

FERRAJOLI Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

-Ferrajoli and the Fundamental Rights-

Sebastián Contreras¹

Universidad de los Andes

Resumen: El garantismo penal ha ido invadiendo cada vez con más fuerza todas las ramas de la teoría y filosofía del derecho. Una de estas áreas que se ha visto especialmente influenciada por el garantismo de Ferrajoli es la teoría de los derechos humanos. En el presente trabajo, entonces, se pretende desarrollar la noción ferrajoliana de derechos fundamentales, haciendo hincapié en tres de sus características esenciales: lo universal de su imputación, lo puramente formal de su definición y su oposición radical a los derechos de carácter patrimonial.

Palabras clave: Ferrajoli, derechos fundamentales, derechos humanos, garantismo.

Abstract: The penal garantism has strongly invaded all areas of the theory and philosophy of law. One of these areas has been the theory of human rights. This paper, thus, tries develop the notion of fundamental rights of Ferrajoli, focusing on its three essential characteristics: the universality of its ascription, the character purely formal of its definition, and its radical opposition with the economic rights.

Key words: Ferrajoli, fundamental rights, human rights, garantism.

¹ sca@uc.cl; artículo recibido el 23 de enero de 2012, aceptado el 15 de mayo de 2012.

1.- Planteamiento

No existe acuerdo ni sobre cuáles pudieran ser los derechos fundamentales, ni sobre cómo debieran interpretarse algunos de los ya reconocidos positivamente. Tampoco hay acuerdo “sobre el momento en que por primera vez fue formulada esta doctrina, ni sobre si ella supuso un abandono de la perspectiva clásica o, por el contrario, debiera ser considerada como una continuación de la tradición filosófica antigua y medieval”².

Esto no significa que no pueda proponerse una revaloración del discurso de los derechos humanos. Todo lo contrario; éstos, incluso, parecen estar de moda³. Porque, a pesar de que la modernidad trajo consigo el quiebre con muchas de las instituciones jurídicas tradicionales, el discurso de los derechos fundamentales “ha conservado una llamativa vitalidad”. Así, se ha convertido en uno de los principales tópicos de la filosofía jurídica y política del último tiempo, lo que se debe probablemente a que “no se ha conocido otro instrumento igualmente idóneo para expresar los intereses y necesidades de millones de personas”⁴.

Es en este contexto que el positivismo italiano se ha hecho cargo del problema de los derechos fundamentales, postulando, como una de sus principales ideas, que toda búsqueda del fundamento de los derechos humanos, carece, a su vez, de todo fundamento. Y todavía más, declarando que “el problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*”⁵, y, sobre todo, el de posicionarlos como *leyes del más débil*⁶.

Tal es la idea de Luigi Ferrajoli, quien, intentando poner término a la antinomia iuspositivismo-iusnaturalismo, ha presentado su teoría del garantismo penal, no sólo como una alternativa al discurso

² Migliore (2006), pp. 203-204. La elección de este sistema de citados busca facilitar al lector la revisión del presente trabajo; esto, principalmente, por la variedad de textos de Ferrajoli que hemos empleado como fuentes, así como por la diversidad de referencias a éstos y otros textos.

³ Cfr. Imbert (1996), p. 71.

⁴ De Cabo (2005), p. 9 (por ambas citas).

⁵ Bobbio (1991), p. 61.

⁶ Cfr. Vitale (2000), p. 108.

corriente sobre los derechos humanos⁷, sino, fundamentalmente, como el gran proyecto teórico de la filosofía del derecho contemporánea, cuyo único propósito sería el de reforzar la tutela y protección de las libertades de los sujetos.

Dado lo expuesto, el presente trabajo intenta profundizar en la interpretación ferrajoliana de los derechos fundamentales. Para ello, hemos dividido nuestra exposición de la siguiente manera: i) revisión del concepto ferrajoliano de «derechos fundamentales»; ii) análisis de la distinción entre «derechos fundamentales» y «derechos patrimoniales»; iii) análisis del problema de la universalidad como rasgo definitorio de estos derechos; y iv) revisión de la idea de los derechos fundamentales como *leyes del más débil*.

2.- Ferrajoli y la definición teórica de «derechos fundamentales»

Para Ferrajoli, quien ha desarrollado su teoría del garantismo penal en el marco de la escuela analítica del derecho italiana⁸, frente a la pregunta *qué son los derechos fundamentales* suelen darse dos respuestas diversas, “ambas sustanciales, según se las interprete en el sentido de *cuáles son* o en el sentido de *cuáles deberían ser* esos derechos”. La primera respuesta, que es la del iuspositivismo, es aquella según la cual son derechos fundamentales, “por ejemplo en el ordenamiento italiano, la libertad personal, la libertad de expresión, de reunión y de asociación, los derechos a la salud, a la educación y a la seguridad social”⁹.

La segunda respuesta, que es la del iusnaturalismo, es de naturaleza axiológica, y de acuerdo con ésta, “se deben considerar [como] fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como fundamentales”¹⁰.

El problema es, no obstante, que “ninguna de estas dos respuestas pertenece a la teoría del derecho”. Esto porque mientras que la

⁷ Cfr. Massini (2009), p. 230.

⁸ Cfr. Aguilera (2007), p. 4.

⁹ Ferrajoli (2007), p. 289 (por ambas citas).

¹⁰ Ferrajoli (2007), p. 289 (por ambas citas).

primera representa una tesis jurídica de dogmática positiva, “la segunda es una tesis moral o política, de filosofía de la justicia”¹¹. Y en este sentido, “una nos informa acerca de las expectativas que en un determinado ordenamiento han sido normativamente establecidas como derechos fundamentales. La otra prescribe qué expectativas es (o sería) justo, es decir, moral o políticamente justificado, tutelar como derechos fundamentales”. Si bien esta última pareciera consistir en la respuesta que debiera ser considerada por la filosofía del derecho, no es de utilidad práctica, piensa Ferrajoli, sencillamente porque una idea como ésta es puramente normativa “y, por consiguiente, ni verdadera ni falsa”¹².

