

# La democracia constitucional y un modelo garantista en luigi ferrajoli

## *The Constitutional Democracy And A Guarantee Model In Luigi Ferrajoli*

### Resumen

En el presente artículo de reflexión, se pretende analizar la obra del jurista italo-francés, Luigi Ferrajoli, fiel a su teoría predilecta, el garantismo; teoría que desarrollaría en la presente obra a través del concepto de democracia constitucional y un modelo orientado hacia la preponderancia de los derechos como punto de quiebre para la configuración de un paradigma entre el ius-positivismo y el ius-naturalismo. Metodológicamente se abordó la obra haciendo un análisis deductivo y crítico, el cual nos arroja como resultado que Ferrajoli plantea una renovación del constitucionalismo rígido anteponiendo a los derechos fundamentales como límites al uso de la vida política de un Estado constitucional. Para ello postula que se debe expandir el constitucionalismo como tarea política para la garantía de derechos.

**Palabras clave:** Constitucionalismo, fundamentalismo, principios constitucionales, Estado de derecho.

### Abstract

In the present article of reflection, we intend to analyze the work of the Italian-French jurist, Luigi Ferrajoli, faithful to his favorite theory, the guarantee; theory that would develop in the present work through the concept of constitutional democracy and a model oriented towards the preponderance of rights as a breaking point for the configuration of a paradigm between ius-positivism and ius-naturalism. Methodologically the work was approached making a deductive and critical analysis, which throws us as a result that Ferrajoli proposes a renewal of rigid constitutionalism by putting fundamental rights as limits to the use of the political life of a constitutional State. For this, he postulates that constitutionalism should be expanded as a political task for the guarantee of rights.

**Key words:** Constitutionalism, fundamentalism, constitutional principles, rule of law.

Camilo Andrés Maiguel Donado

Universidad del Atlántico

Estudiante activo del programa de Derecho de la Universidad del Atlántico.

*camilomaiguel@gmail.com*

### Cómo citar este artículo:

Maiguel Donado, C. (2018). La Democracia constitucional y un modelo garantista en Luigi Ferrajoli. *Advocatus*, 15(31), 153-164. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.31.5076>

### Recibido:

15 de junio de 2018

### Aceptado:

10 de septiembre de 2018

### Publicado:

27 de noviembre de 2018

## 1. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo, sin duda alguna, hoy día es el tema más álgido dentro del marco del estudio del derecho como teoría y filosofía. A medida de que hacemos un estudio más profundo de este, podemos observar que su papel fundamental va en torno a la necesidad constante de la sociedad de organizar el Estado y los principios jurídicos en concordancia con la dinámica social. Desde este punto, debemos establecer que esta teoría de dinámica jurídica, trae consigo una constante transición dentro del marco legislativo y estatal.

Podemos observar la dinámica jurídica constitucional haciendo una comparativa entre la antigua Roma y el advenimiento del constitucionalismo moderno. En la antigua roma encontraremos una ley del Estado máxima, emanada de la voluntad del ‘*pacto gubernamental*’ entre pueblo y Estado; en la actualidad tenemos un constitucionalismo permeado de vicisitudes que conforman un sistema jurídico casi que pleno y como lo mencionaría a la posterioridad Ferrajoli, garantista.

El jurista introduce entonces un modelo renovado de lo que sería el constitucionalismo en un trabajo académico de los más teóricos y primordiales para entender la teoría a la que hace referencia. El constitucionalismo moderno le da preponderancia a la

garantía de los derechos referentes a las libertades, igual dades y en general a los derechos fundamentales (Araujo Rentería, 2019).

Ferrajoli ya ha referido que dicha promoción de garantías suscitan una perfectible satisfacción de los derechos sociales constitucionalmente establecidos. De toda esta innovación en materia estatalista dice Ferrajoli que deviene una distinción de interpretaciones acerca del constitucionalismo y en consecuencia de ellos, de la democracia constitucional.

