

ARTÍCULO

Una mirada política al ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: problemas desde los puntos de vista interno y externo.

A Political View Of Luigi Ferrajoli's Legal Constitutionalism

Ana Micaela Alterio
Instituto Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción 15/09/2012 | De aceptación: 05/12/2012 | De publicación; 21/12/2012

RESUMEN.

El artículo analiza críticamente la teoría del derecho de Ferrajoli resaltando la ausencia de canales de comunicación entre su paradigma constitucional y la participación política que necesariamente implica y que reconoce como base del constitucionalismo. Para ello se aborda la relación entre derecho y política desde el punto de vista interno y externo de la teoría, lo que termina por configurar una contradicción en su posición ética no cognoscitivista.

PALABRAS CLAVE.

Constitucionalismo político- constitucionalismo jurídico- punto de vista interno y externo- participación política- no cognoscitivism ético

ABSTRACT.

This article critically analyzes Ferrajoli's legal theory highlighting the lack of communication between his constitutional paradigm and the political participation that necessarily implies and that is recognized in the foundation of constitutionalism. With this purpose I analyzed the relation between law and politics from the internal and external point of view of the theory. This shows a conflict with his non cognitivism in ethics.

KEY WORDS.

Political constitutionalism. Legal constitutionalism- internal and external point of view- political participation- non cognitivism.

1.- Introducción.

El presente artículo tiene por objeto discutir críticamente algunos puntos de la obra *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli, resaltando la ausencia de canales de comunicación entre su paradigma constitucional y la participación política que necesariamente implica y que reconoce como base del constitucionalismo. Esto se hará desde los dos puntos de vista que el propio autor utiliza para su teoría, a saber: el punto de vista interno y el punto de vista externo¹.

Partiré de las definiciones de constitucionalismo “jurídico” y constitucionalismo “político” que distingue Ferrajoli. Así, mientras el primero designa un

¹ FERRAJOLI, L.; *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, vol. 1: *Teoría del derecho*, pp. 9-11, 15, 17, 19, 23-24, 38-39, 438-439. Conceptos que el autor toma de HART H.L.A.; *El concepto del derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

sistema jurídico y/o una teoría del derecho ancladas en la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo pasado, que se afirmó -a su criterio- con las constituciones rígidas de la segunda posguerra²; el segundo - moderno e incluso antiguo- designa una práctica y concepción dirigida a la limitación de los poderes públicos en garantía de determinados ámbitos de libertad³. En este último sentido, continúa Ferrajoli, los límites y garantías reivindicadas y tal vez realizadas son límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos y no jurídicas internas a éstos⁴, por tanto, se configuran como una

² FERRAJOLI, L.; “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, vol.55, n. 03, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 2771-2816, p. 2773.

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

⁴ FERRAJOLI L.; “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, op. cit., p. 2773. Existen distintas concepciones de estos conceptos, así por ejemplo véase BELLAMY R.; *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid, Marcial Pons, 2010, especialmente pp.19-23; quien identifica al constitucionalismo “legal” con dos presupuestos: el de la posibilidad de un

“ideología” y son prácticamente sinónimo de Estado liberal de derecho⁵.

De más está decir que Ferrajoli centra su labor en el constitucionalismo jurídico, al que identifica con el Estado Constitucional de Derecho⁶ y coloca en oposición al por él definido constitucionalismo político. Pareciera así que Ferrajoli, en un primer momento desprende de la ideología constitucionalista (o del constitucionalismo político) al constitucionalismo jurídico, que vendría a ser la institucionalización del primero y además, un perfeccionamiento del mismo⁷ al dotarlo de garantías positivas mediante constituciones

consenso racional sobre resultados sustantivos y el de considerar al proceso judicial como más seguro a la hora de identificar dichos resultados. En oposición define al constitucionalismo “político” con un enfoque más centrado en los procedimientos, dado que presupone un desacuerdo razonable sobre los resultados sustantivos y que el procedimiento democrático posee mayor legitimidad y resulta más eficaz que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos. Según este autor, en la mayor parte de las constituciones existen elementos tanto del constitucionalismo legal como del político.

⁵ FERRAJOLI L.; “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, op. cit., p. 2774.

⁶ *Ibidem*, p. 2775.

⁷ FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 1, p. 469.

rígidas. El problema es que luego –y aquí radica la objeción principal de este trabajo – desprende o “autonomiza” lo jurídico de lo político, o peor aún, cambia su orden lógico, dejando a la política atada a lo jurídico y cerrándole la puerta para cualquier influencia. Permítaseme ilustrar mejor estas ideas.

2.- El punto de vista interno: los derechos fundamentales como reglas y su aplicación como acto de mera subsunción.

Comenzaré por el punto de vista interno de la teoría del derecho. Según Ferrajoli el paradigma constitucional viene a caracterizarse por “la sujeción a la ley de la propia ley, no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos por ellos. Esta sujeción ha tenido lugar a través de la incorporación, en constituciones rígidas, de principios ético-políticos [...] transformados, de fuentes de legitimación política o externa en fuentes de legitimación

si son violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*⁸. Así, “el derecho ya no regula sólo su ‘ser’ sino también su ‘deber ser’; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales; ya no se funda sólo sobre el principio *autoritas, non veritas facit legem*, sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la *veritas* que lógicamente debe caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior con las de grado superior. Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y de contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y ‘racionalidad formal’/‘racionalidad sustancial’ con la que normalmente se formula la oposición entre

⁸ *Ibidem*, pp. 25, 38.

paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista”⁹.

Cabe aclarar que la teoría de Ferrajoli, al ser una teoría *formal*¹⁰, no nos dice nada respecto a cuáles sean o deban ser estos contenidos, sólo nos dice que si son proclamados de modo universal, serán considerados derechos fundamentales¹¹, quedarán sustraídos de las decisiones políticas y por ello determinarán límites y vínculos a la política¹². Esto hace que tenga que admitir que incluso unos principios espurios se conviertan en *deber ser* al interior de la teoría y en fuente de legitimación indecidible¹³.

