

Ferrajoli y la democracia

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este texto continúa un diálogo con la amplia obra de Ferrajoli, en esta ocasión a propósito de la democracia. A partir de un sustancial acuerdo con el ideal político defendido por Ferrajoli, de una democracia liberal con fuertes contenidos sociales, el artículo pretende, sin embargo, poner de manifiesto algunas rigideces y tensiones del modelo de Ferrajoli. En particular, en la primera parte del artículo se configura la construcción de Ferrajoli como una forma de iusnaturalismo, volviendo a la discusión sobre la objetividad de la moral, mientras en la segunda se destacan algunas tensiones en las propuestas de Ferrajoli sobre la democracia y, en relación con ella, las ideas de soberanía, derechos fundamentales y pluralismo político.

Palabras clave: *Democracia, objetividad moral, soberanía, derechos fundamentales, pluralismo político.*

ABSTRACT

This text continues a conversation about Ferrajoli's wide work, this time especially about democracy. From the substantial sintony with the political ideal upheld by Ferrajoli, the paper intends, however, to emphasize some of the rigidities and tensions of Ferrajoli's model. In particular, the first part of the article describes that model as a form of natural law doctrine, turning on the question of moral objectivity, whereas the second part emphasizes some

tensions in the ferrajolian proposals about democracy and, related to that concept, the notions of sovereignty, basic rights and political pluralism.

Key words: Democracy, moral objectivity, sovereignty, basic rights, political pluralism.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. UN MODELO IUSNATURALISTA. 1.1 *Iusnaturalismo, comunitarismo, utilitarismo.* 1.2 *Estado de naturaleza, contrato social y derechos: de nuevo sobre el objetivismo ético.*—2. LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA: SOBERANÍA POPULAR, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PLURALISMO POLÍTICO. 2.1 *Dos precisiones sobre la idea de soberanía.* 2.2 *Más allá de la definición formal de los derechos fundamentales.* 2.3 *Entre el ideal democrático y la democracia mínima: el pluralismo ideológico.*—3. UNA CONCLUSIÓN PARADÓJICA.

INTRODUCCIÓN

Este nuevo encuentro en una buena ocasión para proseguir una conversación iniciada entre nosotros ya hace algún tiempo, antes de *Principia iuris*, a propósito de *Principia iuris* y después de *Principia iuris*, en un reciente debate a propósito de su escrito «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»¹. En esta intervención, aparte de una secuela a propósito de la objetividad de la moral, trataré de decir algo nuevo en relación con la idea de democracia. En realidad, la democracia tiene en Ferrajoli dos aspectos diferenciables, del que aquí sólo tocaré el primero: la democracia constitucional (en realidad estatal), que es la única «realmente existente»,

¹ Me refiero a mis escritos «Democracia, jueces y derechos», *Revista de Libros*, núm. 42, junio 2000, pp. 1113 (recensión a Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999); «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, pp. 211-232; «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 355-367 (hay respuesta de FERRAJOLI, «*Principia iuris*. Una discusión teórica», *ibidem*, pp. 415-418 y 430-433); y «Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 275-278 (en debate con L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *ibidem*, pp. 1553; también hay respuesta de FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista. Entre paleoiuspositivismo y neoiusnaturalismo», *ibidem*, pp. 311-361). En algún otro escrito que se citará oportunamente también he tenido en cuenta otros aspectos de la obra de Ferrajoli.

incluidos sus actuales procesos de degradación, sobre todo en algunos países, a los que Ferrajoli también ha dedicado gran atención, como lo sintetiza su librito de 2011 *Poderes salvajes*²; el segundo, la democracia cosmopolita, es un ideal de futuro, incipientemente iniciado en el que considera un constitucionalismo *in nuce* a nivel internacional, del que en este seminario ya se ha hablado y sobre el que yo mismo he debatido en una ocasión anterior³.

