características fundamentales para la democracia constitucional, más no son suficientes sin su entrelazamiento con la dimensión sustancial de la democracia, ya que “para que un sistema sea democrático se exige al menos que la mayoría no tenga el poder de suprimir la posibilidad de que las minorías se conviertan en mayoría [...] se exige que ésta se halle vinculada a aquellos poderes «de todos» que forman la soberanía popular y en los que reside el valor democrático de todos los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2013b, pág. 15).

Consecuentemente, desde esta perspectiva constitucionalista de los derechos fundamentales es necesario, por un lado, dar cuenta que este constitucionalismo no solamente modifica “principios axiológicos de justicia [sino que también] permite [...] reconocer, en el plano fáctico, los peligros, las agresiones, las opresiones y las injusticias para cuya evitación ha sido estipulada” (Ferrajoli, 2013b, pág. 16). Por otro lado, en consecuencia, es necesario aceptar el carácter supra estatal de los derechos fundamentales, esta problemática es abordada en relación con la cuarta respuesta que proporciona Ferrajoli ante la crisis de la democracia.

La segunda respuesta a la crisis hace referencia al carácter ampliado del estado de derecho, que ya ha sido analizado, según el cual no solo se imponen límites y vínculos a los poderes públicos sino también a los privados. El tercer camino apuntado por Ferrajoli está íntimamente relacionado con el punto anterior, se refiere a la *representación política*. Desde esta perspectiva se postula “la separación entre *poderes políticos* y *poderes económicos*, orientada a restablecer la independencia y la primacía de los primeros sobre los segundos y a impedir formas directas o indirectas de mandato imperativo que vinculen el ejercicio de los primeros para tutelar los intereses privados de los segundos ” (Ferrajoli, 2014b, pág. 65).

Por último, la cuarta respuesta de Ferrajoli tiene que ver con el reconocimiento de que la garantía de los derechos fundamentales requiere de pensarse más allá de las fronteras nacionales. En otras palabras, se trata de “una *oportunidad* sin precedentes: la posibilidad de refundar la defensa de la paz y de los derechos humanos sobre la base de la necesaria interdependencia mundial generada por ellas mismas y sobre la percepción cada vez más difundida de la humanidad como una sola nación o comunidad” (Ferrajoli, 2014b, pág. 69). Esto implica, la superación del estatus de ciudadanía.

En este sentido es necesario recordar que la ciudadanía es un estatus de privilegio, que es “el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2010, pág. 117) y por tanto “la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2010, pág. 32). Esto quiere decir que el estatus de ciudadanía es contradictorio con respecto a la universalidad de los derechos fundamentales como se han planteado hasta ahora, no solo desde el constitucionalismo garantista de Ferrajoli sino también desde la *Declaración universal de los derechos humanos* y otros tratados y pactos internacionales.

Consecuentemente, de acuerdo con Ferrajoli, “tomar en serio los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2010, pág. 32) implica la disociación entre derechos fundamentales y ciudadanía, es necesaria su separación como un remanente premoderno, ya que los vincula a un nivel estatal sin reconocer su carácter supraestatal. Esto quiere decir que la garantía de los derechos fundamentales no puede ser solo desde y dentro del Estado, sino también frente y fuera de éste a partir de garantías internacionales. Para Ferrajoli, la disolución de las barreras que contradicen el universalismo de los derechos implica específicamente el “transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países.” (Ferrajoli, 2010, pág. 117)

Ferrajoli considera que esta apertura del derecho a la residencia y al derecho de circulación fuera del estatus de la ciudadanía, a pesar de que no resolverá los problemas de países subdesarrollados y de la garantía de los derechos fundamentales a todos aquellos a quienes se les ha negado, si obligará a los países de Occidente a lidiar con dichos problemas como propios. Sin embargo, de acuerdo con Ferrajoli, para que esto suceda, estos países necesitan “sentir la amenaza directa de la presión demográfica que proviene de aquellos países” (Ferrajoli, 2010, pág. 117).

Esta presión no es gratuita, sino que nace del saqueo y dominación sobre otros países menos favorecidos. Y como bien lo ha señalado el jurista italiano, los derechos no caen del cielo, surgen de la lucha y presión social, es decir, se afirma cuando “se hace irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos.” (Ferrajoli, 2010, pág. 117). De forma radical, “la credibilidad de los «valores de Occidente»: la igualdad, los derechos de la persona, la propia ciudadanía.” (Ferrajoli, 2010, pág. 118) depende de la universalización efectiva de los derechos.