El jurista en cuestión establece una distinción entre dos teorías de tendientes a la democracia constitucional: el modelo principalista y el modelo garantista; teniendo que el primer modelo utiliza como medio la argumentación y como fondo sustancial a las normas constitucionales para conectar el derecho y la moral. Se ciñe del promulgamiento de constituciones con una fuerza material (derechos) y rigidez presuponen un gran problema, puesto que lleva a que se den conflictos entre normar y esto conlleva a que no se puedan resolver dichos conflictos según los criterio de jerarquización, temporalidad, o especialidad, cosa que Ferrajoli no comparte en absoluto, puesto que los principios regulativos no pueden ser sometidos a ponderación, sino simplemente observados o no observados debido a su carácter tético-deóntico (Sanchís, 2013). Teniendo así las cosas entonces se hace cada vez menos plausible el ejercer una praxis de la ponderación entre juridicidades, sino una “ponderación equitativa compleja” (Bayón, 2004), saliendo a flote su inclinación por la aplicación de un modelo constitucional garantista.

\* El contrato gubernamental como concepto, lo podemos observar en los mecanismos para la producción legislativa, teniendo su fondo sustancial en la figura de un pacto entre los magistrados y el pueblo, posterior a su estudio por las asambleas públicas. Tenemos entonces que la ley no surgía plenamente del fervor del Estado, sino más bien de un pacto entre este y el pueblo. (Fayt, 1980)

Este modelo deja entrever una concepción del constitucionalismo que deje una dicotomía general entre la moral y el derecho, sin dejar de lado la distinción entre reglas y principios; todo esto permeado por la concepción de que la ponderación debe jugar un rol fundamental en la praxis judicial y legislativa. Estas premisas constituyen lo que el determinado jurista denomina “paradigma garantista”. Dicho paradigma tendría su punto de concreción mediante la existencia de un poder judicial subordinado a la constitución.

Posterior a dicha comparativa, so pretexto de hacer hincapié en su inclinación anteriormente descrita, Ferrajoli se decanta por distinguir tres modelos de derecho en torno al garantismo, girando en torno a reflexiones sobre garantía de derechos y la teoría neoconstitucionalista.\* Me refiero entonces a los modelos: jurisprudencial, legislativo y constitucional.

## 2. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

No obsta el modelo convencional del derecho para dejar de lado los axiomas básicos de la interpretación teórica de este. A propósito de esto, Mauricio Fioravanti formula una diferencia análoga de los tipos de Estado; distinción que ha llevado Ferrajoli al plano paradigmático.

La estructura de la democracia constitucional desde el punto de vista político se ve claramente matizada por la complejidad de los sistemas económicos globales, y lo limítrofe del derecho y la diplomacia institucional aún burocráticos; una política limitada al mercado y englobando el tema, el desarrollo de la ilegalidad. De este modo, plantemos que la expansión, promoción y posicionamiento de un sistema constitucional que se encargue de ejercer la guardia y defensa de los derechos fundamentales de las personas, a la par de las potencias económicas en el mundo, es la principal tarea de la política de la comunidad internacional del derecho.

A propósito de ello, Luigi Ferrajoli distingue entre tres modelos del derecho: jurisprudencial, legislativo y constitucional.

1. El modelo de derecho jurisprudencial premoderno, hace alusión al derecho no codificado vivido en la etapa del imperio romano; por eso se trata de un sistema normativo que, si atendemos a la terminología de Kelsen, puede caracterizarse como tendencial y prevalentemente *nomoestático* (Vianna, cfr). Tenemos que su norma de reconocimiento es la justicia y la racionalidad\*\*, lo que nos conlleva a aseverar que el *iusnaturalismo* es el paradigma que prepondera ante todas las vicisitudes

\* “El término neoconstitucionalismo, que parece tener sus orígenes, como lo advierte Prieto, en la academia italiana (Comanducci, 2010: 175), se acerca ya a cumplir su segunda década de existencia. El éxito del término ha estado acompañado de una gran falta de claridad sobre cuál es su significado -que el libro aquí reseñado no pretende resolver-, así como por un gran número de problemas que giran a su alrededor y que Prieto Sanchís reúne y discute en CD.” (PRIETO)

\*\* Dicho de otro modo, “la existencia y la validez de las normas de derecho común, más allá de las derogaciones representadas por el derecho estatutario, dependían de su sustancia o contenido prescriptivo. En efecto, la lógica era interna y no externa al sistema jurídico. Veritas, non auctoritas facit legem: en este modelo, la norma de reconocimiento de las normas jurídicas es la verdad, es decir, la intrínseca justicia o racionalidad. De aquí la confusión entre derecho y moral, o sea, entre validez y justicia.” (FERRAJOLI)

que refleja esta experiencia; de hecho, Ferrajoli refiere que este ‘anclaje’ histórico es primordial para el dominio de esta doctrina a lo largo de la historia.