Quiero dejar sentado que mantengo un sustancial acuerdo de fondo con el ideal político de Ferrajoli, que se podría resumir como un modelo de democracia constitucional de contenido socialdemócrata radical. Es cierto que yo, seguramente menos radical, no siempre suscribo todos los criterios y soluciones que Ferrajoli propone (así, por citar una discrepancia concreta e importante, tengo severas dudas sobre la oportunidad e incluso la justicia de la renta básica universal⁴), al igual que, como lo intentaré justificar más adelante, distinguiría netamente entre tal ideal democrático y el concepto básico, mínimo o esencial de democracia, cuyo compromiso con el pluralismo político deja espacio a tensiones entre distintos derechos que se derivan de ideales políticos incompatibles y en legítima rivalidad entre sí.

Probablemente, la raíz última de mis discrepancias proceda de dos rasgos muy característicos de la obra de Ferrajoli que muestran, a la vez, sus virtudes pero también sus límites. Me refiero, de un lado, a su confianza racionalista en el valor de la razón formal y sistemática y, de otro lado, a su optimista creencia en que la razón jurídica es un componente esencial del progreso de la humanidad. Sin necesidad de desacreditar radicalmente ese doble optimismo en la razón y en la voluntad, pero moderándolo, creo que el exceso de confianza en el rigor formal puede incurrir en el riesgo de la rigidez y que ese mismo exceso de confianza en la razón jurídica puede ocultar o descuidar tensiones y problemas difícilmente remediables porque se encuentran en el núcleo mismo del valor de la democracia.

La exposición que sigue se divide en dos partes y una breve conclusión. En la primera parte intentaré mostrar cómo la construcción de Ferrajoli encaja en el que Bobbio denominó «modelo iusnaturalista», y aprovecharé uno de los puntos de ese enmarcamiento para continuar el debate con Ferrajoli sobre la objetividad de la moral. En la segunda y última parte me referiré específicamente a la concepción de Ferrajoli sobre la democracia, estrechamente relacionada con su concepción de los derechos fundamentales.

² Vid. FERRAJOLI, *Potteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011; trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

³ Cf. A. RUIZ MIGUEL, «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita» *cit.*, especialmente §§ 3-4.

⁴ Sobre mis razones, remito a RUIZ MIGUEL, «Concepciones de la igualdad y justicia distributiva», en Elías Díaz y José Luis Colomer (comps.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 223-225.

1. UN MODELO IUSNATURALISTA

1.1 Iusnaturalismo, comunitarismo, utilitarismo

Si hubiera que situar la obra de Ferrajoli entre las grandes corrientes filosóficopolíticas de la historia del pensamiento, la respuesta ofrecería poco espacio a las dudas: está claro que su concepción éticopolítica defiende los derechos humanos como límites esenciales e infranqueables que no está justificado violentar para conseguir objetivos colectivos. Aunque Ferrajoli no haya frecuentado mucho las elaboraciones de Ronald Dworkin, también para él los derechos son una especie de triunfos que ganan la partida frente a la utilidad o la conveniencia y están por encima de las consecuencias. Y como en el autor estadounidense, también para Ferrajoli la razón última de ello reside en la consideración como inviolable de la igual consideración y respeto que merecen todas las personas o, si se quiere decir con Kant, de la dignidad humana. Esta concepción puede generalizarse bajo la denominación que Bobbio utilizó para ella, como «modelo iusnaturalista» (sobreentendiendo «moderno», pues en realidad la idea de Derecho natural o de leyes naturales es muy antigua), en neta contraposición con el «modelo aristotélico», que para Bobbio abarcaba todo el mundo clásico y medieval pero que no ha dejado nunca de tener gran influencia hasta hoy, sin ir más lejos a través del persistente ascendiente de la iglesia católica en muchos países occidentales pero también por la inacabable herencia de las ideas tradicionalistas y conservadoras y por su resurgimiento posterior en forma de tribalismos, nacionalismos y otras formas de comunitarismo.