También es un problema, observa nuestro autor, el que ambas respuestas tengan en común “el hecho de decirnos no *qué son* sino, respectivamente, *cuáles son y cuáles deben ser*” estos derechos fundamentales, “exactamente aquello que la teoría no puede ni debe decirnos”¹³. Esto porque lo único que puede (y debe) decirnos la teoría del derecho acerca de los derechos fundamentales, es qué hemos de entender con la expresión «derechos fundamentales» o «humanos». Para esto, escribe Ferrajoli, sólo podrá servirnos una definición «estipulativa», “ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera sean los derechos [...] allí tutelados como fundamentales”¹⁴.

Una definición de «derechos fundamentales» que reúna tales condiciones no puede ser sino una definición puramente «formal», en la medida que no tendrá otro propósito que la identificación de “los rasgos estructurales que [...] convenimos asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella”¹⁵, cualesquiera sean sus contenidos.

Pues bien, son fundamentales los derechos “que no se pueden comprar ni vender”¹⁶, esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto

¹¹ Ferrajoli (2007), pp. 289-290 (por ambas citas).

¹² Ferrajoli (2007), p. 290 (por ambas citas).

¹³ Ferrajoli (2007), p. 290 (por ambas citas).

¹⁴ Ferrajoli (2007), p. 290.

¹⁵ Ferrajoli (2007), p. 290.

¹⁶ Bovero (2005), p. 219.

dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar¹⁷. Por su parte, son «derechos subjetivos» todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su *status* o condición de tal, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, “como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹⁸.

Estos derechos, para ser fundamentales, han de ser sancionados positivamente por el legislador, de tal modo que “la previsión de tales derechos por un ordenamiento positivo es la condición de su existencia o su vigencia en ese ordenamiento”¹⁹. Siendo normativamente de todos²⁰, es decir, inherentes a cada uno de los miembros de una determinada clase de sujetos (clase de sujetos que no deja de ser un constructo del propio derecho), “estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados”²¹.

En este sentido, la definición que ha propuesto Ferrajoli es puramente «estructural» o «teórica»: *teórica*, en el sentido de que es independiente del hecho de que tales prerrogativas se hallen o no efectivamente sancionadas en cuerpos constitucionales específicos; y *estructural*, “en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales”²², apoyándose únicamente en el carácter universal de su imputación.

¹⁷ Ferrajoli (2007), p. 291.

¹⁸ Ferrajoli (2004), p. 37.

¹⁹ Massini (2009), p. 230.

²⁰ A juicio del autor, es la estructura nomodinámica del derecho moderno la que nos ha obligado a reconocer que los derechos fundamentales “existen si y sólo si están normativamente establecidos”. Y esto vale, escribe nuestro autor, tanto para los derechos de libertad como para los derechos sociales, “y lo mismo para los establecidos por el derecho estatal que para los establecidos por el derecho internacional”.

²¹ Ferrajoli (2004), p. 39.

²² Ferrajoli (2004), p. 38.

Precisamente porque ésta no es más que una definición puramente estipulativa, “no nos dice [...] cuáles son, en cada ordenamiento, los derechos fundamentales y, ni siquiera, cuáles deberían ser, en cualquier ordenamiento, los derechos que deben sancionarse como fundamentales”. Lo que nos dice “es únicamente [...] la *forma o estructura lógica* de los derechos que convenimos en llamar fundamentales”²³, indicándonos “que si queremos garantizar un derecho como «fundamental» debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general, y por tanto confiriéndolo igualmente a «todos»”²⁴.

En esto radica el valor de su definición, escribe Ferrajoli, en ser simplemente estructural. Porque una definición meramente teórica como ésta “es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso [para] los ordenamientos totalitarios y los premodernos”²⁵. Y esto, no sólo por ser independiente de las circunstancias de tiempo y lugar donde tales derechos son o no efectivamente protegidos; sino, sobre todo, “en cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados” por esos derechos. Así, concluye nuestro autor, ésta es una definición ideológicamente neutral, “válida para cualquiera filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática”²⁶.

Entonces, se distinguen como «fundamentales» todos aquellos derechos que, “independientes del contenido de las expectativas que tutelan”, se caracterizan por la forma universal de su imputación, “entendiendo «universal» en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, como ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares”²⁷.

Así, observa Ferrajoli, sólo en este sentido la definición de derechos fundamentales resulta fecunda en el plano teórico: en cuanto no nos muestra *cuáles son* o *cuáles deberían ser* estos derechos, sino

²³ Ferrajoli (2005), p. 141-142 (por ambas citas).

²⁴ Ferrajoli (2006), p. 117.

²⁵ Ferrajoli (2004), p. 38.

²⁶ Ferrajoli (2004), p. 39 (por ambas citas).

²⁷ Ferrajoli (2007), p. 292 (por ambas citas).

sólo en cuanto nos muestra su estructura²⁸. Por consiguiente, la idea de «universal» a la que hace referencia Ferrajoli, es una idea «vacía», sin contenido. Y precisamente es en este carácter «vacío» del concepto «universal», e inclusive del concepto «fundamental», que reside su valor teórico²⁹, porque su significado, escribe, depende de lo que pongamos en su interior.

