

IMPLICACIONES TEÓRICAS DE LA SEPARACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS JURÍDICAS

por Wilson de los Reyes Aragón*

RESUMEN

Los derechos fundamentales vistos desde la propuesta realizada por la teoría garantista, desde su contrastación con las teorías del derecho sobre vigencia y validez. El problema de la eficacia como condicionante de la vigencia y/o validez de la norma. Responsabilidades políticas y morales que surgen para la legislación y la jurisdicción desde su papel de garantes de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, Vigencia, Validez, eficacia, garantías, legislación, jurisdicción.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Definición de derecho fundamental. La relación entre la validez y la garantía según la propuesta de Luigi Ferrajoli. 3. Precisiones teóricas entre el concepto de derecho subjetivo y la correlación entre derechos y deberes. El problema de las garantías primarias y secundarias. 4. Responsabilidades a causa de la estructura de los derechos fundamentales. Retos a la legislación y a la jurisdicción. 5. Conclusión. 6. Asuntos pendientes. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

De acuerdo con Bobbio, la apuesta de Ferrajoli “es alta” y consiste en la “construcción de las paredes maestras del estado de derechos que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder”¹.

Este es el objetivo principal que, entiendo, se persigue con la teoría garantista de los derechos fundamentales, en tanto se concibe al Derecho como un invento ideado para el beneficio de las personas, y no como un conjunto de reglas independiente en absoluto de la realidad. No es un mundo totalmente empírico ni tampoco totalmente práctico. Es una mezcla de ambos, en la cual la teoría o los principios tienen la labor de mostrar “el mejor camino hacia un futuro mejor” (Dworkin, 1988: 290), y la práctica tiene la importante labor de “falsear”² los postulados de la teoría, a fin de que aquella pueda perfeccionarse.

Al ser los derechos fundamentales uno de los puntos de convergencia entre el derecho, la moral y la política, están llamados a ser el lenguaje en el cual la teoría y la práctica se comunican entre sí, y en este sentido, la teoría del garantismo sobre los derechos fundamentales brinda oportunidades valiosas, por la noción de validez que proponen para las normas jurídicas y el papel

* Licenciado en Derecho. Abogado. Becario de la Fundación Carolina – Universidad del Norte. Estudiante doctorado en Derecho: Programa Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Prólogo de Norberto Bobbio a la obra “Derecho y Razón” (Ferrajoli, 2004: 13).

² Entiendo el término “falsación” en referencia al modelo de Popper (Ver Pérez Luño, 2003: 580).

amplificado (no sólo jurídico) que cumplen las garantías al estar desligadas la vigencia y la eficacia de las normas sobre derechos fundamentales.

El presente trabajo intentará entonces lograr una definición y explicación de ciertos conceptos de la teoría del derecho que resultan relevantes para la comprensión de las posturas garantistas sobre derechos fundamentales (entre las cuales se encuentran vigencia, validez, eficacia, derecho subjetivo y deber jurídico).

Tales definiciones importan en la medida en que las relaciones entre derecho, moral y política surgen a partir de las nociones que de los anteriores términos se tengan, ya que las consecuencias que se desprenden para los distintos integrantes del sistema jurídico (los sujetos de derecho, la legislación y la jurisdicción) variarán de acuerdo con los alcances que tengan los conceptos anteriormente reseñados.

Sobre las obligaciones que surgen, que son variadas y con distintos destinatarios, intentaré esbozar de forma breve cuáles serían sus características generales, sobre todo desde la política y la moral, señalando algunos de los riesgos que se corren en el desarrollo de las mismas.

Finalmente, más que la exposición de unas conclusiones, anotaré una breve opinión sobre el planteamiento del garantismo, sobre todo a partir de las responsabilidades políticas y morales para la legislación y la jurisdicción, así como una lluvia de ideas sobre ciertos aspectos que están relacionados con el contenido del presente trabajo.

2. DEFINICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL. LA RELACIÓN ENTRE LA VALIDEZ Y LA GARANTÍA SEGÚN LA PROPUESTA DE LUIGI FERRAJOLI.

En este capítulo abordaré la relación entre los derechos fundamentales y sus garantías desde el punto de vista de la relevancia que ellas tienen para la existencia de un derecho, y por tanto, respecto del juicio que sobre la validez y la eficiencia pueda hacerse a tal derecho fundamental. Para ello, tomaré como punto de partida la definición realizada por Ferrajoli en su ensayo “Los Derechos Fundamentales”, de cuyo texto se deriva el tema del presente escrito.

Los derechos fundamentales se entienden, según esta propuesta, como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndolo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita por una norma jurídica” (Ferrajoli, 1998: 26)³.

³ Por considerarlo mejor desde el punto de vista metodológico, el análisis sobre la definición consignada en este párrafo, se dejará para el capítulo 3, dadas las consecuencias que se desprenden del hecho de definir a un derecho fundamental desde el término “derecho subjetivo”.

Por su parte, una “garantía” se definirá como aquellos deberes que existen respecto de los derechos, con el fin de satisfacerlos. Así, habrá garantías “primarias” y “secundarias”, consistiendo aquellas en “obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)” respecto de un derecho, y éstas en la obligación de “reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias” (Ferrajoli, 1998: 26).

De las definiciones anteriormente consignadas, salta a la vista la evidente, y para nada novedosa, relación que se le otorga desde la teoría del derecho a las garantías como herramientas de eficacia de un derecho. Sin embargo, las consecuencias que se desprenden de las diferentes posibilidades de relación entre garantías y los contenidos de los derechos diferirán de otras propuestas doctrinarias, siendo este el objetivo del análisis que se realiza a los derechos fundamentales desde esta propuesta garantista.

2.1. La existencia de las normas jurídicas.

Alchourrón y Bulygin afirman que la existencia de las normas jurídicas no es un término pacífico al interior de la teoría del derecho, y proponen una clasificación de cuatro conceptos de existencia, a saber: a) existencia como vigencia, b) existencia como pertenencia, c) existencia como validez normativa y, finalmente, d) existencia como formulación (2000: 136). Independientemente de las diferencias puntuales, entre los cuatro modelos anotados me interesa separarlos en dos grandes grupos. El primero de ellos (a, b y d) se caracteriza por asignar a la existencia un carácter netamente formal, no valorativo, en la medida en que las normas existirán (por unos u otros motivos) siempre que se hayan producido de acuerdo con unos requisitos formales previstos en el ordenamiento jurídico y que se reconozcan (para el presente o para un futuro cercano) por parte de los sujetos de derecho a los cuales está dirigida. El segundo grupo, compuesto únicamente por la clasificación c), se caracteriza por asignar un carácter prescriptivo a la existencia de una norma jurídica, es decir, que “existe cuando es obligatoria, es decir, cuando el o los destinatarios tienen el deber de cumplirla” (Alchourrón y Bulygin, 2000: 138).

En la medida en que sean formales o prescriptivos, los requisitos para configurar la existencia de la norma jurídica implican un análisis valorativo o no del contenido de la misma norma. Así, mientras los requisitos impuestos a una norma jurídica para considerarla existente sean únicamente de tipo formal o descriptivo, se constatará una necesaria distinción entre la norma y su contenido, por lo que los términos vigencia y validez pueden no coincidir como características de una norma concreta. Por el contrario, en la medida en que se exija un requisito de carácter prescriptivo para la existencia de la norma jurídica, se está realizando una valoración de la misma (siendo el realismo jurídico⁴ y el iusnaturalismo *ontológico*⁵ los dos extremos de la medida axiológica para cotejar) condicionando la existencia a la validez, dando lugar a

⁴ Liborio Hierro (2000: 77-85)

⁵ Peces-Barba, De Asís y Fernández afirman que el iusnaturalismo [ontológico] es aquel que “defiende la existencia de un Derecho distinto al Derecho positivo, anterior y superior a él y que prevalece en caso de conflicto con el mismo” (2000: 297 - 298).

juicios axiológicos que van desde el “formalismo ético” hasta el “iusnaturalismo” (Serrano, 1999: 36–39).

Este asunto de la validez normativa es muy importante para la teoría que se estudia en este trabajo. Sin embargo, también relacionado con la existencia de la norma, se encuentra el problema de la eficacia, en tanto hay planteamientos desde los cuales ella (la eficacia) incide en la existencia de la norma jurídica.

2.2. La eficacia de las normas jurídicas.

Cuando Kelsen (1980: 145) afirma que “la norma legal según la cual el juez debe castigar al ladrón es efectiva sólo si el juez castiga realmente al ladrón”, hacía referencia al problema de la relación entre la existencia y la eficacia. Dicho de otra forma, si una norma no puede ser aplicable en la práctica, ¿sigue vigente? Ese es el interrogante que intentaré abordar en este apartado.

Para Alchourrón y Buligyn (2000: 136), las posiciones teóricas que identifican la existencia normativa con la vigencia parten de la distinción entre las normas reales y las que son “meramente pensadas o imaginadas”, lo que significa que la “existencia real o fáctica consiste en que la norma está en vigor, es decir, es de hecho usada, obedecida, aplicada o reconocida si no por todos, al menos por una parte importante de los integrantes del grupo social en cuestión”.