⁹ *Ibidem*, p. 463.

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

¹¹ FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 1, pp.684-689.

¹² *Ibidem*, p. 774, lo que es lo mismo que decir que los derechos fundamentales circunscriben la llamada *esfera de lo indecidible*. *Ibidem*, p. 775.

¹³Lo cual resulta un tanto sorprendente, como bien señala AGUILÓ REGLA J.; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución” en CARBONELL M. y GARCÍA JARAMILLO L. (eds) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 247-263; p.248: “la rigidez y la

Así vemos que lo que en un momento anterior al paradigma constitucional pudo haber sido materia de deliberación política, una vez positivado en constituciones, cambia su naturaleza controvertida para volverse una “verdad” absoluta y expulsar del discurso cualquier otro principio que por no coincidir (o estar en contra) con el positivado, se torna ilegítimo¹⁴. Esta “superación” a la que alude

normatividad de las constituciones sólo son valiosas en la medida en que sean garantía de cosas a su vez valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ej., no de una expectativa considerada valiosa sino de un privilegio, resultan simplemente insoportables e irracionales”. Esta afirmación me parece tan clara que me hace pensar que en realidad Ferrajoli “hace trampa” con su definición formal porque la utiliza para plantear su teoría en términos neutrales o avalorativos pero, en realidad afirma que está pensando en “nuestros concretos ordenamientos [valga aclarar, los europeos de la segunda postguerra] cuyas constituciones no contienen más que excepcionalmente derechos fútiles o inicuos...” FERRAJOLI L. en FERRAJOLI L. Y RUIZ MANERO J.; *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, p.112, por lo cual, a su criterio, en estas constituciones se encuentra muy reducida la divergencia entre justicia y legitimidad, concluyendo que: “Hay un nexo entre justificación y legitimación externa y entre garantismo y legitimación interna: en la medida en que la razón externa estipulada en la Constitución como ‘razón social’ es compartida políticamente, justificación externa y garantismo coinciden”. FERRAJOLI L.; “*Principia Iuris*. Una discusión teórica”, op. cit., p. 402.

¹⁴ Vale aclarar que Ferrajoli advierte que si bien generalmente el término “legitimidad” hace alusión a la legitimidad política o externa, o sea, se relaciona con parámetros no jurídicos sino ético-políticos, él lo usa y lo redefine como término teórico-jurídico para designar la

Ferrajoli entre *autoritas* y *veritas*, ya implica un primer problema en términos políticos¹⁵.

Podemos estar de acuerdo en que una vez positivados en constituciones rígidas, los derechos fundamentales se vuelven un deber ser para el legislador, pero ¿con qué alcance? Ferrajoli aparentemente da mucho margen al legislador en la concreción de esos derechos¹⁶, pero el problema está en que toma los derechos, una vez constitucionalizados, como “objetivos”¹⁷, como consignas claras que

regularidad de las situaciones y de las normas. Véase FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol.1, nota 38, pp. 551-552.

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

¹⁶ A su criterio su teoría reconoce una amplia discrecionalidad a la función legislativa, de la que “se requiere solo el *respeto* (D9.35) de las normas constitucionales, que entraña el poder de decidir todo lo que no está *prohibido* por esas normas, es decir, todo lo que es coherente o compatible con ellas”. FERRAJOLI L. en FERRAJOLI L. y RUIZ MANERO J.; *Dos modelos de constitucionalismo*, op. cit., pp. 21-22. También *Principia Iuris*, op. cit. vol 1, pp. 525-539.

¹⁷ En este sentido Ferrajoli explica que “los discursos de la ciencia jurídica positiva y de la jurisdicción tienen un *objeto*, o sea, una referencia empírica que es el discurso y el lenguaje del legislador, sobre la base del cual las proposiciones normativas son verificables o falsables”.

únicamente pueden generar discusión en cuanto a sus medios de concreción -y de modo limitado¹⁸- pero no en cuanto a sus contenidos, ni tampoco entrar en conflicto entre sí¹⁹.

Esto se condice con la visión del autor de los derechos fundamentales como “reglas”²⁰ y con su oposición al llamado constitucionalismo principialista o argumentativo, que los concibe como principios sujetos a ponderación.

FERRAJOLI L. en FERRAJOLI L. y RUIZ MANERO J.; *Dos modelos de constitucionalismo*, op. cit., p. 76.

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

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

²⁰ Con sus palabras: “qualunque principi che enuncia un diritto fondamentale, [...]equivale alla regola consistente nell’obbligo o nel divieto corrispondente” FERRAJOLI, L.; “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, op. cit., p. 2800.

Lo cierto es que los derechos distan mucho de ser claros e incontrovertidos. El reconocimiento e intento de solución de esas ambigüedades y conflictos ha sido materia del constitucionalismo desde sus orígenes: no sólo a través de las teorías de la interpretación (originalista, literalista, teleológica, etc..) que han llegado, con el neoconstitucionalismo, a las modernas teorías de ponderación; sino también en cuanto a la definición de quién debe tener la responsabilidad para asumir esa tarea. No haré consideraciones respecto la plausibilidad de la “ponderación” porque considero que me llevaría a otro tema fundamental, pero que por una cuestión de espacio no puedo abordar, cuál es el de la discrecionalidad o no de los jueces (y con ello, el ingreso o no de consideraciones políticas) a la hora de realizarla²¹. Sí en cambio me

²¹ Es que para algunos, el balanceo que realizan los jueces, incluso en casos difíciles, sólo puede desembocar en una respuesta correcta, si es que se realiza bien la interpretación- integración del derecho, por tanto, no habría discrecionalidad judicial al momento de arribar a esa respuesta. Véase DWORKIN R., “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. de Maribel Narvárez Mora en POMPEU C. y MORESO J. (ed.),

interesa dejar unos apuntes en cuanto al quién debe resolver esos conflictos y tiene la última palabra institucional en materia de interpretación constitucional.