La formalidad de estos derechos, es, por tanto, el único criterio capaz de hacernos reconocer su condición de «fundamentales». La razón de esto es que “la teoría [...] sólo puede decirnos lo que los derechos fundamentales son desde el punto de vista estructural, pero no qué derechos son fundamentales en un ordenamiento positivo concreto”, y menos aún “cuáles deberían adquirir dicho *status* en la perspectiva de una filosofía política o moral determinada”³⁰. Junto con esto, unos ciertos derechos serán «fundamentales», sólo en cuanto tengan la calidad de «normas téticas», esto es, de reglas generales y abstractas que atribuyan esta clase de derechos a todos los que normativamente corresponda; y sólo en tanto sean indisponibles e inalienables³¹.

Al no estar referida ni a los bienes básicos, ni a las necesidades sustanciales de los sujetos titulares de esos derechos, esta definición es ideológicamente neutral, lo que para Ferrajoli es precisamente una de sus principales aportaciones a la teoría del derecho³². Porque, en efecto, “esta definición prescinde [...] del contenido de los derechos”. Y así, “incluso el derecho a ser saludado por la calle o el derecho a fumar [...] serían derechos fundamentales si fuesen atribuidos a determinados sujetos en su calidad de personas o de ciudadanos o por su capacidad de obrar”³³. Luego, “si en Italia el derecho a ser saludado por la calle quedase atribuido, digamos, a los generales de carabinieri en reserva, por ser los únicos definidos como ciudadanos *optimo iure*, este derecho merecería la denominación de fundamental”³⁴.

²⁸ Cfr. Ferrajoli (2005), p. 154.

²⁹ Cfr. Ferrajoli (2005), p. 157.

³⁰ De Cabo (2005), p. 13 (por ambas citas).

³¹ Cfr. Ferrajoli (2007), p. 292.

³² Cfr. Zolo (2005), pp. 79-80.

³³ Zolo (2005), p. 79 (por ambas citas).

³⁴ Zolo (2005), p. 79.

Ahora bien, el problema de esta formalidad y avaloratividad es que para pensar el objeto jurídico «derechos fundamentales», resulta necesario, cuando menos, adoptar una cierta idea de individuo o de persona. “Y no todas las filosofías, y consecuentemente, no todas las filosofías políticas, reconocen al individuo como ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental”. Y es más, “todas las visiones holístico-organicistas niegan justamente el concepto mismo de autonomía individual al que remiten tanto la capacidad de obrar, como el *status* de persona o de ciudadano”³⁵.

Dado esto, una definición puramente estipulativa como la de nuestro autor, no resulta consistente si es que no hace referencia a la realidad que, de hecho, la explica: la persona humana, que es el sujeto de tales derechos. Así, la naturaleza del individuo y de sus relaciones con otros no es algo indiferente para la definición de unos derechos como «fundamentales»; y tampoco lo es para la definición de lo que se ha de entender jurídicamente por «fundamental»³⁶. De manera que, no obstante que Ferrajoli pudiera decirnos lo contrario, la única definición de sujeto humano o persona que puede servirnos de base para la identificación de sus derechos «fundamentales», es aquella de naturaleza ontológica, donde quede de manifiesto el *quid* especificativo de aquello que, esencialmente, ha de entenderse por «hombre».

3.- Derechos fundamentales y derechos patrimoniales

Los derechos fundamentales, que, como escribe Ferrajoli, “son todos *ex lege*”³⁷, no son otra cosa que las inmunidades o facultades reconocidas a todos³⁸, aquellas libertades atribuidas a ciertas «personas», «ciudadanos» y/o «sujetos con capacidad de obrar» por las normas de un determinado ordenamiento jurídico³⁹. Por este motivo, son constitutivos de la igualdad y del valor del individuo⁴⁰, en el sentido de que se trata de expectativas “cuya garantía es igualmente

³⁵ Vitale (2005), p. 68 (por ambas citas).

³⁶ Cfr. Vitale (2005), p. 69.

³⁷ Ferrajoli (2004), p. 49.

³⁸ Ferrajoli (1997), pp. 908-909.

³⁹ Ferrajoli (2007), p. 291.

⁴⁰ Cfr. Ferrajoli (1997), p. 909.

necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad”⁴¹.

Todos los poderes del Estado deben ponerse al servicio de estos derechos, sobre todo mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, “es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales”⁴². Dado esto, observa Ferrajoli que los derechos fundamentales son de dos tipos, a saber: o son derechos de libertad, “que son *derechos de* (o *facultades* de comportamientos propios) a los que corresponden *prohibiciones* (o deberes públicos de no hacer)”; o son derechos sociales, que “son *derechos a* (o *expectativas* de comportamientos ajenos) a los que deberían corresponder *obligaciones* (o deberes públicos de no hacer)”⁴³.

Propone Ferrajoli que a partir de su definición de derechos fundamentales pueden fundarse cuatro tesis esenciales de la llamada teoría de la democracia constitucional⁴⁴. La primera de ellas, que es de la que trataremos a continuación, remite “a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás”⁴⁵.

Esta distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales es una de las principales tesis de nuestro autor⁴⁶. Y de acuerdo con ella sostiene que mientras que los derechos fundamentales, “tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos

⁴¹ Ferrajoli (1997), p. 908.

⁴² Ferrajoli (1997), p. 857.

⁴³ Ferrajoli (1997), p. 861 (por ambas citas). Ahora bien, tanto los derechos de libertad como los derechos sociales forman una categoría abierta en cuanto al número, “y, asimismo, variable no sólo según las culturas sino también según las amenazas a las condiciones de la vida: por ejemplo, los derechos a la protección del medio ambiente se han impuesto sólo en años recientes por ser relativamente reciente la obra de destrucción del planeta que ellos aspiran a impedir”.

⁴⁴ Ferrajoli (2004), p. 42.