Para esta segunda forma de ver las cosas, en efecto, y siguiendo las enseñanzas de Platón y, sobre todo, Aristóteles, el ser humano es considerado desde una óptica que podemos denominar comunitaria o comunitarista. Desde esta óptica, la sociedad y sus agrupaciones, incluidas las políticas, son el lugar natural para el ejercicio de la virtud por parte de los seres humanos, capaces de encontrar la felicidad en el ejercicio de la ciudadanía. Un presupuesto esencial de esta perspectiva comunitarista es que la colectividad es algo mayor y superior a la mera suma de los individuos que la componen. Por eso los individuos deben estar dispuestos a sacrificarse radicalmente por la comunidad, como lo ejemplificó Sócrates con su propia vida, al aceptar la condena injusta de Atenas. A esa ética de las virtudes, la Edad Media, quizá en buena parte por la influencia hebrea, le añadió el punto de vista del predominio de las leyes y de los deberes que Bobbio generaliza para contraponer toda la época anterior a la época moderna y contemporánea de los derechos.

Pero la anterior descripción quedaría coja si no se añadiera que, junto al modelo aristotélico y al iusnaturalista, la Edad Moderna vio aparecer una tercera forma arquetípica y distinta de considerar y justi-

ficar el poder político y la conducta humana, una especie de vía intermedia entre las otras dos (y que, naturalmente, no deja de tener antecedentes en la antigüedad): la que puede denominarse genéricamente utilitarista, para la que lo que cuenta es el balance de los intereses en juego, especialmente de los intereses colectivos, que prevalecen sobre cualquier interés y derecho individual. De Maquiavelo a Hume o a Adam Smith y luego a Bentham, el punto de vista pasa aquí de los derechos a los intereses individuales, algo relativamente próximo a los derechos pero que opera de manera distinta, pues mientras los derechos individuales son triunfos o vetos que la mayoría no puede violar, en la concepción utilitarista cualquier interés individual ha de contarse igualmente para extraer la suma del interés general, entendido como el beneficio del mayor número, imponiéndose luego como deber por encima de cualquier derecho. Esta concepción viene a proponer una especie de transacción entre la perspectiva individualista y la comunitarista, pues acepta que los intereses individuales han de tenerse en cuenta en el recuento o suma pero sólo con el fin de obtener la agregación total o por mayoría que define al interés colectivo. Aquí, aunque los intereses se hayan de contar individualmente, lo que decide al final su suerte es una cierta versión del bien general, de modo que, todo sumado y por decirlo un tanto sumariamente, podría no ser injusto torturar a un detenido o condenar a un inocente si con ello se evitan malas consecuencias para la colectividad.

1.2 Estado de naturaleza, contrato social y derechos: de nuevo sobre el objetivismo ético

Aunque la anterior tripartición de concepciones es un esquema simplificador, de marcos doctrinales típicos que no es fácil encontrar puros, me parece bien significativo que el pensamiento de Ferrajoli responda muy fidedignamente al modelo iusnaturalista. En efecto, el modelo iusnaturalista es seguido muy fielmente por él en los tres momentos que lo componen: el estado de naturaleza, el contrato social y el Estado.

En Ferrajoli el estado de naturaleza no es, como tampoco lo fue en varios de los iusnaturalistas clásicos, un hecho histórico, sino que se presupone como interpretación general de la condición humana. Y, en efecto, la idea presupuesta por Ferrajoli sobre la condición humana parece básicamente hobbesiana, conforme a la cual la conflictividad de las relaciones entre los seres humanos y su capacidad de dañarse entre sí exige, si se quiere garantizar una paz mínima y estable, un sistema de normas a través de la monopolización de la fuerza por un tercero. A ese presupuesto podrían añadirse seguramente dos cualificaciones ulteriores que van más allá de Hobbes. Ante todo, como lo vieron claramente Pufendorf o Kant mediante la idea de la «insociable sociabilidad», que en la condición humana también existen disposi-