Según vimos para Ferrajoli no hay tales conflictos, por tanto todo se reduce a una tarea de “aplicación sustancial” de las normas que, de no ser respetadas por el legislador, tendrá que hacerse por vía jurisdiccional. El rasgo característico que distingue a la jurisdicción de cualquier otra actividad decisional, según el autor italiano, es la “constatación de lo que está previsto por la norma aplicada”, o sea, una tarea de subsunción o correspondencia²².

Difícilmente podemos aceptar que esto se condiga con la realidad de nuestras prácticas constitucionales; aunque entiendo que de esta

El ámbito de los jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475-512; en igual sentido aunque con una tesis más débil, ALEXY R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. De M. Atienza, *Doxa* 5, 1988, pp. 139-151.

²² FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 1, pp. 530-534, 832-833; vol 2: *Teoría de la democracia*, p. 75.

manera Ferrajoli no tiene que lidiar con los problemas de falta de legitimidad (en términos ético-político democráticos) del poder judicial, desde que quita de su incumbencia toda reminiscencia política. Así, para compartir su postura se nos impone aceptar ese “doble” rasero de legitimidad que propone: una legitimidad política representativa para las instituciones de gobierno (circunscrita al ámbito de lo decidible), y una legitimidad legal para las instituciones de garantía²³. División esta misma (entre instituciones de gobierno y de garantía) bastante complicada de reconocer como parte de una teoría portadora de mayor capacidad explicativa de su objeto de investigación²⁴.

²³ *Ibidem*, vol. 1, p. 532, también véase pp. 822 y ss. donde el autor explica por qué deben mantenerse separadas estas instituciones y por lo cual considero que la distinción va en contra de un deseable diálogo inter-orgánico en materia de interpretación constitucional. Para este punto véase NIEMBRO ORTEGA R. en PAMPILLO BALIÑO, J.P.(coord.), “Una aproximación a la justicia constitucional deliberativa” en *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, tomo de Derecho Procesal Constitucional, México, Porrúa, 2012.

²⁴ Como Ferrajoli pretende que tenga su teoría. FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol, 1, p. 18.

Ahora bien, dentro de quienes sí aceptan los conflictos en materia de derechos (tanto en cuanto a su significado como de derechos entre sí), se encuentran grandes diferencias en cuanto al quién debería resolverlos. De un lado, los modelos “fuertes” de constitucionalismo²⁵, cuyo ejemplo paradigmático es el neoconstitucionalismo²⁶ (vinculado al cognoscitivism ético y por tanto, más reacio a aceptar la modificación de los derechos constitucionalizados), a través de sus teorías de los derechos fundamentales como principios (con un lenguaje fuertemente valorativo y que no predetermina las relaciones de prevalencia) y de la ponderación, terminan dejando entrar a la política y a las discusiones sobre derechos al interior del sistema. Es en este sentido ejemplificativa la

²⁵ Para una definición véase SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 91 y ss., 216.

²⁶ Véase por ejemplo COMANDUCCI P.; “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” en COMANDUCCI P., AHUMADA M.A. y GONZALEZ LAGIER D.; *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 87.

posición de Ruiz Manero “... una constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo [...] y de esta forma evita en gran medida la ‘tiranía de los muertos sobre los vivos’ que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido”²⁷. Estos modelos se caracterizan por dejar el control de constitucionalidad en manos de los jueces, quienes además, tienen institucionalmente asignada la última palabra en materia interpretativa²⁸. Hay acuerdo entre los autores que estudian esta corriente en que ésta es una de las señas de identidad del

²⁷ RUIZ MANERO J. en FERRAJOLI L. y RUIZ MANERO J.; *Dos modelos de constitucionalismo*, op. cit., p. 80. A lo que Ferrajoli contesta: “Lo que tu llamas la ‘tiranía de los muertos sobre los vivos’ generada por el constitucionalismo rígido es lo que yo llamo la ‘normatividad de las constituciones rígidas’ [que] tienen precisamente el fin de atar las manos de las generaciones presentes en cada momento a fin de impedir [...] que ellas amputen las manos de las generaciones futuras...”. *Ibidem*, p. 84. De ahí es que se haya calificado el constitucionalismo de Ferrajoli como *fortísimo*. Véase DE LORA P.; “Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo” en CARBONELL M. y SALAZAR P. (ed.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 251-265.

²⁸ Lo que se califica como “supremacía judicial” y es fuertemente criticado por otras corrientes del constitucionalismo. Véase KRAMER L., *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 125.

neoconstitucionalismo²⁹, que ya no solo gira en torno a los derechos, sino que también al hecho de que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces³⁰.

Pero también los llamados modelos de constitucionalismo “débil”³¹ (con todas sus posibilidades intermedias) y, del otro lado, de

²⁹ Que, vale decir, comparte con la teoría de Ferrajoli.

³⁰ PRIETO SANCHÍS, L.; “El constitucionalismo de los Derechos” en CARBONELL, M. (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2007, pp. 213-235, p.215. Para este autor, el neoconstitucionalismo (que identifica como “constitucionalismo contemporáneo”) es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que han caminado separadas, reuniendo un fuerte contenido normativo de la una y una garantía jurisdiccional y correlativa desconfianza ante el legislador, de la otra. El resultado se ve en “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en CARBONELL M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp.124-127. En igual sentido el autor en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 107 y ss.