Para concluir, es necesario señalar que, a pesar del carácter utópico que puede tener esta universalización, de acuerdo con Ferrajoli “la historia del derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad” (Ferrajoli, 2010, pág. 119). O sea, la búsqueda de la eliminación del estatus de ciudadanía privilegiada “No [es] menos irreal ni ambicioso [que lo que] debió parecer hace dos siglos el desafío a las desigualdades del *Ancien Régime* contenido en las primeras Declaraciones de derechos” (Ferrajoli, 2010, pág. 119). En este sentido un modelo del constitucionalismo garantista como el presentado por Luigi Ferrajoli podría ser, al igual que el antes mencionado desafío a las desigualdades, un aliento para la democracia y la formación de una esfera decidible en la que la confrontación se pueda hacer en términos pacíficos.

## Conclusiones Generales

En el primer capítulo se define al iusnaturalismo, como una teoría de la moral que hace pasar juicios de valor como derivados de juicios de hecho, es decir, desde el iusnaturalismo se pretende pasar del ser al deber ser. Sin embargo, en la tradición iusnaturalista no hay un contenido fijo de lo que se considera natural y por tanto bueno, es decir, el iusnaturalismo permite que en el concepto de naturaleza puedan colocarse conceptos diametralmente opuestos. Ahora bien, las características del iusnaturalismo más relevantes en lo concerniente al constitucionalismo es el vínculo que establece entre moral y derecho, así como este salto injustificado del ser al deber ser; esto es debido a que dichas características son clave para distinguir entre teorías pospositivistas iusnaturalistas y posturas como la de Ferrajoli que se consideran como una ampliación del iuspositivismo.

Por su parte, el iuspositivismo es definido como *modo de acercarse al estudio del derecho, como teoría del derecho y como ideología*. Señalando que la diferencia fundamental entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo es que, de acuerdo con el iuspositivismo el derecho “es creado y nulificado por los actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes” (Kelsen, 1995, pág. 134). Asimismo, se encuentra que la definición más problemática del positivismo jurídico es la que lo entiende como ideología debido a que “representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal” (Bobbio, 2020, pág. 52), en este sentido el iuspositivismo considera la obediencia a la ley como valor absoluto.

Por otra parte, el constitucionalismo garantista es definido como un nuevo paradigma del derecho y de la democracia que incluye al modelo iuspositivista desde el cual son positivados “los viejos «derechos naturales»” (Ferrajoli, 2011, pág. 27), de forma que se constituyen como *principios jurídicos*, fuente de legitimación y deslegitimación en tanto su capacidad crítica para la subsanación de lagunas y antinomias en la legislación. A su vez, el constitucionalismo garantista se establece como una teoría de la democracia cuatridimensional fundamentada en la positivación de los derechos fundamentales, que distingue entre validez y vigencia y establece vínculos sustanciales para cimentar la validez de las normas sin dejar de lado las formas de su producción. Esto lleva a la caracterización del garantismo como un modelo constitucionalista no antipositivista, sino que incluye el aspecto formal y procedimental y lo amplía por medio de la esfera sustancial del derecho.

En el segundo capítulo se analizó la relación entre política y economía, y se plantean dos problemas principales: la impotencia de la política frente a la economía, que se finca en los presupuestos liberales de incluir dentro de las libertades fundamentales a los derechos económicos y, por otro lado, considerar a las leyes del mercado como leyes naturales, y, la omnipotencia de la mayoría, problema fincado principalmente en conceptualizar y limitar a la legitimidad partir de una visión meramente formal de la democracia, que deja al poder político subordinado al poder económico, poniendo a los derechos sociales en una posición sumamente desaventajada.

En segundo lugar, se amplía la concepción del constitucionalismo garantista analizando la *legitimidad sustancial*, así como de los *límites*, *vínculos sustanciales* y a la *esfera de lo indecible*. En pocas palabras, se señala que en el derecho se introduce una esfera sustancial, además de respetarse la esfera formal planteada por modelos paleo-positivistas del derecho, esto quiere decir que la legalidad de una norma no solo dependerá de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con respecto a los derechos fundamentales englobados en la esfera de lo no decidible