A renglón seguido, manifiestan que la denominada “existencia fáctica” es identificable en la obra de Kelsen al término “eficacia”. Esto quiere decir que para este autor, una norma que no es “eficaz” deviene, de una u otra forma, en “inexistente”⁶. En el mismo sentido se expresa Navarro (2000: 211), al afirmar que “la eficacia de las normas jurídicas es uno de los principales criterios para distinguir entre sistemas jurídicos ‘existentes’ (vigentes) y sistemas ‘inexistentes’, por ejemplo, sistemas jurídicos que han tenido vigencia en el pasado o de sistemas jurídicos ‘ideales’ conformes a alguna pauta específica de moralidad”, y termina su argumento de la relación de dependencia de la existencia respecto de la eficacia mediante el recurso al “Principio de Eficacia” de Raz, que anuncia de la siguiente forma: “*la eficacia de las normas de un sistema Sj es una condición necesaria de la existencia de Sj*” (Navarro, 2000: 211).

A *contrario sensu*, para el iusnaturalismo ontológico⁷ la eficacia normativa no es condición necesaria de la existencia de la norma, en tanto Norma jurídica será aquella acorde con el Derecho Natural, que es en sí el

⁶ Para Serrano (1999: 23), la teoría de Kelsen acerca de la validez normativa resulta independiente de la “eficacia” de la misma, lo que evidencia una contradicción con lo expuesto por Alchourrón y Buligyn (citado *supra*), además de con su propia obra en la cual se expone que el positivismo (defendido por antonomasia por Kelsen) no escinde la validez de al menos un grado mínimo de eficacia, mientras que la postura garantista defendida por dicho autor sí lo hace. Igualmente, Serrano se distancia de lo expuesto por Pablo Navarro (2000: 210)

⁷ Tomando a su vertiente deontológica no como “Derecho sino [como] ética jurídica, que no es natural (en el sentido de no cambiante) sino histórico” (Fernández, 2000: 60).

verdadero derecho, y que legitima el derecho positivo, que debe ser su reflejo, como se desprende de la locución según la cual una norma positiva que no esté de acuerdo con el derecho natural *non est lex, sed corruptio legis*.

Finalmente, de acuerdo con Ferrajoli, la ineficacia de una norma jurídica no afecta su existencia, en la medida en que la vigencia únicamente se considera desde la pertenencia a un ordenamiento. La eficacia, y específicamente para el caso de las normas sobre derechos fundamentales, está relacionada con el cumplimiento de la norma, pero no dice nada respecto de la existencia del derecho como tal (en cuanto a su contenido), sino en cuanto a la inexistencia de la garantía de su cumplimiento. Así, la ineficacia de una norma estará relacionada como una falla respecto de las garantías primarias (que afectarían la eficacia de cumplimiento) y/o de las garantías secundarias (que afectarían la eficacia de sanción)⁸.

Hasta este momento, entonces, se puede resumir la relación entre vigencia y efectividad desde dos grandes grupos, a saber: los que consideran la eficacia como requisito de la vigencia (de la norma o de ordenamiento), entre quienes se encuentran positivistas y realistas, y quienes consideran que la eficacia no afecta la vigencia de una norma jurídica, como lo son los iusnaturalistas (en tanto el derecho válido es una deducción de la moral) y los garantistas (en tanto que la eficacia es un problema que afecta las garantías del derecho, y no al derecho mismo).

2.3. La validez de las normas jurídicas.

Este, el de la validez, es un aspecto central para este trabajo, puesto que la aplicabilidad de las normas jurídicas (y su relación con la eficacia) redunda en la posibilidad de aplicación de ciertas normas así hayan sido ineficaces hasta ese momento, según la propuesta de Ferrajoli que analizo. Por este motivo, expondré las posiciones más generales y luego anotaré la propuesta de validez realizada por el garantismo.

Preliminarmente, hay que decir que, al igual que existencia y eficacia, la validez es un término cuya definición no es para nada pacífico, al ser colocada (la validez) dentro de un espectro que va desde su identificación con la existencia hasta su identificación con la eficacia.

Para Serrano (1999: 24), “una norma determinada es válida cuando además de cumplir las condiciones formales de procedimiento y competencia, es decir, cuando además de estar vigente, cumple otras condiciones de validez sustancial que se refieren a su sentido, a su significado coherente con reglas de rango superior o con reglas del mismo rango y posteriores en el tiempo”. Como se puede observar a partir de esta afirmación, la condición de validez de una norma guarda relación con la legitimidad de la misma, y con la cuestión del grado de importancia que a ella se le dé. Desde esta perspectiva, se asume que la validez tiene que ver con la obligatoriedad de la norma, con la suficiencia

⁸ El tema de las garantías primarias y secundarias (Ferrajoli, 1998: 45-52) se comentará posteriormente. La clasificación de la eficacia en “de cumplimiento” y “de sanción” se puede ver en Serrano (1999: 21-22).

o insuficiencia de legitimidad de la cual esté dotada, que es lo que, al final, determina la obligación de cumplirla.

Ahora bien, los parámetros para considerar una norma como válida son los que varían de acuerdo con diferentes posiciones doctrinales. Así, para unos será únicamente formal (identificándolo con la vigencia) y para el otro extremo será totalmente independiente de la existencia de la norma, dando origen a diferentes condiciones para los juicios de validez, ya sean exclusivamente jurídicos, o un juicio estrictamente moral.

Se tomará la clasificación que Serrano propone para “armar el concepto de validez”, a partir de las distintas escuelas jurídicas, así: “iusnaturalismo, formalismo ético, realismo jurídico, positivismo legalista” y finalmente, la posición que el propio Serrano defenderá, el “garantismo” (1999: 36 – 50).

Para el “iusnaturalismo”⁹, la validez se identificará con la justicia, con lo cual una norma del derecho positivo sólo sería aplicable en la medida en que sea compatible con los cánones establecidos en el derecho natural. Para el “formalismo ético”, por el contrario, no puede hallarse más justicia en una norma jurídica que la que está determinada por el hecho mismo de su validez, esto es, mientras una norma esté vigente (exista), será válida, sin mayores consideraciones, puesto que cualquier pretensión de atribuirle una justicia “objetiva” se encuentra más allá de las orillas del derecho positivo.

En el “realismo jurídico”, la validez se identificará con la eficacia que pueda tener la norma, y a su vez la existencia de la norma también se subsumirá en la eficacia, puesto que sólo las normas que efectivamente se cumplen serán aquellas que harán parte del ordenamiento jurídico. En todo caso, no debe confundirse esta postura con la del “formalismo ético”, puesto que el realismo no se preocupa tanto por los mecanismos de expedición normativa, sino a la práctica constante de la misma una vez se ha expedido.

El “positivismo legalista” propondrá la validez como sinónimo de pertenencia a un ordenamiento, es decir, en la medida en que ellas se incorporen a un ordenamiento serán válidas y, por lo tanto, su contenido será aplicable. Esto, en todo caso, no puede interpretarse como un “formalismo ético”, puesto que dicha pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir, su existencia, no determina la “justicia” de dicha norma, como lo asume el formalismo ético. Aquí el listón de justicia en la norma se coloca un poco más alto, puesto que destaca la posibilidad de que una norma sea injusta, no obstante estar vigente y, por tanto, ser aplicable. Esta situación de vigencia de una norma injusta impide que un aplicador común del ordenamiento invalide dicha norma a pesar de su manifiesta injusticia, por lo que dicha posibilidad queda en manos únicamente de una autoridad que haya sido competente para la expedición de normas, a través de su derogación, y mediante un procedimiento definido para ello. En concreto, se niega la posibilidad que se inaplique la ley vigente apelando a criterios de justicia material en un caso

⁹ Está claro que fundamentalmente para el ontológico, según la nota 5 *supra*.

concreto, por lo que el peligro que acarrea su uso extremo es un deliberado formalismo al costo de la injusticia.

Finalmente, al defender el modelo garantista de la validez normativa, Serrano plantea que la validez de una norma en concreto debe analizarse no solo desde la perspectiva de su pertenencia a un ordenamiento, ni de su alineación a ciertos postulados extrajurídicos de carácter moral o de eficacia, según el caso. Lo que vendría a confirmar la validez o no de las normas jurídicas según esta postura sería la confluencia de la existencia de la norma (es decir, su vigencia como pertenencia a un ordenamiento jurídico) y la concordancia de la misma con los contenidos de las normas superiores de dicho ordenamiento jurídico, es decir, de todas aquellas normas que jerárquicamente se encuentren por encima de aquella cuya validez se examina.

La diferencia con las otras posturas que se han enunciado anteriormente radica en que la concordancia con el resto del ordenamiento jurídico (el requisito kelseniano de coherencia) supone la existencia (vigencia) de dichas normas superiores, pero no las encorseta dentro de una forma específica (lo que la separa del positivismo legalista), ni tampoco exige su eficacia (lo que la separa del realismo jurídico), y tampoco exige su adecuación a un cierto criterio determinado y fijo de justicia (lo que la separa del iusnaturalismo ontológico).