2. Al segundo modelo, el autor le ha llamado Legislativo o ‘*paleo positivista*’. Este fue avistado por primera vez en el desarrollo de la revolución industrial y basa su marco lógico argumental en la existencia de una norma de reconocimiento; lo curioso del jurista ítalo-francés es que basa esta norma en el principio de legalidad. De un modelo estatalista normativo, hasta los axiomas fundamentalistas de ópticas positivistas. Refiere el autor que en este modelo la existencia de las normas se entiende por su producción y promulgación y no por su deducción, de hecho, dice que la validez de la misma se deduce de su existencia y vigencia y no de su contenido (lo más cercano al positivismo ideológico). A propósito de ello, Bobbio planteaba que la norma es válida y debe ser aplicada, aun cuando esta sea injusta, pues la justicia es una valoración irracional (tesis Kelseniana), pues el derecho positivo es la voluntad emanada, por tanto es justo.
3. En tercer lugar, debemos definir y delimitar el modelo constitucionalista, que es planteado desde dos concepciones: una meramente principalista, que trabaja la conexidad entre mixturas objetivas fruto del concepto de derecho y los principios morales; y otra, la garantista, que da un paso hacia un nuevo paradigma, dejando en firme

la teoría de subsumir la legislación al derecho a lato sensu, con lo cual se erige el concepto de Estado constitucional de derecho\*.

Este modelo, revolucionario per sé, plantea que a pesar de que existencia o vigencia de la norma está subordinada a su producción legislativa, pero su contenido sustancial sí determinará su validez, so pretexto de resaltar que estos deben estar ligados a los principios y derechos constitucionalmente establecidos.

Traemos bajo la lupa entonces tres modelos de derecho identificables en torno a tres diversas normas de reconocimiento, correspondientes a su vez a tres diversas nociones de validez.

En el primer modelo la validez de las normas tiende a reconocerse con la ínfima representación interna de la justicia, de la mano ulteriormente de su contenido normativo, es decir, a su carácter sustancial. En el segundo modelo la misma se etiqueta con su positividad, relacionada solo con el advenimiento de sus particularidades formales a la hora de llevar a cado la labor de producción normativa. En el tercer modelo “aquella se reconoce y se identifica, además de con la conformidad de sus formas, también con la coherencia de su sustancia o significado con las normas no solo formales sino también

\* “El Estado kantiano constituye es la primera conceptualización de este modelo de Estado: [...] Es menester salir del estado natural, en el que cada cual obra según su antojo y convenir con todos los demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada y, por consiguiente entrar en un estado en que todo lo que debe reconocer como lo suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente, que no es del individuo, sino un poder exterior. En otros términos es menester ante todo entrar en un estado civil [...]” (Kant, cfr.: Pg 158. Revista científica universidad de Guanajuato Año 4, núm. 7)

sustanciales sobre su producción” (Ferrajoli, 2014: pg. 21). La modernidad jurídica nace con el segundo modelo y alcanza su cenit con el tercero, gracias a la positivización, primero, de las formas de la producción legislativa y, después, de todas las vicisitudes referentes a los límites de subordinación, sin dejar de lado su conexidad sustancial posicionada por las normas constitucionales supra ordenadas a esta.

### 3.1. La esencia del constitucionalismo garantista desde la perspectiva de Ferrajoli

A lo largo del texto y teoría *ferrajoliana* podemos evidenciar que se busca un fin, y este sin duda alguna es enarbolar como bandera de cambio paradigmático al constitucionalismo garantista, que per sé, se erige como necesario para finiquitar una crisis de Estado moderno delimitada por el decaimiento del llamado “monopolio estatal para la producción normativa y de la universalización o desarrollo intertestamentario de los poderes públicos y sobre todo de los económicos y los financieros que se sustraen al gobierno de las instituciones políticas de la democracia representativa y a los límites y los vínculos jurídicos del Estado de derecho tanto legislativo como constitucional” (Albarrán, 2014)

Parte de esta necesidad es el papel que se juega el Estado en torno a su legitimación constitucional de este mismo en la actualidad, sobre todo en su papel en la relación Estado-individuo.