⁴⁵ Ferrajoli (2004), p. 42.

⁴⁶ Cfr. Ferrajoli (1970), pp. 98-105.

políticos y sociales, son derechos «universales», en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares⁴⁷; los derechos patrimoniales, desde el derecho de propiedad hasta los demás derechos reales, e incluso los derechos de crédito, “son derechos singulares, en el sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás”⁴⁷.

Ahora, los primeros están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida; los segundos, en cambio, pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por la cantidad como por la calidad. Y así, unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica; los otros son exclusivos, “es decir, *excludendi alios*, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica, que es también una *inégalité en droits*”⁴⁸. Dado lo anterior, observa Ferrajoli, “todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias [...] e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación”; no todos, por el contrario, sino cada uno de nosotros “es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa: yo soy propietario de este vestido mío o de la casa en que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de que otros y no yo son propietarios”⁴⁹.

Pero no sólo la universalidad de su imputación pone de manifiesto la distinta naturaleza de estos derechos. Existe una segunda diferencia, “quizá aun más relevante”⁵⁰ que la que acabamos de apuntar: “los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales [...] son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables”. Así, mientras que “éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables”⁵¹.

Por esto es que “no cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. Los derechos patrimoniales, al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian, se venden. Las libertades, por

⁴⁷ Ferrajoli (2004), p. 46 (por ambas citas).

⁴⁸ Ferrajoli (2004), p. 46.

⁴⁹ Ferrajoli (2004), p. 46 (por ambas citas).

⁵⁰ Ferrajoli (2004), p. 47.

⁵¹ Ferrajoli (2004), p. 47 (por ambas citas).

el contrario, no se cambian ni se acumulan. Aquéllos sufren alteraciones y hasta podrían extinguirse por su ejercicio; éstas no varían por la forma en que se las ejerza”⁵².

Por lo tanto, a diferencia de los derechos patrimoniales, que establecen “relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder y de exclusión entre sujetos jurídicamente desiguales”⁵³, los derechos fundamentales no son negociables “y corresponden a «todos» en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano”⁵⁴ y/o como sujeto capaz de obrar. Son, de esta manera, indisponibles, lo que quiere decir que están sustraídos tanto de las decisiones políticas como de las operaciones del mercado. Esto se muestra, piensa Ferrajoli, en su doble indisponibilidad: así, “en virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aun mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía”⁵⁵.

Entonces, la vida, por ejemplo, la libertad personal o el derecho a voto, que son derechos fundamentales, lo son, “no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles”. Por ende, “allí donde estuviera permitida su disposición –por ejemplo, admitiendo la esclavitud, o cualquier modo de alienación de las libertades, de la vida, del voto– éstos resultarían también (degradados a) derechos patrimoniales”⁵⁶.

Por último, mientras que los derechos patrimoniales son, “por así decir, *horizontales*, los derechos fundamentales son, también por decirlo de algún modo, *verticales*”. Y esto en un doble sentido: “ante todo en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista –contractual, sucesorio y similares–, mientras que las que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales son

⁵² Ferrajoli (2004), p. 47.

⁵³ Ferrajoli (1997), pp. 908-910.

⁵⁴ Ferrajoli (1997), p. 908.

⁵⁵ Ferrajoli (2004), p. 47.

⁵⁶ Ferrajoli (2004), p. 48 (por ambas citas).

relaciones de tipo publicista, o sea, del individuo (sólo o también) frente al Estado”⁵⁷.

En segundo lugar, “en el sentido de que mientras a los derechos patrimoniales corresponde la genérica prohibición de no lesión para los derechos reales o bien de obligación en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales [...] corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas”⁵⁸.

En fin, sólo los derechos fundamentales se imponen como vínculos normativos tanto a las decisiones de las mayorías como al libre mercado, y a toda otra instancia que pudiera poner en riesgo su protección⁵⁹. Sin embargo, resulta una comprensión insuficiente de la naturaleza de estos derechos “el entenderlos simplemente como restricciones al poder”. Esto porque junto con su dimensión restrictiva, “existe también una dimensión de aseguramiento, que exige que los Estados se esfuercen por lograr el máximo desarrollo de los derechos humanos de quienes habitan en su territorio y por prevenir y reparar las vulneraciones que pueden provenir [tanto] de sus propios agentes como de los particulares”⁶⁰.

4.- La universalidad como rasgo definitorio de los derechos fundamentales

Según se ha dicho, los derechos fundamentales son aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de manera universal e indisponible, a *todos* en cuanto personas, ciudadanos o sujetos capaces de obrar. En este sentido, «personalidad», «ciudadanía» y «capacidad de obrar», “en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos de) derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad *en droits fondamentaux*”⁶¹.

⁵⁷ Ferrajoli (2004), p. 49 (por ambas citas).

⁵⁸ Ferrajoli (2004), p. 49.

⁵⁹ Cfr. Mello (2004), p. 107.

⁶⁰ Ottaviano (2006), p. 430 (por ambas citas).

⁶¹ Ferrajoli (2004), pp. 39-40.

De esta manera, que un derecho sea considerado como fundamental significa que ese derecho “caracteriza a *todo* sujeto calificado (dependiendo de los casos) como persona, ciudadano o capaz de obrar”, en el sentido de que “dicho sujeto perdería su identidad jurídicamente reconocida como persona, ciudadano o capaz de obrar, si alienara ese derecho”⁶².