De lo escrito anteriormente se concluye que el juicio de validez para el garantismo, aunque tiene aspectos descriptivos (en cuanto parte de la pertenencia de la norma a un sistema jurídico), es básicamente un juicio de carácter prescriptivo, con lo que los resultados son de grados y no en términos de verdad o falsedad. Por este motivo, el peligro que comporta el uso extremo de esta postura es la inseguridad jurídica por un casuismo sin límites.

2.4. Validez y garantías a los derechos fundamentales.

En tanto la validez alude al problema de la aplicabilidad de la norma, desde la perspectiva planteada por el garantismo cabe la posibilidad (excluida en el positivismo legalista¹⁰) de que una norma sea inaplicable a pesar de ser existente, en tanto contraría de manera general o en un caso concreto los contenidos de las disposiciones superiores del ordenamiento. Igualmente, contempla la posibilidad de que una norma sea aplicable a pesar de ser ineficaz, esto es, a pesar de que en la práctica encuentre obstáculos para su materialización.

Por su parte, la definición de derecho fundamental brindada por Ferrajoli, y transcrita al principio de este capítulo, exige la vigencia de las normas que los contengan, ya que según este autor “son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico” (Ferrajoli, 1998: 20), es decir, únicamente

¹⁰ Se excluyen los modelos del iusnaturalismo y del formalismo ético contemplados en el apartado 2.3. por considerar que carece de interés real el problema de la validez en la disyuntiva de justicia y seguridad jurídica, que sólo pueden dimensionarse realmente desde la aceptación de algún grado de separación de la moral y el derecho, y no como la subsunción de uno en otro.

pueden ser considerados como derechos fundamentales aquellos que efectivamente existan dentro de un ordenamiento jurídico.

La relación entonces entre validez y las garantías a los derechos fundamentales, viene dada por la posibilidad de que los contenidos de los derechos fundamentales se identifiquen con los principios y “determinaciones existentes en los niveles superiores del ordenamiento”¹¹, con lo cual ellos (los derechos fundamentales de un ordenamiento concreto) jugarían un papel protagónico en la solución brindada a los juicios de validez que se realicen en casos concretos.

La identificación de los derechos fundamentales con los contenidos de las normas ubicadas en la cima del ordenamiento jurídico se hace evidente cuando se menciona que ellos “incorporan valores previos y más importantes que los de la democracia política”, cuyo contenido está “supraordenado a los poderes públicos como parámetros de validez de su ejercicio”, por lo que “los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos [...] tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado” (1998: 35)¹².

De hecho, para Ferrajoli, los derechos fundamentales se convierten en uno de los factores determinantes de la “democracia sustancial”¹³, puesto que en ésta se produce una disociación entre las nociones de “vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre la weberiana ‘racionalidad formal’ y ‘racionalidad material’” (Ferrajoli, 1998:, 37).

Para finalizar este planteamiento, el citado autor plantea que los derechos fundamentales que se encuentran en las constituciones (con lo cual queda plasmado su carácter de encontrarse en la cima de un ordenamiento jurídico dado) “operan como fuentes de invalidación y deslegitimación” de dicho ordenamiento. Así, se establece una relación importante entre los derechos fundamentales y la noción de validez (entendido como un juicio prescriptivo o

¹¹ Serrano, 1999: 51.

¹² Resulta interesante el hecho de que el propio Ferrajoli manifieste que su definición de “derechos fundamentales” es “ideológicamente neutral” (“Los derechos fundamentales, 1998: 21), puesto que desde la definición argumenta que son derechos “universales” y luego en su obra se expresa a favor de determinadas posiciones respecto de los mismos que hacen dudar de su expresión precedente. Todo eso viene reforzado por la posición de Manuel Atienza, para quien una teoría “no podría tener un carácter pura o esencialmente formal, sino que tendría necesariamente que incorporar contenidos de naturaleza política y moral” (2000: 237), característica a la cual no escapa tampoco la teoría de Ferrajoli.

¹³ Se hace una diferenciación entre “democracia formal”, definida como aquella que se centra en un mecanismo de toma de decisiones, sin mayores miramientos ni límites a la voluntad y decisiones de la mayoría, y la “democracia sustancial” al someterla a principios axiológicos que van más allá de la exclusiva soberanía de la mayoría, al subordinarla a los preceptos que determinen “lo que es lícito decidir y a lo que es lícito no decidir” (Ver Ferrajoli, 1998: 37). Al mencionar esto, se abre una puerta a la discusión de si la democracia es algo más que un procedimiento, y si es así, cuáles son los límites del procedimiento y cuáles los del ámbito axiológico de la democracia. Todo ello, obviamente, está relacionado con las relaciones existentes entre el poder y el derecho.

normativo), por una parte, y entre los derechos fundamentales y la política por la otra.

En cuanto interesa a este capítulo, se hará referencia solo a la relación entre los derechos fundamentales y la noción de validez, puesto que de ella se desprenden dos situaciones interesantes para el tema de las garantías jurídicas a los derechos. La primera de ellas es que se posibilita al intérprete del ordenamiento jurídico a inaplicar cierta norma si encuentra que es inválida para un caso concreto (o de manera general si tiene la competencia para ello), otorgando así una mayor eficacia a dichos principios superiores, así sea por la vía negativa, al condicionar la aplicabilidad de las normas de derecho vigentes. La segunda situación que se presenta es que al darle valor preponderante a los contenidos de las normas superiores, así sean verificablemente ineficaces en la práctica, deberán ser aplicados en situaciones concretas (no solo por vía de sustanciación o justificación de un proceder concreto), planteándole retos a la legislación y a la jurisdicción.

En cuanto a las garantías jurídicas, vistas estas como deberes necesarios para la satisfacción de un derecho¹⁴, la diferenciación entre vigencia (juicio descriptivo) y validez (juicio prescriptivo) representa, como se anotó en el párrafo anterior, una gran ventaja, puesto que permite la materialización del derecho, así sea por la vía negativa de deslegitimar o determinar la inaplicabilidad de una norma inferior. Aquí se apela básicamente al requisito de coherencia en el ordenamiento jurídico, según el cual no es posible que una norma inferior contradiga lo expresado en una norma superior. Esto es, permite que las normas superiores irradian en la práctica el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Desde la clasificación de las garantías de los derechos fundamentales en primarias (prohibición de lesión y/u obligación de prestación) y secundarias (obligación de sanción por la violación de las garantías primarias)¹⁵, está claro que la relación entre el juicio de validez y los derechos fundamentales se corresponde con las garantías primarias a los mismos, puesto que de esta manera se impide que se apliquen normas que resulten contrarias a sus contenidos, prohibiendo así la lesión de su contenido por parte de otros textos normativos de menor jerarquía.

Igualmente, al aceptar que el juicio de validez es distinto de los juicios de vigencia y de eficacia, como se ha expresado en los apartados anteriores, se posibilita que el contenido de un derecho fundamental siga siendo un factor determinante de la validez, a pesar de encontrar dificultades para su eficacia, por lo que dicho contenido no podría ser desestimado con base en la falta de la misma, tomándose distancia entonces de lo expuesto por Kelsen (Navarro, 2000: 215).

Sin embargo, esta relación entre los derechos fundamentales y el no condicionamiento de su existencia a su eficacia, así como la posibilidad de influir en tanto normas superiores en la validez de las inferiores del

¹⁴ Ver el inicio de capítulo 2.

¹⁵ Ferrajoli, *supra*. Cap. 2.

ordenamiento jurídico genera problemas en el momento en el que se presente la necesidad de garantizar primariamente mediante la obligación de prestación, y las garantías secundarias derivadas de la obligación de sanción por la violación de dicha obligación de prestación, o incluso de las derivadas por la prohibición de lesión de los derechos fundamentales en algunos casos.

Las garantías primarias consistentes en la obligación de prestación respecto de los contenidos de los derechos fundamentales presentan problemas en la situación de escasez de medios para la satisfacción de los mismos, lo cual ha sido ampliamente discutido sobre todo en relación con los llamados derechos sociales, aunque dicha escasez de medios vale también para los llamados derechos de libertad o primera generación, puesto que el debido proceso, por ejemplo, (clásico derecho de primera generación indiscutible ya en los catálogos de derechos)¹⁶ no puede realizarse cabalmente sin la disponibilidad de instituciones y medios necesarios para la agilización de los trámites y la defensa técnica, así como la práctica de pruebas y prudente celeridad en la resolución de los procesos judiciales, por mencionar solo algunos aspectos.

Por su parte, las garantías secundarias relacionadas con la sanción de la violación de las garantías primarias, en tanto dichas garantías primarias correspondan a obligaciones de prestación sobre derechos contemplados únicamente en normas ineficaces, aunque existentes, generan el interrogante de cómo y sobre todo a quién se puede sancionar por incumplir con dichas prestaciones, puesto que no se ha atribuido una responsabilidad específica a cumplir a ninguna autoridad o a un particular que pudiera ser sancionado por dicha causa, por lo que la garantía quedaría, paradójicamente “contagiada” de alguna forma por la ineficacia de la norma que pretende proteger.