³¹ Véase por ejemplo BAYÓN J.C.; “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” en BETEGÓN J., DE PÁRAMO J.R., LAPORTA F. y PRIETO SANCHÍS L. (coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 67-138, p.128. Estos modelos, si bien aceptan el control judicial de constitucionalidad, reservan la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria, pero introduciendo diferencias relevantes respecto del simple “modelo de Westminster”.

constitucionalismo “popular”³², no sólo aceptan sino que propician este ingreso de la política. Así, reivindican una relación estrecha y de mutua interdependencia entre derecho y política³³, especialmente los últimos,

³² Quienes propician la interpretación extrajudicial de la constitución, desafiando la supremacía judicial, incluso al punto de que algunos impugnan cualquier control de constitucionalidad sobre las leyes, véase especialmente TUSHNET M., *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999, p. 126, destacando el carácter político del derecho, en particular del derecho constitucional.; POST R., “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, *California Law Review*, vol. 98, n. 4, 2010, pp. 1319-1350. Sobre la posibilidad de que tanto los poderes públicos como la comunidad en general puedan interpretar la constitución véase KRAMER L.; “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, 2006-2007, pp.697-754, pp. 699-700. Sobre la imposibilidad de mantener enteramente separada la política de las decisiones del Tribunal Supremo: FRIEDMAN B.; *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2009, p. 380. Finalmente véase WALDRON J.; *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp.251-275 que, tomando como presupuesto el desacuerdo en materia de derechos, incluso cuestiona la plausibilidad misma de la constitucionalización de los derechos. Para una comparación entre modelos, me permito remitir a ALTERIO, A. M.; “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular frente a frente” en ALTERIO A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coord.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, en prensa.

³³ Rechazando a su vez la distinción que se hace entre derecho y política sobre la base de que el derecho consiste en “la razón” y por tanto es “principalista”, mientras que la política es pura voluntad y poder. Véase POST R.; “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, *op. cit.*, pp. 1325 y ss.

subrayando que la constitución es un tipo especial de ley por ser una “ley política”³⁴. Que la constitución sea una “ley” significa que es en cierto grado “retrospectiva”³⁵, es decir, que su análisis involucra un ejercicio de interpretación de textos, precedentes y prácticas pasadas; pero que sea una ley “política” implica un cierto carácter “prospectivo”, o sea, un ejercicio acerca de lo que se juzga será mejor para la sociedad en adelante, sin especial referencia a eventos pasados³⁶. Esto quiere decir que no se puede pensar en la aplicación de la constitución en términos técnicos, como un acto “cognitivo” de mera constatación y carente de decisión como lo hace Ferrajoli. La constitución, para los constitucionalistas populares, debe verse también como una herramienta de empoderamiento, es decir, como la que

³⁴ TUSHNET M.; “Popular constitutionalism as political law”, *Chicago Kent Law Review* 81, 2006, pp.991-1006; p. 991.

³⁵ *Ibidem.*, p. 992.

³⁶ *Ibidem.*, p. 993.

establece instituciones que permiten a la gente coordinar y cooperar en proyectos que no podrían lograr por sí mismos³⁷ en el marco de desacuerdos permanentes³⁸.

Posturas como las anteriores repercuten a la hora de asignar la responsabilidad para la toma de esas decisiones, que ya no deberá recaer en los jueces “aislados”, sino también en “el pueblo”, a través de sus movilizaciones políticas³⁹. Es que cuando se aísla lo jurídico de lo político, desconociéndose los mandatos democráticos e ignorando los entendimientos constitucionales populares, lo más probable es que se produzca una crisis⁴⁰ que ponga en

³⁷ WALDRON J.; “Constitutionalism: A Skeptical View”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 248, 2012, pp. 1-45, p. 20.

³⁸ En igual sentido POST R.; “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, *op. cit.*, pp. 1336 y ss.

³⁹ TUSHNET M.; “Popular constitutionalism as political law”, *op. cit.*, p. 994. Aquí por movilizaciones políticas y populares no se entiende necesariamente las que se desarrollan fuera de las instituciones, sino también las que están “mediadas” por las instituciones políticas, como puede ser el poder ejecutivo o legislativo.

⁴⁰ POST R. Y SIEGEL R., “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *Indiana Law Journal* 78, 2003, pp.1-46, p. 26, tomando como ejemplo la crisis que se produjo en EEUU en tiempos del New Deal. Esto no quiere decir que

duda la propia legitimidad del sistema. Por tanto se hace necesario llevar a cabo un diálogo entre las distintas ramas del gobierno y la gente⁴¹ que permita hablar de “the living constitution” (la constitución viva) como sensible al, y garante del cambio social⁴².

En suma, sea cual sea el “modelo” que se adopte, raramente se negará el estatuto político del derecho y si bien es cierto –y por ello comparto la *ideología* constitucionalista- que es necesario establecer límites legales al poder, “reglas del juego” digamos, no podemos desconocer la naturaleza misma del juego. La política es ínsita a toda organización social y sobre todo está presente al momento de tomar decisiones. Claro está que luego debe poder

siempre las interpretaciones constitucionales que hacen los tribunales deban reflejar las visiones políticas convencionales, pero sí que deben entrar necesariamente en diálogo con éstas y a la larga, generar suficiente apoyo democrático para ser legítimas.

⁴¹ TUSHNET M.; “Popular constitutionalism as political law”, op. cit., p. 997.

⁴² Véase POST R. y SIEGEL R.; “Democratic Constitutionalism”, en BALKIN J. y SIEGEL R. (eds.), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 25-34, p. 25.

ejercerse control sobre estas decisiones y por tanto, es mejor que se canalice la expresión política en instituciones que resulten más igualitarias, transparentes y susceptibles de ese control⁴³ (como son los parlamentos) y tratar de alejarla de aquellas que no cumplan estas condiciones (como son los tribunales). Pero de ahí a pretender simplemente su erradicación, no sólo me resulta ingenuo, sino también peligroso, pues esconde bajo un discurso de neutralidad, decisiones (discrecionales) de un grupo de personas, sobre otras (la mayoría)⁴⁴.

⁴³ Sobre la diferencia constitucional entre control, límites y restricciones al poder, véase WALDRON J. “Constitutionalism: A Skeptical View”, op. cit. pp.12-20.