“La democracia en el paradigma legislativo es un método de formación de

las decisiones políticas, en el paradigma constitucional es el producto de la integración de las dos dimensiones, formal y sustancial, que se encuentran en crisis” (Albarrán, 2014: pg. 158)

Un naciente paralelismo entre la validez y la vigencia suscitaron entonces un cambio de paradigma constitucional; en el antiguo modelo de Estado legislativo de derecho, la ley era la fuente suprema “e incuestionable de la producción jurídica, las mayorías parlamentarias eran omnipotentes y la validez de las leyes se identificaba con su existencia” (Albarrán, 2014: pg. 158). El hecho de que se haga institucional y positivista la codificación de los derechos fundamentales, subyaga al legislador (constituyente) a una barrera tanto estructural como sustancial, de este modo el concepto de democracia dentro del marco de modelo garantista puede desencadenarse en cuatro contextos –civil, liberal, político y social– cuya interpretación nos deja entredicho que ningún agente del Estado o autónomo podrá pasar por encima de los derechos fundamentales.

En esta prelación entre las edificaciones normativas del derecho y las estructuras institucionales consiste el paradigma constitucional. Su atisbo teórico distintivo es su carácter formal, es decir, la estipulación de lo que no puede ser decidido y lo que no puede ser no decidido en garantía de lo estipulado por el pacto constituyente. (Rentería, 2003)

\* Aquí hacemos una referencia directa a la teoría del civil law, presente en muchas obras de Michele Taruffo. Tomamos el enfoque de dicho jurista para contextualizarnos bajo la óptica del principio de legalidad como base del sistema de fuentes en un ordenamiento jurídico (civil law).

#### 4. EL MODELO GARANTISTA

Para Ferrajoli el cambio en la dimensión sustancial agrandada por el paradigma constitucional en las condiciones de validez de las leyes ha cambiado profundamente la estructura del estado de derecho. Ya que tanto la subordinación al derecho del poder legislativo y la de la política a principios y derechos consignados en textos constitucionales son la razón de ser del artificio jurídico en su totalidad. Considerándolo así no solamente un cambio, sino una integración de las condiciones de validez del derecho, así como de la legitimidad democrática de los sistemas políticos, vinculados a las garantías de tales derechos y principios. El modelo del poder limitado a la garantía de derechos, que tiene en común todo el pensamiento iluminista, es un paradigma formal, que por lo tanto puede ser ampliado, por un lado, a todos los poderes, en garantía de todos los derechos, no sólo el derecho a la libertad.

La tesis teórica garantista, se encuentra adjunta entre la relación entre la validez de las normas delante de una norma superior y su efectividad.

El mismo autor nos deja en claro que este cambio estructural trae como resultado cuatro postulados, correspondiente a otras tantas garantías, las dos primeras conocidas como primarias y las dos últimas como secundarias. A propósito de esto, relaciona lo siguiente:

Al primer postulado, lo llamó de principio de legalidad, en donde ferrajoli expone que este principio antiguamente era casi que inactuado, solo tenía su legitimación en el

sistema jerárquico de la norma producto de la distinción entre la producción de derecho y su praxis, pero posterior al apareamiento del paradigma constitucional, este tomó un rumbo distinto pues restringió el ejercicio del poder a la previa tutela efectiva de los derechos de las personas. En teoría, gracias al paradigma constitucional, el principio de legalidad adquiere una nueva complejidad como principio normativo y como principio lógico, mostrándonos que donde quiera que exista cualquier poder debe existir normas primarias, tanto formales como sustanciales, que regulen su ejercicio.

El segundo de los postulados es el principio de plenitud deóntica, que consiste en que “la existencia de derechos o intereses establecidos por normas primarias, deberán introducirse unas garantías primarias en el cual se establezca la prohibición de lesionarlas y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones separadas de cualquier poder” (Albarrán, 2014: pg. 159). También es un principio lógico a la vez que normativo. En resumen, refiere que para que la tutela de los derechos sea efectiva, no solo basta con amparar los derechos per sé, sino que también hace falta todo un sistema de juridicidades dadas hacia a imposición de deberes y/u obligaciones que permeen el respeto por los derechos, haciendo entonces un sistema circular en el que prima la humanidad.