Esta última posibilidad se relaciona con el tema de los derechos subjetivos y las garantías de los mismos, lo cual es relevante si se toma en cuenta que la definición que da Ferrajoli (1998: 19) para derechos fundamentales parte de su identificación como derechos subjetivos. Así, el escenario en el cual los derechos subjetivos (o sus efectos que sean consistentes con prestaciones) sean garantizados de manera primaria y secundaria no estaría condicionada, según esta teoría, por la muy probable escasez de medios para su satisfacción, e incluso con la probable indeterminación del(los) sujeto(s) de derecho encargado(s) de tal labor.

En conclusión, puede decirse que, desde la propuesta de definición de Ferrajoli, la relación entre un derecho fundamental y su garantía pasa por el tema del papel protagónico que tiene el contenido del mismo como determinante de la validez de las normas colocadas en planos inferiores del ordenamiento jurídico, esto es, de forma negativa, por la vía de confrontación de los contenidos de la norma inferior y la norma superior, contentiva de los derechos fundamentales. También genera una responsabilidad de un deber subjetivo (jurídico, político y moral), que plantea retos, como se anotó, a la

¹⁶ Arts. 7 a 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, Art. 17 de la Constitución Española, entre otros textos normativos.

legislación y a la jurisdicción, en tanto deben colmar las lagunas y corregir las antinomias que producen en el ordenamiento la existencia de las normas contentivas de derechos fundamentales que tienen problemas de falta de eficacia (Ferrajoli, 1998: 26).

3. PRECISIONES TEÓRICAS ENTRE EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y LA CORRELACIÓN ENTRE DERECHOS Y DEBERES. EL PROBLEMA DE LAS GARANTÍAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS.

3.1. Deberes, derechos y su estructura.

Una de las consecuencias del principio de eficacia es que asegura que las normas jurídicas van a tener un efecto en la práctica, bien porque los individuos acatan la norma por convicción o temor a la sanción, o bien porque las autoridades aplican las sanciones correspondientes una vez se produce su inobservancia¹⁷.

Según la definición que se viene trabajando en este escrito, un derecho fundamental es un derecho subjetivo cuyo contenido es válido aún a pesar de no ser eficaz (aunque está llamado a serlo) en razón de su propia sustancia, en tanto no está dirigido a la sociedad en tanto destinataria del derecho (que es la forma que los contiene) sino en tanto titulares de los mismos, por lo cual no es posible decidir sobre ellos y se constituyen en un límite a la democracia (Ferrajoli, 1998: 37 – 40).

En virtud de lo anterior, los derechos fundamentales se configuran como derechos objetivamente establecidos desde la cúspide del ordenamiento jurídico directamente a las personas que se rigen por el mismo, adquiriendo en tanto titulares, el derecho subjetivo a reclamarlos en la práctica.

Ahora bien, en qué sentido puede ser exigido un derecho fundamental en tanto derecho subjetivo (en la noción tradicional que se tiene del mismo) es lo que, como se anunciaba en el capítulo anterior, plantea retos tanto a la legislación como a la jurisdicción, dada la naturaleza misma de las prestaciones que se desprenderían de tales contenidos. En últimas, establecer si se trata de derechos subjetivos en el sentido “moral” o en el sentido “jurídico”, o en algún punto intermedio entre ellos¹⁸.

En términos generales, según la teoría de Hohfeld, “decir que A tiene un derecho significa que B tiene una obligación activa o pasiva” (De Páramo, 2000: 376). Por otra parte, Ferrajoli sostiene que la naturaleza del derecho fundamental, en tanto derecho subjetivo, no sigue el criterio general de que hay otro sujeto que obtenga de dicho texto una obligación correlativa, puesto que el derecho fundamental tiene una estructura diferente de un “derecho patrimonial” (1998: 29 – 35).

¹⁷ En este sentido, ver Navarro (2000: 210) y Serrano (1999: 20 – 22).

¹⁸ En este sentido, ver De Páramo (2000: 367 – 368) y Kant (2005: 54 – 57).

Resumidamente, su exposición en cuanto a que los derechos fundamentales se diferencian de los patrimoniales en cuatro aspectos, se puede presentar de la siguiente forma:

a) *Los derechos fundamentales son universales, a diferencia de los patrimoniales que son singulares, puesto que para cada uno de ellos existe un titular determinado.* Lo que supone esta idea es que los derechos subjetivos, de propiedad por ejemplo, que surgen en cuanto a la posibilidad de acceder a ella es universal, mientras que los que surgen una vez se ha accedido a ella sí son exclusivos de una persona o un patrimonio específico con base en la propiedad concreta que se tiene sobre un objeto igualmente determinado y único. Para este autor, incluso los derechos sociales son igualmente universales, así haya condicionamientos para su disfrute, en la medida en que la posibilidad de su ejercicio o el acceso a condiciones para su disfrute dependen de ciertas circunstancias concretas del titular, lo cual no le quita la titularidad, sino que únicamente condiciona el ejercicio, como podría desprenderse de las obligaciones que están sujetas a condición o plazo en el derecho civil tradicional.

b) *Los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, a diferencia de los patrimoniales, que tendrían características opuestas.* Una clave que da Ferrajoli para distinguir, según este criterio, unos derechos de los otros es su vocación de acumulabilidad. No se puede, dice, ser más o menos libre, pero sí más rico o más pobre patrimonialmente. Esta condición implica, según esta teoría, que los derechos fundamentales están por fuera del mercado, siendo indisponibles por activa porque su titular no los puede enajenar, e indisponibles por pasiva porque no son expropiables o limitables por otros sujetos de derecho. Esta condición supone entonces no sólo un límite a las relaciones patrimoniales entre sujetos de derecho, sino también una limitación en las relaciones políticas entre los individuos, puesto que al ser inalienables, se incluye, como es evidente, al Estado mismo. Así, no sólo se habla del mercado en su dimensión económica y jurídica, sino también política, estableciéndose un límite a la llamada “democracia formal” (en tanto procedimiento para tomar decisiones) a favor de la relación entre los derechos fundamentales y la democracia “sustancial” (entendida entonces como aquella democracia para la cual no solo basta con la voluntad de la mayoría, sino que aquella voluntad no viole ciertos valores y principios determinados previamente a través de, por ejemplo, la Constitución)¹⁹.

c) *Mientras los derechos fundamentales son normas en sí mismos, los patrimoniales están predispuestos por normas, son una derivación hipotética de una norma que los crea.* Esto resulta importante porque la estructura de los derechos fundamentales será entonces de normas *erga omnes*, mientras que las patrimoniales serán normas de permiso. Esta estructura deviene en que los

¹⁹ El que se puedan colocar límites al procedimiento democrático en cuanto a lo que se puede y lo que no se puede dejar al imperio de la voluntad de la mayoría es un tema recurrente en toda esta teoría sobre los derechos fundamentales, con implicaciones jurídicas, como es natural, pero con implicaciones políticas de acaso mayor relevancia en cuanto asignan deberes y responsabilidades.

derechos patrimoniales provocan situaciones de derecho subjetivo cuando se ejercen, del tipo de los contratos, mientras que los derechos fundamentales se ejercen por el mero comportamiento, sin necesitarse otro sujeto jurídico que reciba las consecuencias jurídicas de tal ejercicio. La explicación a lo anterior vendría dada por la titularidad, en la medida en que la titularidad sobre un derecho patrimonial se adquiriría mediante el ejercicio de un acto con esa consecuencia jurídica, por ejemplo, un contrato (a título oneroso o gratuito), mientras que la titularidad de un derecho fundamental estaría condicionada únicamente a la existencia de la persona²⁰. El efecto de esto es que mientras la adquisición de un derecho por vía contractual deriva la automática generación de un deber correlativo que afecta el patrimonio de otro sujeto de derecho (incluyendo aquí al Estado), la adquisición de un derecho fundamental no está sujeto a este requisito, por lo que no se produce un deber jurídico subjetivo correlativo como reflejo de dicha titularidad sobre un derecho (en este caso fundamental). Así, queda la interrogante de qué tipo de deber subjetivo se desprende de la titularidad sobre los derechos fundamentales, si es que se produce alguno, y si ese deber subjetivo es de tipo moral, jurídico, político o un punto intermedio entre estas tres dimensiones.

d) *Los derechos patrimoniales son horizontales, los fundamentales son también verticales.* Esto por referencia a los sujetos que intervienen en su ejercicio. Los derechos fundamentales son simultáneamente horizontales y verticales, al asignar simultáneamente obligaciones para los sujetos de derecho y para el Estado. La violación de los derechos fundamentales, en consecuencia, afecta la validez de las normas y decisiones públicas en tanto condición de carácter formal en razón de su jerarquía normativa, así como la legitimidad del poder público, en tanto condición política y axiológica del orden jurídico al cual la autoridad está sometida. Según esta característica, se generan responsabilidades tanto jurídicas como políticas a los individuos sujetos al ordenamiento jurídico que les otorga la titularidad de un derecho fundamental específico y al Estado en el cual el mismo tiene vigencia.