⁴⁴ Elías Díaz nos llama la atención sobre los peligros de dejar abierta la posibilidad de que los jueces “salteen” al poder legislativo, intentando hacer interpretaciones exclusivamente de la constitución y más allá de las leyes, despreciando a la política y a la representación popular. Esto implicaría la formación de una nueva “tecnocracia” (es decir, de una ideología profundamente conservadora, entendida como poder o gobierno de los técnicos) cuya función es evitar la concurrencia y el pluralismo ideológico, ayudando a conservar el semi-inmovilismo, el predominio y el exclusivismo de la ideología oficialmente implantada. DÍAZ E.; *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Taurus, 3ªed. 1998, pp.113,115.

Justamente porque no se pueden evitar los desacuerdos y porque necesitamos de la política para contar con un marco, decisión o curso de acción comunes sobre cierta cuestión⁴⁵ (y asumimos que la mejor forma de organizarla es democráticamente) no se pueden compartir, a mi criterio, los tintes fuertemente elitistas de la teoría de Ferrajoli, que repercuten en su teoría de la democracia, tornándola lo que Pisarello critica como un método de selección de élites, parte del “largo termidor”⁴⁶. De ahí, la concepción de Ferrajoli de una democracia “sustancial”⁴⁷ que no necesita a las mayorías más que para elegir a

⁴⁵ WALDRON J.; *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 123 en relación a las “circunstancias de la política”.

⁴⁶ PISARELLO G.; *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Trotta, 2011, p. 139. “Termidor” hace referencia al mes en que tuvo lugar el golpe de Estado de 1794 en Francia, contra el movimiento democrático que surgió de la caída de la monarquía y la proclamación de la república y que supuso la interrupción de un vigoroso proceso de lucha por la extensión de los derechos políticos y sociales de la población. *Ibidem*, p. 18.

⁴⁷ FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol 1, pp. 872-874 y vol. 2, pp. 15, 18, 22-23. Por “democracia sustancial” entiende al conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia política.

unos representantes, que por lo demás, solo pueden discutir todo aquello que no es fundamental, resta valor a la autonomía personal y colectiva de manera injustificable⁴⁸.

He hecho referencia al punto de vista interno porque lo que se disputa es la interpretación/concreción de las posibilidades del texto constitucional positivado por parte de los miembros de un grupo que las acepta y las usa como guía de conducta; sin embargo, estas mismas cuestiones pueden plantearse a la hora de pensar en una modificación del texto constitucional o del sistema legal vigente por personas que no aceptan (parte de) estas normas -aunque estén sometidas a ellas- en cuyo caso el análisis pasa a ubicarse en el punto de vista externo⁴⁹.

⁴⁸ Para una profundización de estas críticas me permito remitir a un trabajo anterior: ALTERIO, A. M.; “La ‘esfera de lo indecible’ en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* n. 13, enero 2011, pp. 3-36.

⁴⁹ Desarrollado en forma profunda en FERRAJOLI L.; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, cap. 14, pp. 905 y ss. Especialmente p. 912 en referencia a los derechos

3.- El punto de vista externo: la exclusión de la disidencia.

Mencioné *ut supra* que la teoría de Ferrajoli tiene tintes elitistas que se reflejan en su concepción de la democracia sustancial. Valdría entonces decir al respecto -y como punto de partida- que esta calificación tiene que ver con la actitud que toma su teoría frente a las creencias, actitudes y acciones de la masa de “ciudadanos comunes”⁵⁰. Así estas posturas “anti-populistas”⁵¹ suelen identificar la participación política ordinaria, común o

fundamentales Ferrajoli sostiene que constituyen: “ el *fundamento axiológico externo* del derecho: [...] lugar de expresión de la autonomía y la primacía del punto de vista ético-político o externo sobre el jurídico o el interno; campo de las garantías jurídicas tanto de la democracia formal como de la sustancial, pero precisamente por esto lógicamente diferenciado y axiológicamente separado del campo de las situaciones jurídicas, sean privadas o públicas, del mismo modo que la sociedad y los individuos están separados del estado y la moral está separada del derecho”.

⁵⁰ Según la conceptualización de BALKIN J.; “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1935-1990, p. 1945.

⁵¹ Como califica al discurso convencional en el derecho constitucional PARKER R.; “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1993, pp. 531-584.

popular como problemática, derivada de estados mentales o temperamentos defectuosos: emocionales, ignorantes, simples, irresponsables, arbitrarios, impulsivos, vulnerables a cualquier influencia o manipulación, etc.⁵² y que tienen sus efectos en la ley ordinaria.

Por eso Ferrajoli no está dispuesto a asumir los peligros del ejercicio de la autonomía política, puesto que “precisamente, contra sus posibles abusos, fueron inventadas las constituciones rígidas y para que sus riesgos, en la medida en que el derecho logre controlar su fuerza, no vuelvan a repetirse”⁵³. Para nuestro autor “el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales está no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación –lo cual sería imposible y generaría, en todo caso,

⁵² *Ibidem*, p. 553, en oposición a conductas más “refinadas”, racionales, informadas, complejas, basadas en principios, deliberadas, independientes, críticas, etc.

⁵³ FERRAJOLI, L.; “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en FERRAJOLI L.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO A. y PISARELLO G. (ed), Madrid, Trotta, 2001, pp. 287-381, p. 355.

constituciones minimalistas e incluso regresivas- sino en que se pacte en él la no exclusión de ninguno. La no exclusión [...] no se refiere a la forma o a los sujetos del contrato, sino a sus contenidos”⁵⁴. Es que para él, “Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad no reside en el consenso de la mayoría⁵⁵, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales”⁵⁶.

Pero no se puede asumir, como hasta ahora hace el autor, que las mayorías son portadoras de irracionalidad y potenciales violadoras de derechos y al mismo tiempo, reconocer la labor

⁵⁴ *Ibidem*, p. 369

⁵⁵ Las mismas ideas en FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 2, p. 55.