ciones a la cooperación que, dadas las debidas circunstancias institucionales, permiten organizar un sistema político razonablemente justo. Y, además, precisamente, que un sistema razonablemente justo no puede limitarse, como pretendió Hobbes, a mantener una básica seguridad entre los asociados, sino que, más bien en la línea de Locke e incluso más allá de ella, exige la garantía de un exigente haz de derechos fundamentales que en su justificación esencial, una vez más típicamente iusnaturalista, según Ferrajoli corresponden directamente a los individuos y sólo de forma derivada a los grupos sociales.

Sobre el segundo momento de la tríada iusnaturalista, el contrato social, la posición de Ferrajoli se vuelve algo más compleja y ambigua, pero sin dejar de conectar con la tradición iusnaturalista. Por una parte, cuando Ferrajoli se pregunta ¿qué es una constitución?, su respuesta es que se trata de «un pacto fundante dirigido a asegurar la paz y la convivencia civil», y tanto en el plano histórico o fáctico (en cuanto que la mayoría de las constituciones son resultado de pactos tras una revolución, una guerra, etc., en ruptura con un pasado no garantista) como en el «plano filosófico» o normativo, donde la noción de contrato social, conscientemente enraizada en el iusnaturalismo moderno, aparece como «gran metáfora de la democracia», que se basaría en el consenso individual de los contratantes, si bien un consenso «condicionado [o limitado] por el respeto a los derechos naturales positivamente estipulados para la tutela de todos»⁵. Pero, por otra parte, cuando Ferrajoli ha discutido con quienes, como Danilo Zolo o yo mismo, le han recordado que esta concepción presupone un compromiso moral universalista y objetivista con cierta visión de los derechos humanos, ha girado radicalmente hasta negar (con razón) que el consenso fáctico sea condición de la legitimidad de tales derechos pero también (sin razón, a mi modo de ver) que deberían ser hipotéticamente o idealmente aceptables como correctos por todos los seres humanos.

En este punto, lo que he mantenido en debate con Ferrajoli en distintos momentos es que tal consenso ideal o hipotético, que *se debería dar* a un sistema político justo, ha de proceder necesariamente de la pretensión de objetividad o corrección de los criterios morales en juego, que son los que estamos dispuestos a imponer mediante la fuerza del Derecho⁶. En el plano de la justificación (no, claro, en el de la realización o la efectividad) es ciertamente irrelevante que tales crite-

⁵ FERRAJOLI, «La democracia constitucional» (1998), en *Democracia y garantismo*, ed. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, pp. 33-34.

⁶ Así lo he mantenido en discusión directa con Ferrajoli en A. RUIZ MIGUEL, «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita» *cit.*, § 2. También lo ha hecho José Juan MORESO, con argumentos en parte diferentes pero complementarios, en «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, § 4; «Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, §§ III-IV; y «Positivismo jurídico, relativismo moral y liberalismo político», *Teoría política*, Annali 2, 2012, pp. 103-110.

rios hayan sido o no producto histórico de un pacto o consenso fáctico, puesto que se trata de fundamentar filosóficamente unos derechos con independencia de su reconocimiento efectivo, como justamente pretendieron los racionalistas. Las primeras respuestas de Ferrajoli en este debate no daban en el centro de la cuestión: su insistencia en la inmunidad de la conciencia de todos a la imposición de criterios morales, que alude a una actitud de respeto que cualquier liberal acepta y debe aceptar, no decide nada en absoluto sobre la necesaria consideración como («objetivamente») justificada de la imposición coactiva de normas que exigen el respeto de los derechos básicos. En este debate yo nunca he sostenido ni supuesto que se deba convertir (aunque sería más preciso decir «intentar convertir») por la fuerza al racista a una posición moralmente aceptable, sino sólo que tanto Ferrajoli como cualquiera que defienda los derechos humanos ha de pretender justificadamente que al racista que lleva a la práctica su doctrina se le aplique la sanción coactiva prevista, y ello en cumplimiento de unas convicciones jurídico-morales que, porque las estimamos justificadas, el racista *debería* también compartir. Pero que debiera compartirlas no significa que podamos ni debemos obligarle a compartirlas de hecho sea cual sea el procedimiento, al modo por ejemplo de la *Naranja mecánica*, como tampoco que podamos o debemos castigarle sólo por el mero hecho de que él tenga otras convicciones, siempre que no las lleve a la práctica⁷.