En razón de las cuatro características anteriores, lo que diferencia un derecho fundamental de cualquier otro derecho subjetivo es una estructura especial que le da unas consecuencias igualmente especiales y que justificarían la independencia de las garantías cuando éstas se entiendan como una asignación de un deber subjetivo de carácter jurídico nacida de un acto de carácter contractual, es decir, derivado de una norma objetiva que facultara la realización de actos jurídicos particulares entre los sujetos de derecho.

El panorama indicado anteriormente, en cuanto la diferenciación de los deberes subjetivos que surgen de un derecho fundamental y de un derecho "patrimonial" va, como se observa, por un camino distinto a la "costumbre jurídica" de incluir a los derechos en el patrimonio de su titular, lo cual es un paradigma del derecho civil, al punto de que la gran mayoría de las legislaciones incluyen los derechos subjetivos exigibles jurídicamente aún dentro de los bienes transmisibles por vía de sucesión por muerte. Puede

²⁰ En estricto sentido, según la definición de Ferrajoli para derechos fundamentales, sería en cuanto "personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar", de acuerdo con el tipo de derecho de que se esté hablando.

decirse, en este sentido, que este paradigma de derecho subjetivo se identifica con los planteados por Kant (1797), Kelsen (1935) o Hohfeld (1968), según los cuales siempre existe una correlación entre el derecho subjetivo y una obligación jurídica que le es reflejo.

La simplificación del derecho subjetivo a ser el reflejo de un deber subjetivo atribuible a un sujeto de derecho puede derivar en la concesión de “prioridad de los deberes sobre los derechos. Los deberes podrían tener no sólo prioridad lógica sino axiológica sobre los derechos” (De Páramo, 2000: 376). Por el contrario, la idea que se expone de derecho fundamental como un derecho subjetivo que sintetiza una pretensión axiológica atribuida de forma universal por su condición de necesaria, implica una noción de derecho subjetivo que va más allá de la limitación que supone atarlo a la atribución normativa de una responsabilidad jurídica exigible.

Con lo expresado no se pretende desprestigiar la importancia de la exigibilidad de un derecho para su realización material (eficacia), sino todo lo contrario, es decir ampliar, sus posibilidades desde la perspectiva de la clasificación de las garantías en primarias y secundarias.

3.2. Las garantías primarias y secundarias.

El tema de las garantías a los derechos fundamentales es un asunto complejo e influenciado siempre por posiciones que trascienden lo estrictamente jurídico²¹. Ferrajoli propuso una noción de garantía con base en dos principios, a saber: a) legalidad, según el cual las garantías de los derechos fundamentales²² se erigen como una obligación a los poderes públicos cuya satisfacción no estará, de esta forma, abandonada a su arbitrio y, b) jurisdiccionalidad, según el cual *todas* las violaciones a los derechos fundamentales puedan ser “accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación por acción u omisión” (2004: 917 – 918).

Esta posición tiene relevancia respecto de los principios que rigen las garantías jurídicas a los derechos fundamentales, desde la perspectiva de su clasificación en *primarias* y *secundarias* (Ferrajoli, 1998: 26).

a) Las garantías primarias, que son definidas como “obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)” respecto de un derecho fundamental, siguiendo el principio de legalidad antes mencionado, actuarán como criterio necesario de validez del ordenamiento jurídico, no solo en cuanto a su conjunto, sino en cuanto a todas y cada una de las normas jurídicas que lo compongan, para establecer su aplicabilidad o no, de manera general (con lo cual debería negarse su vigencia para el futuro, a pesar de su efectividad²³), y de forma particular (con lo cual se inaplicaría manteniendo su vigencia). Además, en la medida en que las normas sobre derechos fundamentales no

²¹ No referido únicamente a cuáles garantías deberían existir, o si un derecho desprovisto de garantías sigue siéndolo o alguna vez lo fue, sino también en el sentido de a quién se le deben reconocer y garantizar los derechos (Ferrajoli, 1998: 40 – 44)

²² No solo los relacionados con el derecho penal, sino de manera general.

²³ Entendiéndola como eficacia de cumplimiento, según lo expuesto por Serrano (1999: 21)

requieran un deber correlativo en el sentido de reflejo del derecho consagrado (esto es, anticipado por el mismo texto que lo crea), no existe la limitante²⁴ de que junto con el derecho fundamental deba crearse inmediatamente una norma correlativa que genere una obligación jurídica específica, sino que dichas obligaciones de prestación o prohibición de lesión se establecen de forma genérica a través de la existencia en el ordenamiento de las garantías primarias, por lo que siempre se podrá utilizar el ordenamiento jurídico en su conjunto (y por supuesto, todas las normas que se encuentren vigentes dentro del mismo), por cuanto la inexistencia práctica de dichas garantías primarias no se deben a un error irreparable, sino a una situación fáctica que puede (y debe) ser remediada en el ordenamiento jurídico. Esto es, según esta propuesta, que si el contenido de un derecho fundamental resulta inaplicado en la práctica es por alguna de las siguientes causas: a) no existen normas en el ordenamiento jurídico que reglamenten en un nivel inferior tal contenido; o b) existen normas vigentes (en cuanto a su existencia) y eficaces (en cuanto a su cumplimiento) en el ordenamiento jurídico que están en contravía del contenido establecido por el derecho fundamental y que impiden su materialización.

b) Las garantías secundarias, que consisten en la obligación de “reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias”, siguen el principio de judiciabilidad, en dos dimensiones. Por una parte, mediante la formulación de los juicios de validez de las normas del ordenamiento jurídico a partir de los criterios establecidos por los contenidos de los derechos fundamentales, ejerciendo una labor de control al poder desde el límite impuesto a las decisiones que pueden ser tomadas y a aquellas que no pueden serlo, es decir, ejerciendo el control de la democracia “sustancial” sobre la “formal” (lo cual supone, como resulta obvio, un punto de enlace entre el derecho y la política). Por otra parte, como se menciona en su definición, a través de la atribución de responsabilidades de reparar la inobservancia de las garantías primarias. Esta última tarea no consiste (como correspondería en un sistema de correlación de derechos y deberes de forma reflexiva) en una obligación específica que el juez le imponga a un sujeto de derecho (pues en muchos casos ella podría no existir como tal), sino en la creación de una norma especial que aplique de forma directa el contenido del derecho fundamental y que se valga de su posición jerárquica en el ordenamiento, así como su carácter de parámetro de validez/invalidéz del resto de normas del mismo.

3.3. Las garantías a los derechos fundamentales en la estructura del ordenamiento jurídico.

Vistas desde la postura anteriormente reseñada, las garantías de los derechos fundamentales establecen una obligación genérica al ordenamiento jurídico, que luego será materializada por la vía de la resolución de lagunas o antinomias cuando se presenten situaciones de ineficacia de los derechos fundamentales por no desarrollo de los mismos (lo cual iría en contra de la plenitud del sistema), o por la incoherencia de las normas inferiores respecto

²⁴ Que según Ferrajoli sí existiría para los derechos de estructura patrimonial.

de los derechos fundamentales en tanto normas superiores (lo cual iría en contra de la coherencia del sistema) (Ferrajoli, 2004: 878 – 880).

Tal tarea supone una noción de los derechos fundamentales desde una estructura, no sólo jurídica, sino filosófica diferente, una que no siga unos parámetros lógico-deductivos, sino unos de tipo “argumentativo”, de acuerdo con un paradigma conflictivo. Supone el cambio hacia una estructura “nomodinámica”, que permita distinguir entre un derecho y sus garantías (Ferrajoli, 1998: 49), que posibilite la distinción entre el contenido de un derecho fundamental como un derecho subjetivo y el hecho de que exista aún sin el reflejo de una obligación correlativa normativamente hablando (Ferrajoli, 1999: 186). Una estructura que no se conforme con actitudes “acríticamente dogmáticas y contemplativas frente al derecho positivo y sugier[a] al jurista la tara de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en vez de hacerlas explícitas y denunciarlas” (Ferrajoli, 2004: 853).

Es necesario, en últimas, aceptar una estructura más heteropoiética en los términos expuestos por Pérez Luño, para quien lo que “las premisas metódicas [de los sistemas autopoéticos] pueden tener de bueno no es nuevo, y lo que tienen de nuevo no es bueno. El intento más acabado de explicar el Derecho a través de un sistema cerrado, autónomo, autosuficiente en función de un concepto autorreferente de validez normativa se debe a Kelsen, al ideal kelseniano de la pureza metódica *Reinheit*, como intento de explicar el Derecho sin importar modelos externos de la política, la sociología o la ética”²⁵ (Pérez Luño, 2003: 592).

4. RESPONSABILIDADES A CAUSA DE LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. RETOS A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISDICCIÓN.