Estos derechos, que “*no* son independientes del derecho positivo”⁶³, son universales no tanto por no ser “*nunca realizables* de una vez y perfectamente para todos y ser en consecuencia permanente *normativos*”, sino, principalmente, por corresponder igualmente a todos. Así, y a diferencia de las situaciones jurídicas de poder, “que se encuentran sujetas a vicisitudes, transmisiones, sucesiones, investiduras y extinciones, las libertades y los derechos sociales no se intercambian ni se acumulan, sino que permanecen siempre iguales a sí mismos para cada persona”⁶⁴. De ahí que los derechos fundamentales no se vean afectados, ni por las variaciones, ni por las interferencias propias de las situaciones jurídicas de poder.

Ahora bien, es precisamente en virtud de su universalidad formal, que estos derechos sirven “para proteger al más débil frente a cualquiera”, sea para “tutelar a la mujer contra el padre o el marido, al menor contra los progenitores”⁶⁵, o, en general, a cualquiera que sea el oprimido y la forma de opresión que lo afecte. Entonces, son universales no porque de hecho sean compartidos por todos, “sino solamente porque están atribuidos a todos y en garantía de todos”⁶⁶. Por tanto, decir que un determinado derecho es fundamental “quiere decir que «todos» son igualmente titulares del mismo”⁶⁷.

Dado esto, «universal» se toma acá no como un indicador metafísico de una totalidad de individuos dentro de un género, sino únicamente como un cuantificador de aquellos que para el derecho caen dentro de dicha universalidad. Porque, observa Ferrajoli, este «todos» es lógicamente relativo a la clase de sujetos “a quienes su titularidad está normativamente reconocida”. Por eso es que la idea de

⁶² Bovero (2005), pp. 218-219 (por ambas citas).

⁶³ Jori (2005), p. 116.

⁶⁴ Ferrajoli (1997), p. 911 (por ambas citas).

⁶⁵ Ferrajoli (2008), p. 1139 (por ambas citas).

⁶⁶ Ferrajoli (2008), p. 1142.

⁶⁷ Ferrajoli (2004), p. 81.

«universal» se entiende tan sólo “en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares”⁶⁸ de estos derechos. Y así, se protegen como «universales», tanto la libertad personal, como la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales, y otros similares.

En consecuencia, no son derechos fundamentales, por cuanto que no son compatibles con esta idea de universalidad, todos aquellos que por su propia naturaleza son alienables, “y por tanto virtualmente no universales”; al contrario, “si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle [...] éste mismo sería un derecho fundamental”⁶⁹. Por lo que esta condición de «fundamentales» depende de la «universalidad formal» de estos derechos: allí donde existe un derecho universalmente válido, existe, por ello mismo, un derecho fundamental que debe ser protegido y garantizado jurídicamente.

Además de universales, los derechos de libertad y los derechos sociales son también indisponibles. Esto a pesar de que su carácter de indisponibles no se encuentre formalmente expresado en la definición de «derecho fundamental» (puesto que, en opinión del autor, la universalidad de un derecho implica necesariamente su indisponibilidad). Según esto, escribe Ferrajoli que “universalidad e indisponibilidad [...] son las formas a través de las cuales se tutelan igualmente determinadas necesidades o intereses convenidos como fundamentales en un ordenamiento determinado, o considerados tales por una política de la democracia”⁷⁰.

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

⁶⁸ Ferrajoli (2004), p. 39 (por ambas citas).

⁶⁹ Ferrajoli (2004), p. 38 (por ambas citas).

⁷⁰ Ferrajoli (2005), p. 154.

capacidad de obrar no es, de hecho, universal, en comparación con los derechos conferidos a [todas] las personas físicas”⁷¹.

Tampoco es claro que los tres predicados significativos escogidos por Ferrajoli sean los más adecuados para determinar la universalidad de estos derechos. Y por ejemplo, supongamos que una norma confiere el derecho a voto en unas elecciones municipales a cualesquiera sean los que residen en el territorio de la entidad local interesada⁷². Una norma de este tipo, observa Guastini, “conferiría un derecho a una clase de sujetos (los residentes) más amplia que la de los ciudadanos y la de los que tienen capacidad de obrar. Y, sin embargo [...] no conferiría un derecho fundamental. ¿No resulta [esto un tanto] paradójico?”⁷³.

Por otra parte, una categoría formalmente universal puede ser cualquier clase de personas, y no solamente la totalidad de los seres humanos o de los ciudadanos⁷⁴. Esto porque en opinión de Ferrajoli la universalidad a la que hace referencia su definición no es tan sólo teórica o formal; es, asimismo, contingente. Luego, casi cualquier cosa puede convertirse en formalmente universal, incluso determinaciones confusas como aquellas que atribuyen “un derecho [...] a todos los periodistas en lugar de a todos los que trabajan como periodistas”. Se muestra con esto que “la universalidad formal pierde toda conexión con la universalidad sustancial [...], convirtiéndose en una mera cuestión de definición lingüística”⁷⁵, y quedando, por ello, invalidada como criterio de distinción entre unos derechos considerados como fundamentales-indisponibles y otros calificados como meramente patrimoniales-negociables.

Finalmente, cuando Ferrajoli afirma que los derechos fundamentales son «universales», o que corresponden «a todos» o a «todas las personas», no quiere decir que ellos pertenezcan a «todos» los seres humanos, ni a «todos» los seres personales, como en el caso de los derechos universales llamados en la filosofía clásica *in essendo* o *entitativos*⁷⁶. Lo único que quiere decir es que estos derechos

⁷¹ Guastini (2005), p. 60.

⁷² Cfr. Guastini (2005), pp. 60-61.

⁷³ Guastini (2005), pp. 60-61.

⁷⁴ Jori (2005), p. 126.

⁷⁵ Jori (2005), pp. 126-127 (por ambas citas).