⁵⁶ FERRAJOLI L.; “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en M. CARBONELL M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 13-29. p. 28, también en *Principia Iuris*, op. cit., vol. 1, p. 841.

de unas mayorías (históricas) como creadoras de una constitución que ahora merece la pena ser respetada. En palabras de Ferrajoli, las personas humanas “permiten cifrar en su natural *autonomía* el fundamento positivo de todo fenómeno jurídico: en el sentido de que sólo ellas pueden ser los sujetos constituyentes del derecho positivo y, como veremos, los portadores del punto de vista ‘externo’ al mismo”⁵⁷. Entonces, si por un lado se considera que las personas (y también los pueblos⁵⁸) en ejercicio de su autonomía han conseguido los derechos fundamentales, no se puede por el otro, limitar el ejercicio de esa autonomía a la esfera de lo decidible, temiendo que se vuelva a expresar en el futuro⁵⁹ sin caer en una contradicción⁶⁰.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 347.

⁵⁸ Como sujetos colectivos tanto preexistentes al derecho (o constituyentes) cuanto constituidos por el propio derecho. *Ibidem*, p. 363. La definición en p. 366.

⁵⁹ En este sentido es ejemplificativo que Ferrajoli declare que el término “soberanía” no figura en su teoría. *Ibidem*, p. 808.

⁶⁰ En este sentido “Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las

Esto me lleva al segundo nivel de críticas: Ferrajoli se declara un positivista no cognoscitivista y por tanto, asigna a la historia y a los movimientos sociales un papel preponderante en la creación del derecho, que es siempre derecho puesto y por tanto contingente⁶¹. Corolarios de esta posición, que comparto plenamente, destacaría: a) que el derecho no necesariamente se identifica con la justicia, es decir, la separación entre ser y deber ser⁶², b) la posibilidad de que una persona o movimiento social en un momento dado, considere al derecho “puesto”, derecho injusto y pretenda modificarlo⁶³.

mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno”. WALDRON J., *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 266.

⁶¹ FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 1, pp. 776,803.

⁶² *Ibidem*, pp. 15-16, 37-38.

⁶³ Como nos enseña Dussel, la situación crítica se da cuando ciertos ciudadanos son excluidos -no intencionalmente- del ejercicio de nuevos derechos que el “sistema del derecho” no ha incluido todavía. Estos ciudadanos con conciencia de ser sujetos de nuevos derechos se experimentan a sí mismos como víctimas,

Ahora bien, si no se encuentran en el sistema jurídico y/o en la teoría del derecho canales para captar esas exigencias legítimas (desde un punto de vista ético político, aunque no legal) de los disidentes, la posibilidad de un cambio en materia de derechos sólo puede ser viable a través de una revolución (que exitosa, haga ejercicio del poder constituyente originario). A esto lleva la teoría de Ferrajoli, dado que: por un lado, las constituciones son rígidas y su contenido es indecible, al punto de que ni siquiera a través de una reforma constitucional se podrían modificar⁶⁴. De hecho, de darse una reforma, también ésta *debe ser* sometida a

sufriendo los efectos negativos del cuerpo del derecho. Los movimientos de los “sin derecho todavía” (respecto del derecho vigente) comienzan una lucha por la inclusión de los “nuevos” derechos en la “lista” histórica de los derechos ya aceptados, institucionalizados, vigentes. Se establece así una dialéctica entre “derecho vigente *a priori* versus nuevo derecho *a posteriori*”. Los “sin derecho todavía”, cuando luchan por el reconocimiento de un nuevo derecho son el momento creador histórico del cuerpo del derecho humano”. DUSSEL E.; *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de brouwer, 2001, pp. 151 y ss.

⁶⁴ FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 2, p.86. Lo que, en cambio, incluso es admitido por los modelos más “fuertes” de constitucionalismo.

control de constitucionalidad⁶⁵. Por otro lado, la teoría tampoco reconoce poder constituyente “jurídico” a la soberanía popular⁶⁶, puesto que ni siquiera por unanimidad los ciudadanos podrían alterar el contenido de los derechos constitucionales⁶⁷.

Esa idea, además de cerrar absolutamente el diálogo en materia de derechos fundamentales y orillar a los movimientos sociales a recurrir a la violencia (lo que contradice la idea de una democracia pluralista), no sólo no es normativamente deseable, sino que además tampoco se condice con la realidad, ni la

⁶⁵ Que anulará las reformas que contradigan las disposiciones formales y *sustanciales* de la constitución reformada. FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 1, pp. 811,843. Con sus palabras: “...una vez estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no se hallan en el ámbito de disponibilidad de la mayoría y deberían quedar sustraídos también al poder de revisión...”, *Ibidem*, p. 875. Esto se entiende si se comparte con Ferrajoli que en una democracia constitucional, legitimación sustancial externa e interna son “las dos caras de la misma moneda”. *Ibidem*, p. 852; es decir, se identifican. También vol.2 pp. 37, 47, 90.

⁶⁶ Como adelanté en nota n. 59, la soberanía popular con poder constituyente para Ferrajoli es pre-política y pre-jurídica, por tanto, no existe en la teoría del constitucionalismo jurídico.

⁶⁷ *Ibidem*, vol. 2, p. 49.

explica. Desde lo normativo y en las antípodas de una postura como la de Ferrajoli, un defensor del constitucionalismo político nos dice: “Debido a que los desacuerdos que la gente mantiene sobre la justicia política son testarudos y a que se modifican conforme sus ideales y preocupaciones cambian según se van adaptando a las circunstancias, el proceso constituyente necesita ser entendido como un proceso político continuo”⁶⁸. En igual sentido Pisarello advierte que la constitución democrática no debería concebirse como un régimen de instituciones definidas de una vez y para siempre. “Por el contrario, debería entenderse, sobre todo, como lo que históricamente ha sido: un movimiento dinámico, en las instituciones y fuera de ellas, consistente en la alianza social de sectores no

⁶⁸ BELLAMY R.; *El constitucionalismo político*, op. cit., p. 123. También PORTINARO P.P.; “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, n.31, 2008, pp. 299-314 destaca los problemas de la teoría normativa de Ferrajoli, la que lleva, en su opinión, a paralizar la capacidad innovadora de los poderes de gobierno. *Ibidem*, p. 305.

plutocráticos que buscan la constante ampliación del *demos*⁶⁹.