Como se ha venido haciendo referencia a lo largo de todo este trabajo, de la noción de derechos fundamentales que se viene analizando, se derivan consecuencias diversas en distintos niveles. Así, la definición misma que se tiene de los derechos fundamentales como derechos subjetivos genera interrogantes sobre las obligaciones jurídicas que se establecerían sobre el respeto a los mismos por los sujetos de derecho (incluyendo al Estado como subordinado al derecho). También genera interrogantes sobre el deber de respeto y las obligaciones jurídicas que surgirían entre los particulares en tanto los contenidos de los derechos fundamentales presenten ineficacias prácticas. Esto es, hasta dónde puede ser un particular obligado jurídicamente a respetar y/o garantizar los derechos fundamentales de los demás sujetos de derecho, y hasta dónde podrían éstos exigirle una conducta u omisión fundándose precisamente en los contenidos de los derechos fundamentales que no han sido recogidos en normas reglamentarias en el ordenamiento jurídico.

En tanto factores determinantes de la validez de las normas en un sistema jurídico, los derechos fundamentales generan interrogantes en cuanto a las responsabilidades de las autoridades respecto de la no transgresión de

²⁵ La historia podría ser incluida en esta lista.

los límites impuestos por los contenidos de los derechos fundamentales y la preservación de unos valores que guíen el ordenamiento jurídico, y hasta qué punto es admisible la decisión de limitar, cambiar o suprimir derechos considerados como fundamentales por el sistema jurídico.

En tanto los derechos fundamentales no son sino la positivación de un cúmulo de necesidades y expectativas de carácter universal, se supone una necesaria y estrecha relación con la moral, con el fin de determinar a través de su filtro, cuáles intereses y expectativas son los que “merecen” ser incluidos como componentes de la “democracia sustancial”, y por lo tanto, convertirse en los parámetros de validez axiológica del ordenamiento jurídico. De igual forma, genera interrogantes sobre la atribución de la autoridad para decidir sobre este aspecto, así como la de establecer los límites de la interpretación axiológica en la práctica jurídica.

Finalmente, también genera responsabilidades morales en tanto la posibilidad de validez de una norma sobre derechos fundamentales no está sujeta a su eficacia, y en tanto la prescripción de garantías específicas supone una actitud ante el derecho por parte del Estado y de los particulares mucho más comprometida que la que supone el cumplimiento de las normas por temor a la sanción prevista como consecuencia de su violación.

Estos “retos” que la propuesta garantista sobre los derechos fundamentales genera (especialmente para la legislación y para la jurisdicción) se observan claramente en la asignación de ciertas responsabilidades éticas, políticas y jurídicas, estableciéndose fuertes relaciones entre ellas y mediante la búsqueda de un punto de equilibrio entre las mismas. Es por este motivo que me concentraré en la legislación y la jurisdicción y las responsabilidades ya no jurídicas, sino morales y políticas que asumen desde la estructura de los derechos fundamentales.

4.1. Origen de las responsabilidades morales y políticas para la legislación y la jurisdicción.

Los “retos” que se le plantean tanto a la legislación como a la jurisdicción tienen un origen común, cual es la propuesta de Ferrajoli de que las garantías primarias y secundarias necesitan de la plenitud y de la no contradicción del ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 1998: 47 – 48; 1999: 180), puesto que esas garantías que garanticen la efectividad del contenido de los derechos fundamentales pueden (y deben) valerse de todo el ordenamiento jurídico, ya sea para invalidarlo o para utilizarlo en función de las normas superiores. Todo ello por cuanto, en relación con las lagunas y antinomias, la distinción entre derechos y garantías impone a la legislación y a la jurisdicción el deber de “cubrir las primeras y reparar las segundas” (Ferrajoli, 1998: 50).

4.1.1. Obligaciones para la legislación.

Las obligaciones políticas y morales²⁶ que adquiere la legislación hacen referencia a la labor que le corresponde en la expedición de normas, claro está, pero en qué momento, con qué criterio y cuál es el límite que tiene su función de creación del ordenamiento es lo que adquiere una nueva dimensión, en una relación más estrecha y pública en cuanto a la forma de legislar.

La legislación es la llamada, desde esta perspectiva, a colocar las primeras bases para que “las garantías sean realizables en concreto” y poder corregir el hecho, por ejemplo, de que “la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas no se ha visto acompañada de la elaboración de *garantías sociales* o *positivas* adecuadas [ya que] el desarrollo del *Welfare State* en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos” Ferrajoli, 1998: 50).

Lo dicho por Ferrajoli en su ensayo es cierto en la medida en que la enunciación constitucional de derechos no ha ido generalmente acompañada de un cambio legislativo oportuno que garantizara efectivamente su realización. También es parcialmente cierto que el desarrollo de los derechos, históricamente, ha tenido motivaciones que no siempre se basan en la conclusión moral de que tal o cual derecho es necesario para desarrollar el principio kantiano de la dignidad humana. Sin embargo, presenta las siguientes imprecisiones:

a) No sólo los derechos sociales han debido soportar talanqueras para su realización material, y la prueba está en las regresiones que se han producido en el mundo en relación con los derechos “civiles” o *garantías negativas*²⁷ a raíz de la paranoia de la seguridad ciudadana y la lucha contra el terrorismo²⁸, incluso la mayor parte de su obra “Derecho y Razón” está dedicada a las incoherencias del sistema penal, que está relacionado con las “garantías primarias” de los seres humanos más que con derechos sociales. Por o demás, el *Welfare State* ha sido un desarrollo de las llamadas “democracias occidentales”, pero sigue siendo poco más que una teoría en la gran mayoría de los Estados.

b) Si bien, como se anotó, la constitucionalización de los derechos no ha sido siempre acompañada de la especificación de garantías para su realización material, la historia de la positivación de los derechos fundamentales²⁹ así lo

²⁶ Obviamente también adquiere responsabilidades jurídicas en el mismo sentido, pues en primer lugar le corresponde a la legislación completar el ordenamiento jurídico a través de la expedición de normas válidas.

²⁷ Término utilizado por Ferrajoli para referirse a los llamados derechos “negativos” o de “primera generación”.

²⁸ Ver, por lo interesante, la posición de Michael Ignatieff en “The Lesser Evil”, que parte del refrán romano de que “la seguridad del pueblo es la ley primera”, para analizar críticamente la política de seguridad de USA a partir del 11 de septiembre de 2001.

²⁹ Ver, para este efecto, Pérez Luño (1998: 52 – 131) y Peces-Barba, Fernández y de Asís (2001: Tomo II, Volumen I)

evidencia. Pero ello se debe en parte porque la positivación de los derechos fundamentales no sólo ha sido motivada en razones filosóficas o morales, sino que ha atendido también a criterios económicos, políticos, históricos y sociales que han favorecido la implementación de unos derechos en cada momento y lugar, la ampliación de los catálogos que los contienen y la desaparición y/o modificación del sentido en que se interpretan algunos otros. Por eso, pretender que una vez se encuentre constitucionalizado un derecho fundamental se encuentren ya realizadas las normas que posibiliten prácticamente su garantía a través de prestaciones es, en todo caso, imposible.

Allende a las imprecisiones que conlleva la implementación de las garantías prestacionales que aseguren la realización de los derechos, se puede rescatar la intención del autor en esta propuesta, la cual es clara, y contiene una responsabilidad moral y política para el legislador. Esta obligación consiste en la identificación con el contenido constitucional y su propósito de estar vigilante en el proceso de completar el ordenamiento jurídico con base en una labor legislativa que materialice los contenidos constitucionales.

El razonamiento es que si la comunidad política ha estipulado (contractualmente) unos valores, principios y necesidades como vitales y universales a través de un texto normativo colocado en la cúspide del ordenamiento jurídico, el legislador tiene la obligación política (en tanto órgano representativo y democrático) de acometer su labor legislativa en función de garantizar dichos principios establecidos por el constituyente primario que es quien le otorga al legislativo, a su vez, la confianza para representarlo.

Como toda obra humana, también surgen peligros en esta actividad, puesto que dependiendo de cuáles sean los principios que han sido establecidos por la constitución, el ordenamiento jurídico resultante podría menoscabar ciertos derechos y libertades en aras de la voluntad de la mayoría, para lo cual se necesita el contrapeso de la moral como límite último a la política, no como un obstáculo para ella, sino como un test de razonabilidad³⁰ para las decisiones que se tomen, a fin de evitar aberraciones políticas como el populismo y la inflación normativa (que implicarían una irresponsable consagración de prestaciones sin sustento real y sin contemplación de posibilidades técnicas de realización) y el asfixiamiento social de las minorías (étnicas, económicas, políticas, sociales, sexuales, etc.) en beneficio de las posiciones mayoritariamente aceptadas.

La clave estaría, entonces, en una labor legislativa que no creara más garantías de las razonablemente necesarias desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista moral, pero que no pierda de vista cuál es el fin de la legislación que promulga cotidianamente, facilitando en algo la realización de los fines y principios consagrados en los contenidos de los derechos fundamentales.

³⁰ Ver, en este sentido, las relaciones que se establecen entre la moral y la política en Dworkin (1988), Kant (2002), López Aranguren (1996), Fernández (1997; 2004), Ferrajoli (2004), Nino (1994) y Pérez Luño (2003), entre otros.

4.2. Obligaciones para la jurisdicción.

“El juicio de validez sustancial de las leyes [...] es un juicio de valor confiado a la valoración operativa del juez, además de a la doctrinal del jurista” (Ferrajoli, 2004: 877).