⁷⁶ Cfr. Massini (2009), p. 242.

pertenece solamente a aquellos a quienes las normas positivas designan con el cuantificador universal «todos», en el contexto de un cierto tiempo y de un cierto espacio geográfico.

De este modo, “se excluye de la categoría de titulares de los derechos a todos aquellos a quienes el derecho positivo excluya o simplemente desconozca”. En este sentido, “si una constitución otorga el derecho a la vida sólo a los «arios puros», los que no entren en esa categoría estarán privados legítimamente de ese derecho”, sin que por ello pueda hacerse, al menos no desde la propuesta de Ferrajoli, “ninguna alegación en contrario basada en la índole humana de los excluidos”⁷⁷.

Por consiguiente, observa Massini, “si los derechos fundamentales se caracterizan por su universalidad, pero esta universalidad es inmediatamente retaceada y limitada a aquella establecida por el derecho normativo positivo, no se alcanza a ver cuál es la diferencia constitutiva o conceptual con el resto de los derechos no fundamentales”⁷⁸; y en la propuesta ferrajoliana no parece que exista esa diferencia.

5.- Los derechos fundamentales como *leyes del más débil*

Tanto los derechos de libertad como los derechos sociales pueden ser considerados como *leyes del más débil*⁷⁹. “Y podemos decirlo no sólo de los derechos fundamentales, que son las leyes del más débil por antonomasia, sino de todo el derecho”⁸⁰, precisamente porque su principal tarea es la de servir de contrapeso a la *ley del más fuerte* que regiría en su ausencia⁸¹. Así, tenemos en primer lugar el derecho a la vida, en “contra [...] del que es más fuerte físicamente. En segundo lugar, los derechos de inmunidad y de libertad, contra la voluntad de quien es más fuerte políticamente. En tercer lugar, los derechos sociales, que son los derechos a la supervivencia contra la ley del que es más fuerte social y económicamente”⁸².

⁷⁷ Massini (2009), p. 242 (por ambas citas).

⁷⁸ Massini (2009), p. 242.

⁷⁹ Ferrajoli (2004), p. 54; Cfr. Ferrajoli (1995), p. 39.

⁸⁰ Ferrajoli (2000), pp. 122-123.

⁸¹ Ferrajoli (2008), p. 1139.

⁸² Vitale (2000), p. 108.

Estos derechos sociales y derechos de libertad, en tanto que *leyes del más débil*, son el fundamento de la igualdad jurídica, que es una igualdad *en droits*⁸³: un principio normativo construido sobre la forma universal de los derechos que se han convenido como fundamentales, esto es, desde el derecho a la vida a los derechos de libertad, “de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley”⁸⁴.

De esta manera, entre igualdad jurídica y derechos fundamentales existe una relación biunívoca. Esto porque “no sólo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad”⁸⁵. Por tanto, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales para todos, independientemente del hecho, “e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares de tales derechos son entre sí diferentes”⁸⁶.

Porque consisten en *leyes del más débil*, tales derechos son, asimismo, inderogables. Esto se muestra, piensa Ferrajoli, en el hecho de que tales libertades se encuentran vinculadas a ciertas prohibiciones, en el sentido de que ni el poder estatal ni el poder de los particulares puede decidir su privación, “ni aun con el consentimiento de los titulares de las mismas”. Así, “ni siquiera por contrato un hombre puede ser obligado a privarse de la vida o de las libertades fundamentales”⁸⁷.

Dado esto, concluye nuestro autor, ninguna ley, aun votada por una mayoría aplastante, puede disponer o consentir que un hombre sea castigado sin haber cometido delito alguno⁸⁸, “o por haber realizado actos inofensivos, meramente internos o sin culpa”⁸⁹. En este sentido, ni siquiera por unanimidad se puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad, “o no decidir la satisfacción de un derecho social”. De manera que los derechos fundamentales,

⁸³ Cfr. Ferrajoli (2004), pp. 80-81.

⁸⁴ Ferrajoli (2004), p. 81.

⁸⁵ Ferrajoli (1997), p. 908.

⁸⁶ Ferrajoli (2004), p. 82.

⁸⁷ Ferrajoli (1997), p. 861 (por ambas citas).

⁸⁸ Ferrajoli (2004), p. 51.

⁸⁹ Ferrajoli (1997), p. 860.

precisamente porque están igualmente garantizados para todos, “y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”⁹⁰.

Tales derechos son, por ende, *personalísimos*⁹¹ e *indivisibles*. Esto porque su falta o su injusta privación en perjuicio de cualquier persona “viola el valor de la persona y por consiguiente de todas las personas”. Prueba de ello, escribe Ferrajoli, “es el hecho de que su lesión es siempre un factor de crisis en la vida del ordenamiento”⁹² jurídico. De ahí que la historia del constitucionalismo moderno sea, para nuestro autor, la historia de esa progresiva ampliación de estas *leyes del más débil*⁹³, “la historia de esta larga y difícil obra de minimización del poder”, y la historia de una cada vez más progresiva “sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes”⁹⁴.

6.- Consideraciones finales

La idea de unas normas técnicas (aquellas que atribuyen derechos fundamentales) parece indicar que Ferrajoli no pretende otra cosa que considerar los derechos de la persona (y todas las restantes normas del ordenamiento jurídico) como simples reglas técnicas (u ónticas) que crean estados de cosas⁹⁵. Prueba de esto es el hecho de que para nuestro autor las leyes no buscan la perfección moral del sujeto o la consecución del bien común político, como en el pensamiento clásico, sino solamente la vigencia de los contenidos que esas leyes determinan. Esto porque el derecho no se encuentra vinculado a la moral; y es más, nunca debe vincularse a ella si es que aspira a ser estrictamente derecho.