Adicionalmente se define el concepto de democracia formal, distinguiendo las características particulares de sus dos componentes principales: la democracia política y la democracia civil. La dimensión formal de la democracia no remite a contenidos de las decisiones políticas, sino al aspecto procedimental de la democracia. En este sentido se hace referencia a las condiciones de la democracia, establecidas en el derecho positivo, que son normas formales de producción referentes al *quién* y al *como* para la validez de la toma de decisiones. Sin embargo, se llega a la conclusión de que, si bien el aspecto procedimental de la democracia es imprescindible para definir a un sistema como democrático, esta esfera no es suficiente para garantizar que los métodos democráticos no sean puestos en riesgo desde los mismos métodos, como sucedió en las experiencias de los totalitarismos del siglo XX. Es decir, la identificación formal entre vigencia y validez no puede establecer vínculos y límites suficientes ante la existencia de *poderes salvajes* tanto en el ámbito civil como en el político.

Por último, en el tercer capítulo se analiza la dimensión sustancial de la democracia, para ello, en primer lugar, se identifican cuatro tesis esenciales los derechos fundamentales para la democracia constitucional, a saber, a) la distinción entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales, b) los derechos fundamentales como pilar de la democracia sustancial en tanto cimiento de la igualdad

jurídica, c) el carácter supranacional de los derechos fundamentales y d) la relación entre derechos fundamentales y sus garantías.

La primera tesis a) es fundamental debido a que señala la una confusión de la tradición liberal desde la cual se equiparan los derechos de propiedad a derechos fundamentales. Los derechos patrimoniales son singulares y sujetos a negociación, dependen de condiciones específicas para su pertinencia, mientras que los derechos fundamentales son derechos universales e inalienables, en otras palabras, puedo vender, ceder o intercambiar mis propiedades, pero no puedo hacer lo mismo con mi libertad. De acuerdo con b) la segunda tesis los derechos fundamentales vinculan más allá de la voluntad de una mayoría y de la mera forma a un nivel de contenido, es decir, sustancial, estableciendo la igualdad jurídica.

La tercera tesis c) hace referencia a la distinción entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, que, en última instancia no recae en las características de los derechos, sino que “depende enteramente del derecho positivo, es decir, del hecho de que hayan sido conferidos por éste a todos los individuos en cuanto personas, o sólo a las personas en cuanto ciudadanos” (Ferrajoli, 2010, págs. 104-105). De acuerdo con Ferrajoli, el estatus de ciudadanía es estatus de desigualdad, que contradice la universalidad de los derechos fundamentales y que, obliga a dar cuenta del carácter supranacional de los derechos fundamentales. En lo que se refiere a d) cabe destacar que de acuerdo con el constitucionalismo garantista es fundamental distinguir entre los derechos y sus garantías, debido a que la inexistencia de una garantía no implica la inexistencia del correspondiente derecho sino una laguna, una falta que requiere ser subsanada.

Posteriormente, se da cuenta, de la *democracia liberal* o, *estado liberal de derecho*, que se sustenta en los derechos de autonomía y libertad individuales; se pone especial atención a la laicidad del Estado, es decir, la independencia del derecho y la moral, así como la separación de instituciones jurídicas de ideologías o creencias religiosas o morales. De esto se desprende la importancia de la neutralidad estatal para la garantía de los derechos de libertad. En este sentido, se considera que la laicidad estatal es una garantía básica para asegurar el espacio de las identidades individuales.

Por otro lado, se analiza a la *democracia social* o, *estado social de derecho*, que se fundamenta en los derechos sociales. Se pone hincapié en su complementariedad con las otras esferas de la democracia y la relevancia del derecho a la supervivencia, entendido como “hacer vivir y no dejar morir” (Ferrajoli, 2014a, pág. 381). Se identifica que la dificultad de la garantía de los derechos

sociales radica en que estos establecen “deberes de hacer (u obligaciones)” (Ferrajoli, 2010, pág. 109) y su incumplimiento se debe a la disparidad entre efectividad y normatividad. Ante esta problemática se indica la importancia de la *desburocratización* del estado social para asegurar la transparencia y legalidad.

Sin embargo, el complejo entramado burocrático no es la causa última de la ineffectividad y falta de garantía de los derechos fundamentales, sino que lo es también el “desinterés de la tradición liberal por tales derechos y la desvalorización del derecho por parte de la tradición socialista [así como por] la resistencia opuesta por la cultura jurídica y política a los derechos sociales, negándoles durante mucho tiempo la naturaleza de «derechos» y también por la ya señalada confusión entre derechos y garantías” (Ferrajoli, 2013b, pág. 382).