La labor de los jueces en la aplicación del derecho es una de los temas que más discusión presenta en tanto se sostiene que los jueces “deben ser la boca muda de la ley” como garantía de la separación de poderes y signo de la más pura democracia en tanto que ellos (los jueces) no son elegidos democráticamente, a diferencia de los legisladores. Sin embargo, a pesar de la fuerza tradicional de la estructura lógico-deductiva que propone la labor judicial como una obra mecánica, los jueces y los juristas no solo toman en cuenta en sus puntos de vista razones estrictamente jurídicas, sino también morales y políticas³¹, por lo que “cualquier juez desarrollará, en el curso de su entrenamiento y experiencia, una concepción del derecho bastante individualizada sobre la cual se basará, tal vez en forma inconsciente, para tomar estas diferentes decisiones y formar sus juicios” (Dworkin, 1988: 184).

Esta es la responsabilidad moral y política que asume el juez en esta estructura nomodinámica de los derechos, en la cual le corresponde denunciar, como decía Ferrajoli, las lagunas y las antinomias y, de paso, buscar la efectividad del contenido de los derechos fundamentales a través de la validación del ordenamiento jurídico para los casos sobre los cuales debe decidir.

La cuestión judicial y la pretendida legislación desde los estrados es un asunto complejo y que tiene muchas y buenas razones para su defensa como para su reproche, pero ese no es un tema que pretendo abordar ahora. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales como contenidos normativos que implican una obligación objetiva para el ordenamiento jurídico como tal (en el sentido de llenar lagunas y reparar antinomias para posibilitar la materialización de sus preceptos) la responsabilidad es lograr en el mundo real los fines y principios que llevan aparejados los derechos fundamentales. La labor judicial se concentra básicamente en la reparación de las antinomias, mientras que, como se anotó, la legislativa se concentra en colmar las lagunas que puedan existir (o ir apareciendo).

En desarrollo de su función principal de reparar las antinomias, el juez no sólo debe acatar las normas y procedimientos jurídicos, sino que debe hacer una obligada consulta a la moral y a la política, e igualmente realizar los mencionados tests de razonabilidad, en cuanto al alcance real de sus decisiones, no desde el cálculo egoísta, sino desde la aceptación de que “el derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios” (Dworkin 1988: 289), y que depende de las cuestiones disputadas, es decir, de las que son colocadas ante sus despachos. Aceptar que ellas que determinarán el grado de efectividad de la constitución y sus valores y principios, y que ese aspecto, y no otro, es el que marcará la diferencia en la tarea jurídica, pero

³¹ Ver Nino (1994: 194).

sobre todo moral y política, de reducir la “divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores [que] comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto” (Ferrajoli, 2004: 851).

Igualmente, no es una labor exenta de riesgos, la “irresponsabilidad política” de los jueces en sus decisiones judiciales puede plantear problemas en cuanto al desconocimiento o menosprecio de las consecuencias políticas de sus sentencias. Todo ello por no mencionar el problema surgido de la seguridad jurídica y su relación precisamente con el derecho fundamental clásico de la igualdad ante la ley.

Sin embargo, antes que llamarlos problemas, optaría por llamarlos peligros (que efectivamente pueden devenir en problemas), que es un término que (al menos semánticamente) denota un menor grado de escepticismo respecto de los razonamientos judiciales que tomen en cuenta consideraciones morales y políticas de forma abierta³², lo cual, considero, es mucho más acorde con el postulado kantiano del juicio de publicidad como pauta para determinar la moralidad o inmoralidad de las acciones humanas (Kant, 2002: 99).

La anterior conclusión la adopto fundado en que la actividad judicial no es concebible por fuera del derecho, puesto que en el derecho es donde fundamenta su proceder y encuentra su campo de acción. Pero tampoco se puede concebir al derecho como desligado de la moral, por lo que si toda la actividad judicial, al estar influenciada por la moral (hasta qué grado ya es una discusión aparte) los fallos producto de esa actividad judicial tampoco pueden pretenderse “amorales”. En este sentido, es más conveniente aceptar la influencia de la moral (y su necesaria relación con la política dentro del Estado de Derecho) de forma pública, sin pretendidos purismos³³. Vale la pena recordar, para finalizar este capítulo, la afirmación según la cual “sin la consideración de la relevancia que el asunto [la relación moral y derecho] tiene y sin una toma de postura no equivocada y suficiente en torno a él, resulta difícil, y hasta me atrevería decir imposible, contar con un concepto adecuado de lo que es el Derecho” (Fernández, 1991: 45).

5. CONCLUSIÓN.

La teoría de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales analizada en el presente escrito intenta ser estrictamente jurídica e ideológicamente neutral, pero no lo logra, en parte porque es imposible buscar la fundamentación para la práctica de los derechos fundamentales desde una perspectiva estrictamente jurídica (en el sentido de desligada de la moral y de la política), porque los

³² A diferencia de las consideraciones igualmente identificables con posturas morales y políticas que igualmente se analizan, aunque de forma privada y escudadas en una aparentemente neutra formalidad jurídica y procesal, y que, en tanto no son públicas, no pueden ser controvertidas dentro del proceso judicial.

³³ Y como todo purismo, irreflexivo.

derechos fundamentales parten de uno u otro modo en la noción de dignidad humana, el cual es en sí un concepto moral³⁴.

Que el que el derecho, la política y la moral tengan puentes que enlacen las orillas de cada uno no deshabilita al derecho como una herramienta idónea de satisfacción práctica de justas reclamaciones sociales y morales que resultan imprescindibles en las democracias actuales y que demandan respuestas ante los retos que las cuestionan hoy en día, como el fenómeno de la escasez de recursos, las identidades colectivas, el fenómeno de la inmigración y demás.

Lo que se pretende plantear por esta teoría, aparte de un modelo político basado en un modelo axiológico concreto, sigue en la línea de la discusión no de si debe existir tal relación entre el derecho, la moral y la política, sino de hasta qué punto deben mezclarse. Por este motivo, la pretensión del presente trabajo no ha sido tanto la de entrar nuevamente en el debate, añejo y caricaturizado, de si los jueces deben limitarse a ser la boca muda de la ley o deben tomar un papel mucho más activo en la resolución práctica de los problemas jurídicos desde su posición de intérpretes del derecho. La realidad es que los jueces aplican el derecho y, aún desde la más estricta teoría pura del derecho, al crear una norma concreta a un caso específico, están generándolo para casos particulares, por vía de interpretación normativa.

Es, por lo demás, obvio que los jueces influyen en el derecho y en su práctica, a través de sus convicciones personales y sus razonamientos profesionales, la prueba está en que la corriente estadounidense del realismo jurídico se dedica básicamente a estudiar los fallos pasados para predecir el derecho futuro³⁵.

Tener una opinión personal no descalifica a los jueces ni a sus decisiones como irracionales de manera indiscriminada, hay diferentes tipos de razones, y entre ellas hay buenas razones que quedan plasmadas en las sentencias y dictámenes en los estrados. De hecho, de acuerdo con Nino, todos los operadores jurídicos, desde los que intervienen en la creación de las normas, los que abogan por una causa, los que reglamentan, quienes deben hacerlas cumplir y finalmente quienes interpretan la ley y deciden a través de la creación de normas especiales desde los estrados judiciales siempre han tenido una opinión formada sobre las normas con las cuales trabajan, así se escondan tras de la misma ley cuyo más puro espíritu digan representar.

Lo positivo es que esas razones, mientras más técnicas sean, en el sentido jurídico y desde la filosofía del derecho, tenderán a garantizar los contenidos normativos del ordenamiento jurídico, desde una posición o desde otra, pero siempre de forma fundada.

La pretensión de este trabajo, ojalá en forma exitosa, no es tomar partido en el dilema de si los jueces deben o no interpretar el derecho más allá de la

³⁴ Como puede apreciarse en Dworkin (1988; 1989), Fernández (1991), Hart (2001), Nino (1994), y Peces-Barba, et. al. (1999; 2001), entre otros.

³⁵ Ver Hierro (2000: 77 – 86).

ley, porque efectivamente lo hacen, así se pretenda negarlo (o prohibirlo), sino que se ha limitado a vislumbrar, desde el análisis de la teoría garantista sobre los derechos fundamentales, cuáles son los peligros de la misma, sus ventajas y las opciones que brinda para la garantía real de los derechos, así como las responsabilidades que asigna en desarrollo de tal tarea dentro del ordenamiento jurídico, sin aspiraciones de convertirse tampoco en un recetario casuístico sin utilidad alguna.

En la tarea antes mencionada, la postura teórica de Ferrajoli, a pesar de sus inconsistencias e inconvenientes (y que en el presente escrito no quedaron más que esbozados, debido a la magnitud del debate que merecen), presenta oportunidades de marcar ciertos límites entre el derecho, la moral y la política a través de la interrelación que sugiere respecto de los derechos fundamentales como criterio de validez democrática y de patrón de medida de las normas vigentes dentro de un ordenamiento concreto. Igualmente, aunque se menciona de manera tangencial³⁶, sugiere también la necesidad de un grado mínimo de universalismo y racionalidad política en cuanto a la determinación de cuáles son esos valores que merecen estar contenidos dentro de los textos normativos que conformen los derechos fundamentales, puesto que, como se observó, ni todo puede ser llamado derecho fundamental desde la práctica jurídica, ni mucho menos debe serlo en la teoría.