Por esto es que para Ferrajoli la teoría general del garantismo, y justamente porque está basada en la separación, en cierta medida

⁹⁰ Ferrajoli (1992), p. 65 (por ambas citas).

⁹¹ Ferrajoli (1997), p. 909.

⁹² Ferrajoli (1997), p. 911 (por ambas citas).

⁹³ Cfr. Ferrajoli (2004), p. 54.

⁹⁴ Ferrajoli (2000), p. 123 (por ambas citas).

⁹⁵ Cfr. Robles (1987), pp. 64 ss.

fisiológica⁹⁶, entre derecho y moral, “no sólo no supone sino que ni siquiera requiere, ni debe requerir, la adhesión a los valores ético-políticos que incorpora jurídicamente”. Y no solamente no la impone, “sino que impone no imponerla. Hasta el punto de que [...] la principal razón de la adhesión a la ética que subyace al Estado constitucional de derecho, incluyendo el valor de los derechos fundamentales, reside en el hecho de que no requiere ninguna adhesión”⁹⁷.

Pues bien, es en esta separación de planos normativos (derecho y moral) donde parece radicar uno de los principales inconvenientes de la tesis ferrajoliana de los derechos fundamentales. Porque pretender disociar las categorías de moralidad y juridicidad en la construcción de las normas, cuando, de hecho, no es posible si es que el sistema jurídico aspira a la protección de los derechos de la persona (expresión que manifiesta una realidad metafísico-moral anterior a la normas, y no un constructo de la ley), más que propender a la protección del sujeto y de sus derechos, termina por convertirlos en objeto de la libre discrecionalidad del gobernante, el cual puede cancelarlos o atribuirlos a su arbitrio⁹⁸. Siendo esto cierto, los derechos “parecen abandonados a sí mismos, o mejor dicho, a los frágiles e imprevisibles itinerarios de la historia”, porque del mismo modo en que la autoridad política “puede *poner* los derechos, puede también excluirlos”⁹⁹. En este sentido, tiene razón Beuchot cuando afirma que “el peligro que tiene el iuspositivismo es que está en manos del positivador”, el cual, y sin freno alguno, “podrá despositivar estos derechos sin que encontremos ningún recurso que oponerle, ni siquiera de tipo moral”¹⁰⁰. Tal es el riesgo de suscribir un positivismo en materia de derechos humanos, que el propio Bobbio ha reconocido que el iuspositivismo tiene siempre la falla de dejarnos indefensos ante la cancelación o despositivación de los derechos fundamentales¹⁰¹.

Dado lo expuesto, esta separación de planos normativos, que, en opinión de Madrid, es insostenible desde la perspectiva de la teoría del

⁹⁶ Cfr. Ferrajoli (2000), pp. 59-60.

⁹⁷ Ferrajoli (2006), p. 130 (por ambas citas).

⁹⁸ Beuchot (1995), p. 164.

⁹⁹ Pintore (2005), p. 244 (por ambas citas).

¹⁰⁰ Beuchot (2000), p. 15 (por ambas citas).

¹⁰¹ Cfr. Bobbio (1993), p. 228.

derecho¹⁰², termina por desvirtuar la naturaleza del sistema jurídico tal como es concebido desde el derecho romano. Y la razón es muy simple: todo ordenamiento jurídico, “para serlo verdaderamente, debe fundarse sobre el orden metafísico [...] que conviene a la naturaleza del hombre en cuanto hombre”¹⁰³. De ahí que Cicerón haya insistido en que *si hemos de explicar la naturaleza del derecho, hemos de deducirla de la naturaleza del hombre*, sencillamente porque “si el derecho se fundara solamente en las deliberaciones de los pueblos [...]; podría ser derecho el latrocinio, derecho el cometer adulterio, derecho el falsificar testamentos, desde el momento en que ello fuese aprobado por el voto o la deliberación de la mayoría”¹⁰⁴. Entonces, un proyecto filosófico que no se interese por «fundamentar» (en el sentido fuerte de la palabra) estos derechos, se encuentra destinado a convertirlos en materia de manipulación por parte de la autoridad. Ahora, cuando hablamos de «fundamentar», no nos estamos refiriendo sino a la posibilidad de llegar hasta su núcleo ontológico¹⁰⁵: la naturaleza humana, que es, no una realidad estático-aparencial como la naturaleza del modernismo, sino que el «fundamento» de la perfección óntico-moral del sujeto¹⁰⁶.

Porque el tratamiento de los derechos fundamentales exige de una «fundamentación» con tales características, es que Dworkin ha afirmado que “cualquiera que declare que se toma en serio los derechos [...], debe aceptar como mínimo una o dos ideas importantes”, a saber: la idea de la igualdad, y la idea de la dignidad humana, que supone “que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana”¹⁰⁷. Dado lo anterior, bien puede afirmarse la existencia de ciertas libertades y derechos que se encuentran esencialmente vinculados a la idea de persona humana y su naturaleza; de suerte que el respeto de aquéllos es una proyección del respeto que se le debe a cualquier ser humano en su condición de tal.

Por lo tanto, la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la

¹⁰² Cfr. Madrid (2000), pp. 621 ss.

¹⁰³ Ayuso (2001), p. 69.

¹⁰⁴ A este respecto, véase: *De Legibus*, 1, 15, 43.

¹⁰⁵ Cfr. Rabbi-Baldi (2000), p. 213.

¹⁰⁶ Cfr. Serna (1990), p. 380.