El tercer postulado es conocido como el principio de jurisdiccionalidad, en donde se impone que deben de haber normas secundarias que se encarguen de proteger de las posibles violaciones de las normas primarias.

Aquí entonces traemos a colación al papel de los jueces en cuanto ejercen un control de legalidad sobre las normas primarias ya establecidas constitucionalmente; requiere todo esto que se tenga un método se coercibilidad para poder acceder a un modelo garantista pleno, decía Ferrajoli.

El cuarto postulado es el conocido como el principio de accionabilidad, que nos plantea que “donde exista una jurisdicción deberá estar asimismo prevista, como ulterior garantía secundaria, su activación por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados, con carácter subsidiario, que parte de un órgano público capaz de suplir las posibles inercias o debilidades de aquellos” (Albarrán, 2014: pg. 159). Aquí hacemos referencia entonces al acceso a la justicia, pues plantea el jurista referido que en todo caso que tengamos derecho a la tutela de los mismos ante un juez, también tenemos derecho a que haya un fiscal que nos proporcione a garantía de dicho derecho. “De aquí la necesidad de asumir el principio de accionabilidad como un principio general del modelo garantista MG, idóneo para asegurar la efectividad de los otros tres principios — de jurisdiccionalidad, legalidad y plenitud— mediante la integración de la acción privada con la encomendada a un órgano público.” (FERRAJOLI)

Teniendo lo anterior dicho, es necesario abordar el carácter de no maleabilidad de la constitución y las garantías constitucionales como último atisbo del garantismo *ferrajoliano*, aquí Ferrajoli nos establece que la expresión garantías constitucionales se alude a la “rigidez de la Constitución”, es decir, el

carácter de inmodificables de los principios e instituciones previstos en esta. Aunque se aclara que no tiene un carácter abstracto garantista, sino que se tiene en cuenta como un rasgo estructural, sustancial y sistemático de los textos constitucionales. Dicho sencillamente, esta se identifica con el grado supra ordenado de las normas constitucionales con respecto a todas las demás fuentes del ordenamiento. Su fin último es garantizar que los derechos fundamentales consignados en estas no son susceptibles de cambio, englobado desde a óptica de que una “generación” no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras.\*

Desde este punto se ha vivenciado un cambio de la estructura paradigmática política y social, y por consiguiente de la ciencia jurídica, por lo que el autor saca a enarbolar nueve elementos de “discontinuidad” entre el paradigma legislativo y el constitucional”:

1) La dicotomía parcial al objeto regulado por las normas legislativas, únicamente van ahondadas y encaminadas a ser aplicadas en el desarrollo y producción literal de otros actos preceptivos – pueden ser administrativos o judiciales–; 2) la invalidez, estructural y sustancial, de todos los actos preceptivos ya referidos que no consisten en leyes tienen como fin último ser subsanada, en garantía y nombre del derecho; 3) la divergencia existente entre la ley formal y los

\* “Los pactos políticos surgen del contractualismo cuyos antecedentes remotos se encuentran en Hobbes, en el Leviatán, que expone la necesidad de crear, a través del contrato social, un ente supremo con autoridad tal que pueda impedir la violencia entre particulares” (Hobbes, 1651)

\*\* El autor no los enuncia específicamente, pero los refiere y explica a lo largo del texto.