Anclados en la realidad, la reciente ola de reformas constitucionales latinoamericanas tampoco confirma la tesis *ferrajoliana*. En especial las de las constituciones ecuatoriana y boliviana⁷⁰ que implicaron modificaciones realmente importantes en materia de derechos -en muchos casos contrarias al paradigma anterior⁷¹- en vistas a integrar a la esfera pública a una parte mayoritaria de la ciudadanía históricamente excluida⁷². En este sentido y a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de países europeos, “este nuevo

constitucionalismo latinoamericano [...] no pretendía cancelar el poder constituyente popular. Buscaba, por el contrario, activarlo, generando un vínculo de complementariedad, y no de oposición, entre constitucionalismo y democracia”⁷³. Esta integración no entra dentro del supuesto contemplado por Ferrajoli de modificaciones constitucionales “permisibles” por ser un “avance” en materia de derechos⁷⁴, puesto que junto al avance de algunas reivindicaciones, se produjeron “retrocesos”⁷⁵ para otros sectores, ejemplo de ello fue el intento de secesión de Santacruz del Estado boliviano⁷⁶.

⁶⁹ PISARELLO G.; *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, op. cit., p. 211.

⁷⁰ Realizadas en los años 2008 y 2009 respectivamente.

⁷¹ Un paradigma de matriz liberal conservador que fue transformado con claras orientaciones anticapitalistas y anticolonialistas. Véase DE SOUSA SANTOS B.; *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, La Paz, Plural, 2010, p.77.

⁷² Véase GARGARELLA R.; “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina” en RODRIGUEZ GARAVITO C. (coord.); *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 87-108, nota 2, p. 88, disponible en www.igualitaria.org.

⁷³PISARELLO G.; *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, op. cit., p. 199.

⁷⁴ FERRAJOLI L.; *Principia Iuris*, op. cit., vol. 2, p. 89.

⁷⁵ Pongo estas palabras entre comillas porque es complicado evaluar si determinada configuración de derechos implica un avance o un retroceso: evidentemente en el posicionamiento habrá siempre una visión subjetiva de la realidad y una diferente concepción de la justicia.

⁷⁶ “...que amenazó la viabilidad misma del proceso constituyente”. UPRIMMY R.; “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en RODRIGUEZ GARAVITO C. (coord.); *El derecho en América Latina*, op. cit., pp. 109-137, p. 118.

Me parece finalmente que existe una contradicción en la teoría de Ferrajoli que él mismo sigue sin reconocer a pesar de la reiterada crítica que se le ha hecho: es incompatible declararse no cognoscitivist y *relativista racionalista* y en consecuencia, tolerar las opiniones disidentes considerando que las mismas también pueden estar racionalmente fundamentadas⁷⁷; con cerrar la posibilidad de que esas opiniones se expresen institucionalmente o lleguen a concretarse positivamente. Esta contradicción no se salva arguyendo que su concepción no es en absoluto una opción política arbitraria o la expresión de una preferencia personal, sino “...por el contrario, la opción adoptada por los propios textos constitucionales, que, por ello, se impone también a la teoría cómo la única posible o, al menos, como la más adecuada porque dotada de mayor alcance empírico y

⁷⁷ FERRAJOLI L. en FERRAJOLI L. y RUIZ MANERO J.; *Dos modelos de constitucionalismo*, op. cit., pp. 62, 73.

explicativo”⁷⁸. Y esto porque la teoría de Ferrajoli pretende también ser performativa⁷⁹ y él mismo admite el papel que juega en “la construcción tanto del artefacto jurídico como del imaginario jurídico colectivo”⁸⁰. Entonces, decir que los derechos fundamentales deben estar sustraídos de la disponibilidad de las mayorías y luego admitir que puede haber otros criterios ético-políticos⁸¹ que compitan con los plasmados en las constituciones, pero que no puedan modificarlos, no se condice con su no cognocitivism ético y más bien parece expresar una opción política ideológica bien determinada⁸².

Si prácticamente todas las posiciones pueden racionalmente fundamentarse, pero no

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 57-58. También el autor en *Principia Iuris*, op. cit. vol. 1, p. 34.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁸¹ Ferrajoli admite que los derechos fundamentales no son “universales” ni en sentido *axiológico*, es decir, como valores objetivos, racionales o autoevidentes; ni en sentido *sociológico*, o sea, como universalmente compartidos. *Ibidem*, vol. 2, pp. 57-58.

⁸² Que coincide con la plasmada en las constituciones europeas de la segunda posguerra.

tenemos un método objetivo externo que nos diga cuál de esas posiciones es la verdadera, tenemos que optar por algún criterio (procedimental o de autoridad⁸³) para definir las disputas. En este sentido Aarnio es un relativista coherente, que al igual que Ferrajoli asume la posibilidad de argumentar racionalmente sobre valores pero, dada la imposibilidad de escoger entre alternativas disponibles (igualmente bien fundadas), deriva la decisión a las mayorías, único método que realmente respeta la igualdad y da respuestas *aceptables*⁸⁴.

4.- A modo de conclusión.