Por último, se analiza el sentido de la esfera de lo decidible y su papel con respecto al constitucionalismo garantista con el objetivo de trazar el horizonte del modelo cuatridimensional de la democracia más allá de las fronteras estatales. Se considera que la esfera de lo no decidible perdería su razón de ser si se eliminara la esfera de lo decidible, pues la primera tiene por objetivo garantizar el ejercicio pacífico de los derechos secundarios.

En resumen, la introducción de una esfera sustancial, tanto en el derecho como en la democracia es necesaria para evitar la posible autodestrucción de los métodos democráticos y asegurar una esfera pública en la que la discusión pueda darse de manera pacífica. Asimismo, es pertinente destacar que el modelo cuatridimensional de la democracia, basado en la garantía de los derechos fundamentales, llevado a sus últimas consecuencias exige que el concepto de estatus de ciudadanía se deslinde de los derechos, es decir, es necesario extender su garantía más allá de los límites nacionales. Si bien, como lo señala el propio Ferrajoli, este carácter universalista del constitucionalismo garantista, especialmente en su afán de ir más allá de las fronteras nacionales, puede tener un carácter utópico, es también cierto que desde sus líneas normativas establece caminos para pensar la garantía misma de la democracia a través de la garantía de los derechos; no con el fin de establecer principios morales o religiosos, sino para garantizar un espacio desde el cual sea posible ejercer los propios derechos políticos sin poner en riesgo a las condiciones que permiten su ejercicio, así como garantizar la posibilidad de la autodeterminación tanto en la esfera pública como en la privada, permitiendo el encuentro de diversas opiniones, tradiciones y creencias sin violencia.

## Referencias

- Bernal Pulido, C. (2008). El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio. *Isonomía*, 97-120.
- Bobbio, N. (2018). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (2020). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Bobbio, N., & Bovero, M. (1985). *Origen y fundamentos del poder político* (Segunda ed.). México: Enlace.
- Bush, R. (2007). *Poverty and Neoliberalism, persistence and reproduction in the global south*. Norwich, Inglaterra: Pluto Press.
- Cárdenas García, J. (2015). Las características jurídicas del neoliberalismo. *Cuestiones Constitucionales*(32), 3-44.
- Córdoba Gómez, L. A. (2008). Liberalismo y democracia en la perspectiva de Norberto Bobbio. *Convergencia*, 29-48.
- de la Garza Toledo, E., & Leyva, G. (A cura di). (2012). *Tratado de Metodología de las Ciencias Sociales: Perspectivas actuales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- del Río Ferretti, C., & Ferrajoli, L. (2008). Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. *Revista de Derecho- Universidad Católica del norte*, XV(1), 221-245.
- Escalante Gonzalbo, F. (2015). *Historia mínima del neoliberalismo*. México: Colegio de México.
- Fasso, G. (2015). Iusnaturalismo. En N. Bobbio, N. Matteucci, & G. Pasquino, *Diccionario de política* (Segunda ed., p. 836-842). México: Siglo XXI.
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2008a). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, VI(1), 337-343.
- Ferrajoli, L. (2008b). Las libertades en el tiempo del neoliberalismo. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*(29), 81-95.

- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Cuarta ed.). (A. Perfecto, Trad.) Bologna: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil* . Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(34), 15-53.
- Ferrajoli, L. (2013a). *Principia iuris* (Vol. I). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013b). *Principia Iuris* (Vol. II). (A. Ibañez , Trad.) Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013c). *Principia iuris* (Vol. III). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014a). *La democracia a través de los derechos*. (A. Ibañez , Trad.) Bologna: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014b). Crisis económica, colapso de la democracia. En L. Salazar Carrión, *¿Democracia o posdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas* (p. 47-69). México: Fontamara.
- Godoy, J. D. (2020, Octubre 19). Monopolio sí, no, tal vez: las posibles sanciones a Google, Facebook, Apple o Amazon. *El País*.
- Gozzi, G. (2015). Estado Contemporáneo. In N. Bobbio, N. Matteucci, & G. Pasquino, *Diccionario de política* (p. 541-551). México: Siglo veintiuno .
- Hart, H. (2009). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Harvey, D. (2007). *A Brief History of Neoliberalism*. Nueva York: Oxford University Press.
- Harvey, D. (2010). *Una breve historia del neoliberalismo* . Madrid: Akal.
- Jellinek, G. (2000). *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del estado*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2004). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Maldonado Muñoz, M. (2016). Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de la teoría de Norberto Bobbio. *Isonomía*, 127-162.
- Manero, J. R., & Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo, una conversación*. Madrid : Trotta.
- Marshall, T. (1997). Ciudadanía y clase social. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 297-346.
- Moreno, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 825-852.
- Robles, G. (1976). La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, 183-198.
- Rojas Hernández, J. (2006). La sociedad neoliberal. *Sociedad Hoy* (10), 41-72.
- Rousseau, J.-J. (2000). *El contrato social* . Barcelona : Folio.
- Ruiz Manero, J. (2015). Sobre el Kelsen de Ferrajoli. *Isonomía*, 197-210.
- Salazar Ugarte , P. (2006). Laicidad y democracia constitucional. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*(24), 38-49.
- Salazar Ugarte , P. (2008). Notas sobre democracia y constitución en la obra de Hans Kelsen. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (28), 187-197.
- Salazar Ugarte, P. (2006). El constitucionalismo de norberto Bobbio: un puente entre el poder y el derecho. *Cuestiones Constitucionales*, 177-201.
- Salazar Ugarte, P. (2012). Camino a la democracia constitucional en México. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*(36), 189-206.
- Secretario General de las Naciones Unidas. (2004, Agosto 3). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Tratto da Naciones Unidas : <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- Serrano Gómez , E. (2012). Teoría de la Constitución, positivismo y derechos fundamentales. *Andamios. Revista de Investigación Social*, IX(18), 59-87.

- Serrano Gómez , E. (2014). Libertad negativa vs Libertad positiva. *Andamios. Revista de Investigación Social*, XI(25), 217-241.
- Serrano Gómez, E. (2011). Derechos fundamentales y justicia distributiva. *Co-herencia*, 8(14), 93-112.
- Smith, A., Stenning, A., & Willis, K. (A cura di). (2008). *Social justice and neoliberalism*. Nueva York: Zed Books.
- Streeck, W. (2016). *How Will Capitalism End?* Londres: Verso.
- Suárez Rodríguez, J. J. (2016). Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales. *Díkaion*, 25(2), 157-159.
- Vargas Hernández , J. G. (2007). Liberalismo, Neoliberalismo, Postneoliberalismo. *Revista Mad. Revista del Magíster en Análisis Sistémico Aplicado a la Sociedad*(17), 66-89.



Casa abierta al tiempo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA

# ACTA DE EXAMEN DE GRADO

No. 00390

Matrícula: 2183800715

DEMOCRACIA SUSTANCIAL, LUIGI FERRAJOLI Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.



ANDREA MERCEDES PRADO CRUZ  
ALUMNA

REVISÓ

MTRA. ROSALIA SERRANO DE LA PAZ  
DIRECTORA DE SISTEMAS ESCOLARES

Con base en la Legislación de la Universidad Autónoma Metropolitana. en la Ciudad de México se presentaron a las 10:00 horas del día 3 del mes de diciembre del año 2020 POR VÍA REMOTA ELECTRÓNICA, los suscritos miembros del jurado designado por la Comisión del Posgrado:

DR. LUIS SALAZAR CARRION  
DR. RICARDO BERNAL LUGO  
DR. JESUS RODRIGUEZ ZEPEDA

Bajo la Presidencia del primero y con carácter de Secretario el último, se reunieron para proceder al Examen de Grado cuya denominación aparece al margen, para la obtención del grado de:

MAESTRA EN HUMANIDADES (FILOSOFIA)

DE: ANDREA MERCEDES PRADO CRUZ

y de acuerdo con el artículo 78 fracción III del Reglamento de Estudios Superiores de la Universidad Autónoma Metropolitana, los miembros del jurado resolvieron:

**APROBAR**

Acto continuo, el presidente del jurado comunicó a la interesada el resultado de la evaluación y, en caso aprobatorio, le fue tomada la protesta.

DIRECTOR DE LA DIVISIÓN DE CSH

DR. JUAN MANUEL HERRERA CABALLERO

PRESIDENTE

DR. LUIS SALAZAR CARRION

VOCAL

DR. RICARDO BERNAL LUGO

SECRETARIO

DR. JESUS RODRIGUEZ ZEPEDA

El presente documento cuenta con la firma -autógrafa, escaneada o digital, según corresponda- del funcionario universitario competente, que certifica que las firmas que aparecen en esta acta - Temporal, digital o dictamen- son auténticas y las mismas que usan los c.c. profesores mencionados en ella