demás actos jurídicos preceptivos, referente a las normas constitucionales que requieren un conducto regular más rígido para su producción, modificación y derogación; 4) la polifuncionalidad (más específicamente una ambivalencia) de las normas que regulan derechos fundamentales, en pro de todos los sujetos titulares de derechos; 5) el principio de soberanía tuvo una transmutación a la par de la democracia; 6) el fundamento positivo, naturalista y democrático del derecho y las instituciones políticas; 7) el estatuto metateórico de la teoría del derecho concebido como sintaxis del paradigma constitucional; 8) el cambio epistemológico que afecta a las disciplinas jurídicas, consistente en el rol normativo que el paradigma teórico y formal de la democracia constitucional sugiere que desarrollen en relación con el derecho positivo y; 9) el cambio epistemológico relativo a la dimensión pragmática de la ciencia jurídica en sus relaciones entre disciplinas jurídicas positivas por un lado y la filosofía jurídica y la sociología del derecho del otro. Los tres primeros se refieren derecho, es decir, a las más complejas condiciones de validez de las normas de ley; los siguientes tres están relacionados con la democracia, esto es, a los límites y vínculos sustanciales impuestos a la política y a la democracia política por los derechos constitucionalmente establecidos y por las correspondientes garantías; y los últimos tres relativos a la ciencia jurídica, es decir, a la insostenibilidad del viejo método técnico jurídico y al nuevo estatuto epistemológico impuesto por el paradigma constitucional al modo científico de abordar el estudio del derecho. (Albarrán, 2014: pg. 160)

El nuevo paradigma del constitucionalismo respecto del modelo legislativo genera un rechazo sobre conceptos relativos a los derechos humanos a la teoría del derecho tradicional, puesto que a partir de este resurge una nueva necesidad: definir los mismos dejando de lado su contenido axiológico. Dicho paradigma se basa en las estructuras normativas e institucionales del derecho, caracterizándose por la estipulación de la esfera de lo decidible guardando una posición garante con respecto a lo estipulado por el pacto constituyente.\*

## 5. CRÍTICA

Si bien Ferrajoli en su tesis hace un intento por demostrar una evolución benévola de lo que es todo el pensamiento jurídico, garantista y respetuoso de los derechos humanos, es indesligable de la discusión sentada esclarecer los puntos positivos y negativos que dicha propuesta tiene, todo con el fin de profundizar en el tema y generar ideas que contribuyan con la construcción de un modelo que preserve la democracia y los derechos de las personas.

Dentro de la tesis ferrajoliana referente a la relación entre democracia y derechos fundamentales existen puntos que no convencen, los cuales se prestan para la construcción de la crítica que se realizará. En la primera anotación se evidencia que Ferrajoli, seguidor del positivismo intenta completar

\* "Existen diversos criterios sobre la constitucionalización de los derechos humanos, al respecto Alexy menciona que, en los Estados constitucionales, los derechos humanos, los irrenunciables, se ubican en la norma fundamental por el máximo rango, por la máxima relevancia, por su máxima fuerza jurídica, por la máxima importancia del objeto y por su máximo grado de indeterminación" (Carbonell, 2005)

esta corriente acercándose al iusnaturalismo. Entonces, ¿es al mismo tiempo iuspositivista-iusnaturalista? (Guastini, cfr: pg. 246) Pero no es posible tener una posición jurídica sin una mínima inclinación a cierta relevancia de la moral en un sistema jurídico, o de la ausencia de esta. Para esto importante aclarar que no se trata de una postura radical, pero sí se debe fijar una posición clara. En este caso, Ferrajoli denota cierta contradicción ya que, si bien expresa su concordancia entre la dicotomía entre el derecho y la moral, por otra parte, alude a que el derecho siempre debe estar fundamentado por principios axiológicos.

Entonces así, encontramos una especie de contradicción fuerte a lo largo de la teoría de Ferrajoli, pues no se puede asumir dos posturas tan distanciadas al mismo tiempo. No obstante, esta discusión se hace baladí, pues lo que realmente tendrá peso es determinar si hay una relación existente entre la moral y el derecho. (Moreno, Cfr. op. cit., nota 10, pp. 3-39)

De otro lado, se analizarán las figuras de vigencia y validez. Ferrajoli afirma, que estos son distintos. En este sentido, sostiene que “la vigencia se basa en observaciones empíricas, y la validez en valoraciones normativas” (Moreno, cfr).

Sin embargo, la profesora española Marina Gascón deja entrever las fallas que contiene este aporte al exponer que la vigencia tiene como requisito que se lleve a cabo un estudio de valoración empírica pero también una interpretación o valoración normativa ya que existen casos en los cuales el uso del análisis empírico no es tan preciso. Ahora

bien, acerca de la validez, si esta se presupone solo a criterios normativos, ¿dónde queda la discrecionalidad del juez?