¹⁰⁷ Dworkin (1984), p. 295 (por ambas citas).

persona humana y de su dignidad, que no pueden ser legítimamente menoscabados ni por los particulares ni por el poder político. Esto porque “si un sistema jurídico se edifica a partir de la idea de persona, de su dignidad y de sus derechos, y si esa referencia a la persona es tomada como algo más que pura retórica, seguramente dentro de tal sistema se reconocerá que el Estado tiene el deber de respetar esos derechos”¹⁰⁸, los cuales no deben ser únicamente reconocidos, “sino que además deben reconocerse con la misma extensión a todos los miembros de la comunidad”¹⁰⁹.

Junto con la separación entre derecho y moral y la no necesidad de un fundamento ontológico para estos derechos, también resulta problemático el llamado de Ferrajoli a la ampliación del catálogo de derechos fundamentales. Así, sostiene éste que el progreso de la democracia tiene lugar no sólo “a través de la extensión del Estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y esferas de poder”, sino también “mediante la expansión de los derechos fundamentales y de sus garantías”¹¹⁰.

El principal inconveniente de este llamado a la *inflación* de derechos fundamentales¹¹¹, radica, no tanto en la imposibilidad práctica de asegurarlos todos y para todos en las mismas condiciones, sino que en el surgimiento de derechos *confusos*, que más que fortalecer el cumplimiento de los fines de la naturaleza del hombre, parece importunarlos. Un ejemplo de estos derechos *confusos* son los llamados «derechos de la sexualidad», como el derecho a la libre definición de la identidad sexual, a la vida sexual sin riesgos, a la esterilización voluntaria¹¹², y hasta el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), que es fundamental, escribe Ferrajoli, porque este derecho forma un todo con la libertad personal, “que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre”¹¹³.

¹⁰⁸ Ottaviano (2006), p. 429.

¹⁰⁹ Zambrano (2006), p. 101.

¹¹⁰ Ferrajoli (2000), pp. 115-116 (por ambas citas).

¹¹¹ Cfr. Imbert (1996), p. 82.

¹¹² Cfr. Dip (2009), pp. 77-78.

¹¹³ Ferrajoli (2004), p. 85. Así, escribe Ferrajoli que este derecho a la autodeterminación en materia de maternidad, se expresa también en la

Por último, insiste nuestro autor que la fundamentación propuesta por él para los derechos humanos “tiene valor sólo *si queremos, e.d.*, por un acto de mera voluntad [...] que ellos sean satisfechos”. Esto significa que “*si no queremos* que esos valores sean satisfechos, o *si no lo queremos en la interpretación* que de ellos elabora Ferrajoli, toda la fundamentación adquiere carácter hipotético”¹¹⁴, meramente condicional. Y tanto así, que tendremos que respetar los derechos fundamentales “si y sólo si queremos realizar aquellos valores”¹¹⁵, y no porque de suyo éstos deban ser respetados y protegidos. Todo esto nos lleva al más extremo relativismo en materia de derechos humanos. Un relativismo que convierte a los derechos fundamentales en algo tan caprichoso y variable, “que será prácticamente lo mismo tenerlos que no tenerlos”¹¹⁶; y un relativismo que nos hace pensar no sólo que éstos no son ya «fundamentales», sino, sobre todo, que éstos no son ya «derechos», «cosa justa», en estricto rigor. Hay que ver, entonces, qué puede decirnos sobre esto nuestro autor.

7.- Bibliografía

a) Obras de Luigi Ferrajoli

Teoria assiomatizzata del diritto, Milano, Giuffrè, 1970.

“El derecho como sistema de garantías”, en *Jueces para la democracia*, n° 16-17, 1992, pp. 61-69.

“El derecho penal mínimo”, en J. Bustos, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1995.

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1997².

El garantismo y la filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta, 2004⁴.

“Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².

soberanía de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo, y en tal modo que “cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano”.

¹¹⁴ Massini (2009), pp. 238-239 (por ambas citas).

¹¹⁵ Massini (2009), p. 239.

¹¹⁶ Massini (2009), p. 241.

“Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones constitucionales*, n° 15, 2006, pp. 113-136.

Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2007³.

“Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, n° 122, 2008, pp. 1135-1145.

b) Bibliografía secundaria

Aguilera, Rafael, “Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, en *Letras jurídicas*, n° 4, 2007, pp. 1-21.

Ayuso, Miguel, “El restablecimiento de la ley y la restauración de la legitimidad”, en su *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

Guastini, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².

Baccelli, Lucas, “Derechos sin fundamento”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².

Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo*, México DF, UNAM, 1995.

Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos y naturaleza humana*, México DF, UNAM, 2000.

Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².

Cicerón, Marco Tulio, *Las leyes*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953.

De Cabo, Antonio, “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².

- Dip, Ricardo, *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Imbert, Pierre-Henri, “Los derechos humanos en la actualidad”, en A. Pérez Luño (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².
- Madrid, Raúl, “Derecho y moral. Relaciones y conflictos”, en J. Araos, *Amor a la sabiduría*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
- Massini, Carlos Ignacio, “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, en *Persona y Derecho*, n° 61, 2009, pp. 227-247.
- Mello, Cláudio Ari, *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- Migliore, Joaquín, “Derechos humanos y ley natural. ¿Continuidad o ruptura?”, en S. Legarre (ed.), *La lucha por el derecho natural*, Santiago, Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes, 2006.
- Ottaviano, Santiago, “Garantías penales y derechos humanos”, en J. Cianciardo (coord.), *La interpretación en la era neoconstitucional. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².
- Rabbi-Baldi, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- Robles, Gregorio, “Tres tipos de reglas en el derecho”, en R. Tamayo y Salmorán (coord.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México DF, UNAM, 1987.
- Vitale, Ermanno (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2000.

- Vitale, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².
- Zambrano, María del Pilar, “El liberalismo político y la interpretación constitucional”, en J. Cianciardo (coord.), *La interpretación en la era neoconstitucional. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- Zolo, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en G. Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005².