6. ASUNTOS PENDIENTES

De lo escrito anteriormente, se extractan los siguientes aspectos que quedan, en mi criterio, de alguna forma “pendientes” por analizar mediante el contraste entre la teoría garantista y el conjunto general de la filosofía jurídica y política, quedando claro que requieren un estudio mucho más profundo (y no realizado en este trabajo) debido a las consecuencias que generarían, y por las disciplinas que incluyen, los cuales se exponen a continuación:

- 6.1. Peligro de inflación normativa en cuanto a los derechos fundamentales, en cuanto sólo se consiga su formalización en el papel (desde la perspectiva de las responsabilidades asignadas a la legislación).
- 6.2. Una consecuencia lógica de tal inflación es la devaluación de los contenidos normativos en materia de los derechos fundamentales, por cuanto la importancia de los mismos en el ordenamiento va disminuyendo.
- 6.3. Posibilidad de una devaluación política de los derechos fundamentales, en cuanto la validez de los mismos y la falta de eficacia en su garantía real y cotidiana puede desencadenar un “desencantamiento” de los destinatarios de dichas normas, que puede derivar en la desconfianza en los mismos y las soluciones que ofrecen, quitándole soporte político a quienes luchan por su fortalecimiento institucional, y por otra parte puede motivar la búsqueda de soluciones alternativas a los derechos, y reforzando en consecuencia, eventuales sentimientos conservadores, revolucionarios, nacionalistas y particularistas, entre otros (dependiendo

³⁶ Sólo se aborda al final del debate, en el ensayo “Los fundamentos de los Derechos Fundamentales” (2000: 362 – 371).

- de las condiciones del ordenamiento jurídico en el cual se presenten), en la generación presente como en las futuras.
- 6.4. La entrada en el mercado de bienes y servicios de los contenidos y prestaciones que debían ser garantizados por los derechos fundamentales, como consecuencia de la devaluación de los mismos a nivel jurídico. Ello implica la entrada de operadores privados a satisfacer los contenidos de los derechos, tanto los de libertad como los de prestación. Casos ejemplo de este tema son los grupos que ofrecen protección personal a falta de la garantía estatal de la misma, así como todos los esquemas de prestación de servicios que están relacionados con algunos derechos fundamentales, como las prestaciones médicas básicas (no las avanzadas, sino aquellas que implican riesgo de vida o muerte) y su ingreso irrestricto dentro del mercado de bienes y servicios de una economía.
 - 6.5. La creciente importancia de la normatividad internacional de los derechos fundamentales y la forma en que una diferenciación entre norma y garantía como requisito de existencia y obligatoriedad de un derecho fundamental podría representar la materialización del contenido de dichos derechos como algo más que una virtud cívica fundada en la caridad para convertirse en una (al menos) incipiente responsabilidad jurídica de los sujetos de derecho internacional público y privado.
 - 6.6. El ítem precedente puede ser relevante para la construcción, a muy largo plazo, de una institucionalidad internacional que no sea de tipo asociativo (aunque no necesariamente del tipo de Estado mundial). Todo esto desde la perspectiva actual en la cual están surgiendo este tipo de instituciones, aunque básicamente para las distintas ramificaciones de la industria y el comercio, con su consecuente concepto de jurisdicción (y sus propias ventajas y riesgos), del corte de las que están surgiendo actualmente para los sectores comerciales, industriales y de servicios (banca, logística, etc.), con resultados relativamente positivos.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel. "Argumentación Jurídica"; en "El Derecho y la Justicia. Ed. Por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía No. 11, Trotta, 2ª. Ed., Madrid, 2000.

BACCELLI, Luca. "Derechos sin fundamento"; publicado en *Teoría Política XVI/2* (2000), pp. 21-34, con el título "Diritti senza fondamento". Recopilado en "Los fundamentos de los derechos fundamentales" por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

BOBBIO, Norberto. "El tiempo de los Derechos". Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BOVERO, Michelangelo. "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta"; publicado en *Teoría Política XVI/3* (2000), pp. 19-39, con el título "Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso

específico”. Recopilado en “Los fundamentos de los derechos fundamentales” por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

CONSTANT, Benjamín. “Escritos Políticos. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”. Traducción y notas de Ma. Luisa Sánchez. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

DE PÁRAMO, Juan Ramón. “Derecho subjetivo”; en “El Derecho y la Justicia. Ed. Por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía No. 11, Trotta, 2ª. Ed., Madrid, 2000.

DEL ÁGUILA, Rafael. “La Senda del Mal. Política y Razón de Estado”. Taurus. 2000.

DWORKIN, Ronald. “El Imperio de la Justicia”. Traducción de Claudia Ferrari. Editorial Gedisa, Barcelona, 1988.

DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en serio”. Traducción de Marta Guastavino. Editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 1989.

ESQUIVEL, Javier. “Racionalidad Jurídica, moral y política”. Biblioteca de filosofía, derecho y política No. 35, Distribuciones Fontamara, México, 1996.

FERNÁNDEZ, Eusebio. “Teoría de la Justicia y Derechos Humanos”. Editorial Debate, 2ª reimpresión, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ, Eusebio. “Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política”. Cuadernos Bartolomé de las Casas No. 4, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Kykinson, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ, Eusebio. “El Observador Comprometido, reflexiones jurídico – políticas”. Universidad Externado de Colombia Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 34, Bogotá, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. “Derechos Fundamentales”; publicado en *Teoría Política XIV* (1998), pp. 3 – 33, con el título “Diritti fondamentali”. Traducción del artículo incluida en L. Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2001, pp. 37 – 72. Recopilado en “Los fundamentos de los derechos fundamentales” por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. “Los derechos fundamentales en la teoría general del derecho”; publicado en *Teoría Política XVI/1* (1999), pp. 49–92, con el título “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”. Recopilado en “Los fundamentos de los derechos fundamentales” por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. “Los fundamentos de los Derechos Fundamentales”; publicado en *Teoría Política XVI/3* (2000), pp. 41 – 113, con el título “Diritti

fundamentalí”. Recopilado en “Los fundamentos de los derechos fundamentales” por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Traducción de Perfecto Ibáñez et al. Editorial Trotta, Madrid, 6ª Ed., 2004.

HART, Herbert L. A. “Utilitarismo y Derechos Naturales”. Traducción de Everaldo Lamprea Montealegre. Universidad Externado de Colombia Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003.

HIERRO, Liborio. “El realismo jurídico” en “El Derecho y la Justicia. Ed. Por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía No. 11, Trotta, 2ª. Ed., Madrid, 2000.

HIERRO, Liborio. “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la filosofía del Derecho”. Ponencia presentada en el Seminario Permanente de Derechos Humanos, Editado por Antonio Marzal, Bosch, Multiva Baja (Navarra), 2001.

IGNATIEFF, Michael. “The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror”. Princeton University Press, New Jersey, 2004.

KANT, Immanuel. “Sobre la paz perpetua”. Filosofía Alianza Editorial, Madrid, 2002.

KANT, Immanuel, “Introducción a la teoría del Derecho”. Traducción de Felipe González Vicen. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.

KELSEN, Hans. “¿Qué es Justicia?”. Ariel, Barcelona, 1980.

LÓPEZ ARANGUREN, José Luis. Ética y Política. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 1996.

MORIN, Edgar. “Introducción al pensamiento complejo”. Gedisa, 1994.

NAVARRO, Pablo. “Validez y Eficacia de las normas jurídicas” en “El Derecho y la Justicia. Ed. Por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía No. 11, Trotta, 2ª. Ed., Madrid, 2000.

NINO, Carlos Santiago. “Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho”. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

PECES-BARBA, Gregorio. “Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General”. Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio, DE ASÍS, Rafael. “Curso de Teoría del Derecho”. Marcial Pons, 2ª. Ed., Madrid, 2000.

PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio, DE ASÍS, Rafael. "Historia de los Derechos Fundamentales". Tomo II, Volumen I. Dykinson, Madrid, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio. La Seguridad Jurídica. Ariel Derecho, Barcelona, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid, 8ª Edición, 2003.

PINTORE, Ana. "Derechos Insaciables"; publicado en *Teoría Política* XVII/2 (2000), pp. 3-20, con el título "Diritti insaziabili". Recopilado en "Los fundamentos de los derechos fundamentales" por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. "Jurisdicción"; en "El Derecho y la Justicia. Ed. Por Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía No. 11, Trotta, 2ª. Ed., Madrid, 2000.

SERRANO, José Luis. "Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica". Editorial Trotta, Madrid, 1999.

VITALE, Ermanno. "¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli"; publicado *Teoría Política* XIV/2 (1998), pp. 41-48, con el título "Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli. Recopilado en "Los fundamentos de los derechos fundamentales" por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Editorial Trotta, Madrid, 2001.