Por otra parte, se difiere del concepto de universalismo que Ferrajoli brinda acerca de los derechos humanos: “la justificación ideológica de un orden mundial absolutista”. No se puede pensar en la universalización de derechos humanos, ya que se estaría pasando por encima de la evidente pluralidad cultural que existe en las sociedades contemporáneas. Incluso su forma de delimitar el concepto de ciudadanía como “el último status de privilegio y exclusión” es algo (muy) precipitada; si bien desde una óptica valorativa, la ciudadanía puede ser ese espacio donde se conglomeran los derechos y las libertades, donde se construye la emancipación del ser. (Ferrajoli, 2001: cit., nota 13, p. 854)

## 6. CONCLUSIÓN

Ferrajoli intenta esclarecer lo que es per sé la ciencia de la teoría constitucionalista y su carácter polifuncional, toda vez que valdrá para ciencia, teoría y filosofía. Todo esto bajo una rigidez lógica, o un “carácter convencional” como él mismo le llamó.

El paradigma constitucional es un modelo con muchos sesgos de imperfecciones producto de la divergencia lógica que siempre existe entre normatividad y la concretización de su consecuencia jurídica (efectividad). Entre más ambiciosas sean esas consecuencias de carácter teleológico, más extensa se hace esa brecha a la que llamamos divergencia, razón por la cual algunos autores solo hablan de grado de garantismo (mayor o menor). Únicamente es Estados con una consti-

tución normativa existe coincidencia entre la realidad política y la norma que carece de límites.

Sencillamente podemos llegar a la conclusión de que la democracia constitucional vive una crisis. “La expansión en sentido extensional del paradigma constitucional, consiste en su ampliación a la altura de todos los poderes, públicos y privados, desarrollados fuera de la esfera de los poderes estatales»(Albarrán, 2014)

El fenómeno jurídico, con una propuesta de un paradigma garantista, lo que persigue es el cubrimiento de los diversos ejes, que de manera inherente y aislada fueron tomados en cuenta por reduccionismos. (Moreno, 2007)

“El modelo garantista, en su dimensión normativa del derecho, cumple una función de limitación del poder”. Podemos ubicar este enfoque en Ferrajoli con la introducción y desarrollo del concepto de Estado de derecho, y los límites al poder (legitimación formal y legitimación sustancial).

En su dimensión teórica del derecho, se refiere a una redefinición de la ciencia jurídica, fortaleciendo el papel de los jueces; de otro lado, en su campo filosófico, toma una postura crítica y deslegitima a los ordenamientos, tomando como base atisbos de carácter moral-ético y no político como tal.

Esto, presupone una visión integral del fenómeno jurídico, lo cual nos hace una apertura sistemática hacia la continuación de la construcción de un marco lógico argumental para continuar con el entendi-

miento del fenómeno constitucional, constituyendo silogismos con salidas y sin salidas hacia lo que es la óptica del todo el pensamiento jurídico.

## REFERENCIAS

- Afonso, E. (2013) passos da teoria de kelsen rumo à construção da teoria do direito. In. *Hans kelsen: teoria jurídica e política*. Oliveira, júlio aguiar de; trivisonno, alexandre travessoni gomes (orgs.). Rio de janeiro: forense.
- Aguilera, R. (2011). Estudio preliminar. En derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre principia iuris de luigi ferrajoli (pp. 15-29). Lima: ara.
- Aguiló, J. (2012) el constitucionalismo imposible de luigi ferrajoli. Un debate sobre costitucionalismo. Monográfico revista doxa, núm. 34.
- Albarrán, I. (2014) la democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. De luigi ferrajoli, italia.
- Alemán Peñaranda, I. M. (2013). Precedente judicial y tutela: hacia un nuevo paradigma. Editorial Uniautonoma. Barranquilla, Colombia.
- Alexy, R (2005), “los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, trad. Alonso garcía figueroa, en: constitucionalismo(s), miguel carbonell, (ed.), trota.
- Álvarez, L. (2010). Los derechos y sus garantías. Revista telemática de filosofía del derecho, 13, 311-324. Aragón, m. (2013). Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la constitución. Cuestiones constitucionales, 29, 3-25.
- Bayón, J.C. (2004), “democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, seminario albert calsamiglia