Al comienzo de este artículo destacué que el constitucionalismo “jurídico” de Ferrajoli se desprende lógicamente del constitucionalismo político, pero que luego parece autonomizarse

del mismo. Esta preponderancia de lo jurídico⁸⁵ sobre lo político no sólo se percibe a nivel interno de la teoría, lo cual –con ciertos límites- puede ser consecuente con la ideología constitucionalista; sino que se extiende al punto de vista externo, asfixiando la posibilidad de innovación jurídica y excluyendo a los potenciales disidentes de la posibilidad de entrar o al menos participar en el juego institucional.

Como bien señala Portinaro, la teoría de Ferrajoli: “trabaja para cerrar cada orificio que pueda permitir la discrecionalidad del actuar político”⁸⁶, lo que delata un gran temor a la democracia, entendida como gobierno “del pueblo”. Esto termina repercutiendo en la filosofía del derecho del autor, que se acerca más a posturas iusnaturalistas que a su

⁸³ Véase WALDRON J.; *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 107 y ss., 253.

⁸⁴ Véase AARNIO A.; *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 267, 283-288. También del autor “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa* n.8, 1990, pp. 23-38.

⁸⁵ “El paradigma constitucional vincula la política a la ejecución del proyecto por él diseñado”. FERRAJOLI L.; *“Principia Iuris. Una discusión teórica”*, op. cit., p. 423.

⁸⁶ PORTINARO P. P.; “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, op.cit., p. 310.

declarado no cognoscitivismo ético, marcando una palmaria contradicción.

Al fin, desde su mirada eurocéntrica, pareciera que todo el debate del constitucionalismo se circunscribiera a si los derechos (los mismos) son (o deben ser) los que son en la Europa de la segunda posguerra, por cuestiones morales o formales.

5.- Bibliografía.

AARNIO A., "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa* n.8, 1990, pp.23-38.

AARNIO A.; *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGUILÓ REGLA J.; "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución" en CARBONELL M. y GARCÍA JARAMILLO L. (eds) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp.247-263.

ALEXY R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", trad. De M. Atienza, *Doxa* 5, 1988, pp. 139-151.

ALTERIO, A. M.; "La 'esfera de lo indecible' en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* n. 13, enero 2011, pp. 3-36.

ALTERIO, A. M.; "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo popular frente a frente" en ALTERIO A. M. y NIEMBRO ORTEGA, R. (coord.), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, en prensa.

BALKIN J.; "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1935-1990.

BAYÓN J.C.; "Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo" en BETEGÓN J., DE PÁRAMO J.R., LAPORTA F. y PRIETO SANCHÍS L. (coord.) *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 67-138.

BELLAMY R.; *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

COMANDUCCI P.; "Constitucionalización y neoconstitucionalismo" en COMANDUCCI P., AHUMADA M.A. y GONZALEZ LAGIER D.; *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

DE LORA P.; "Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo" en CARBONELL M. y SALAZAR P. (ed.); *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

DE SOUSA SANTOS B.; *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, La Paz, Plural, 2010.

DÍAZ E.; *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Taurus, 3ªed. 1998.

DUSSEL E.; *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de brouwer, 2001.

DWORKIN R., "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles? trad. de Maribel Narváez Mora en POMPEU C. y MORESO J. (ed.) *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475-512.

FERRAJOLI L.; *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995

FERRAJOLI, L.; "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en FERRAJOLI L.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO A. y PISARELLO G. (ed) Madrid, Trotta, 2001, pp.287-381.

FERRAJOLI L.; "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", en M. CARBONELL M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29.

FERRAJOLI L. "Principia Iuris, una discusión teórica", *Doxa* n.31, 2008, pp.393-433.

FERRAJOLI, L.; "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale*, vol.55, n. 03, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 2771-2816.

FERRAJOLI, L.; *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, vol. 1: *Teoría del derecho*, vol 2: *Teoría de la democracia*.

FERRAJOLI L. Y RUIZ MANERO J.; *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

FIORAVANTI M.; *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

FRIEDMAN B.; *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2009.

GARGARELLA R.; "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina" en RODRIGUEZ

GARAVITO C. (coord.); *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp.87-108; disponible en www.igualitaria.org.

HART H.L.A.; *El concepto del derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

KRAMER L., *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004.

KRAMER L.; "The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy", *Valparaiso University Law Review*, vol. 41, 2006-2007, pp.697-754

NIEMBRO ORTEGA R. en PAMPILLO BALIÑO, J.P.(coord.), "Una aproximación a la justicia constitucional deliberativa" en *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho*, México, Porrúa, 2012 (en prensa).

PARKER R.; "Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto", *Valparaiso University Law Review*, Vol. 27, núm. 3, 1993, pp. 531-584.

PISARELLO G.; *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Trotta, 2011.

PORTINARO P.P.; "Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli", *Doxa*, n.31, 2008, pp. 299-314.

POST R., "Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics", *California Law Review*, vol. 98, n. 4, 2010, pp. 1319-1350.

POST R. Y SIEGEL R., "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", *Indiana Law Journal* 78, 2003, pp.1-46

POST R. y SIEGEL R.; "Democratic Constitutionalism", en BALKIN J. y SIEGEL R. (eds.), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 25-34.

PRETEROSSO G.; "Principia Iuris, entre normatividad y poder: sobre el Estado Constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli", *Doxa*, n.31, 2008, pp.315-324.

PRIETO SANCHÍS, L.; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

PRIETO SANCHÍS, L.; "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en CARBONELL M. (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp.124-127.

PRIETO SANCHÍS, L.; "El constitucionalismo de los Derechos" en CARBONELL, M. (ed.) *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2007, pp. 213-235.

SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM- Fondo de Cultura Económica, 2006.

TUSHNET M., *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999.

TUSHNET M.; "Popular constitutionalism as political law", *Chicago Kent Law Review* 81, 2006, pp. 991-1006.

UPRIMMY R.; "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos" en RODRIGUEZ GARAVITO C. (coord.); *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp.109-137, disponible en www.igualitaria.org.

WALDRON J.; *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005

WALDRON J.; "Constitutionalism: A Skeptical View", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 248, 2012, pp. 1-45.