- de la universidad pompeu fabra, barcelona, pp. 1-80.
- Bolaños, B. Cfr. “la estructura de las expectativas jurídicas”, en carbonell, miguel y salazar, pedro.
- Bovero, M. (2011). Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado. En derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre principia iuris de luigi ferrajoli (pp. 61-77). Lima: ara.
- Carbonell, M. Y salazar, P. (editores), (2005) garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de luigi ferrajoli, madrid, trota.
- Fayt, C. (1980) Historia del pensamiento político, volumen ii, págs. 11 y ss. Editorial plus ultra, bs as.
- Ferrajoli, L. (1997). Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho. *Doxa*, 20, 235-279
- Ferrajoli, L. (2001) La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Editorial trota. Madrid, 2014.
- Ferrajoli, L. (2004) Derecho y razón: teoría del garantismo penal, 6a edición, madrid, trota.
- Ferrajoli, L. (2006) Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia, madrid, trota.
- Ferrajoli, L. (2008). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías. En : la teoría del derecho en el paradigma constitucional / luigi ferrajoli (aut.), josep joan moreso (aut.), manuel atienza rodríguez (aut), págs. 71-116.
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. En estudios constitucionales (chile: universidad de talca), año 6(1), 337-343.
- Fioravanti, M. Constitución: de la antigüedad a nuestros días, págs. 37 y ss, editorial trota, traducida al español por manuel martínez neira, madrid.
- Gascón, M. cfr. “la teoría general del garantismo. Rasgos principales”.
- Guastini, R. cfr. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. Trotta, Madrid. Pg. 246.
- Habermas, J. Jiménez Redondo, M. (1998). Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: trota.
- Hobbes, T. 1651 (2003), leviatán, losada, argentina.
- Kant, I. (1968) principios metafísicos de la doctrina del derecho, selección, prólogo y notas de arnoldo córdoba, universidad nacional autónoma de méxico, dirección general de publicaciones, col. Nuestro clásicos, no. 33, serie filosofía, méxico
- Linares Quintana, S.V. (2001) “raíces hispánicas del constitucionalismo”, artículo publicado en la revista “foro político”, págs. 13 y ss.
- Moreno, R. (2007), “el modelo garantista de luigi ferrajoli: lineamientos generales”. Boletín mexicano de derecho comparado, nueva serie, año xl, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 825-852.
- Peña, A. (2007) Constitucionalismo y garantismo: una relación difícil. Anales de la cátedra francisco suárez, norteamérica, 41,. Disponible en: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/871/997>>.
- Prieto Sanchís, L. (2013) El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica. Editorial trota, madrid.
- Rentería, Adrián. (2003). Justicia constitucional y esfera de lo indecible en Luigi Ferrajoli. *Isonomía*, (19), 241-266.
- Rossetti, A. Ribotta, S. (2015) “los derechos sociales a la luz a la luz del ‘constitucionalismo garantista’ de luigi ferrajoli”. Lo derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria. Editorial dykinson. Sbn 978-84-9085-444-0.

- Ruíz Manero, J. (2015) Bobbio y el positivismo: la triple distinción y el propio bobbio. *Revista revus*.
- Ruíz, V. (2011) Derechos humanos y deberes. *En-claves del pensamiento*, año v, núm. 10, julio-diciembre, pp 89-103.
- Sánchez Viamonte, C. (1962) Las instituciones políticas en la historia universal, págs. 428 y ss, editorial bibliográfica omeba, bs as.
- Santiago Nino, C. (2003) Introducción al análisis del derecho. Editorial astrea, buenos aires.
- Taruffo, M. (2011). *Leyendo a ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. En derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre principia iuris de luigi ferrajoli (pp. 341-355). Lima: ara.
- Torres Ávila, J. (2017) La teoría del garantismo: poder y constitución en el estado contemporáneo. *Revista de derecho, universidad del norte*, 47: 138-166. issn: 0121-8697 (impreso) • issn: 2145-9355 (online)
- Viana, R. cfr. *Teoria das normas em kelsen*.
- Zagrebelsky, G. (1992) *el derecho dúctil*, trota, madrid.