En su última réplica, Ferrajoli sigue resistiéndose no ya aceptar sino ni siquiera a entender mi posición. Para él no hay más que dos opciones: o se sostiene la tesis «trivial» de que los criterios morales en juego son racionalmente argumentables, pero bajo «la *pretensión claramente subjetiva* de su corrección y, por ello, de la necesidad de garantizarlos», o se defiende la iliberal e inaceptable tesis de que la exigencia de aceptabilidad universal de tales criterios justifica la imposición jurídica de la adhesión interna o en conciencia a ellos⁸. Lo que así queda opaco es que la justificación de la coacción jurídica en defensa de los derechos humanos, es decir, la imposición jurídica de la mera conformidad externa con dichos criterios morales no puede basarse en una mera pretensión subjetiva, que en cuanto tal tendría tanta justificación para llevarse a la práctica como cualquier otra, diversa o incluso opuesta, siendo así cuestión de mayor fuerza y no de mayor razón a quién cabe imponer tales o cuales preferencias subjetivas. Todo mi punto se resume en la afirmación de que quien considere, como lo hace Ferrajoli, que la conformidad en las acciones por parte de cualquiera con sus criterios de justicia es imponible mediante

⁷ Cf. A. RUIZ MIGUEL, «Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli» *cit.*, § 2; así como *Democracia y relativismo*, México, Fontamara, 2011, especialmente § 6.

⁸ Cf. FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 340; la cursiva de la frase entrecomillada es mía.

coacción (sin que haga falta afectar al foro de la conciencia), está obligado también a considerar tales criterios como mejor o más justificados que cualesquiera otros alternativos, es decir, está comprometido con una pretensión de corrección que no puede defender coherentemente como meramente «subjetiva». O, dicho de otra manera, está comprometido a considerar que, en cuanto correctos, tales criterios son aceptables (en el sentido de que deberían ser aceptados por cualquiera que sea suficientemente racional y razonable) incluso para aquellos que de hecho no los aceptan, razón por la cual consideramos justo exigirles coactivamente que respeten las normas que los garantizan y razón sin la cual no estaría justificada tal exigencia. Ferrajoli parece querer insistir en que la pretensión de corrección u objetividad es siempre subjetiva⁹, pero si no queremos jugar con las palabras el que la pretensión de objetividad sea formulada necesariamente por un sujeto (¿cómo podría formularse de otra manera?) no la hace por ello más ni menos subjetiva ni objetiva que la ley de la gravedad o que la evolución de las especies.

Por lo demás, se diría que Ferrajoli ha terminado por acercarse al objetivismo interno o matizado que he venido defendiendo en esta discusión, que destaca la relevancia de la pretensión de corrección de nuestras posiciones morales sin pretender con ello su estricta equivalencia con la verdad lógica o científico¹⁰, cuando en sus últimos escritos reconoce la posible convergencia entre –como él los denomina– cognoscitivismo débil y no cognoscitivismo débil. Uno y otro compartirían la zona común que, a la vez que afirma la necesidad y la posibilidad de la argumentación racional en materia moral, rechaza tanto que los valores morales sean determinables como cuestión de verdad lógica o empírica (cognoscitivismo fuerte) cuanto que sean meras preferencias emocionales (no cognoscitivismo fuerte)¹¹. No se trata de una convergencia segura ni perfecta, porque, de un lado, dice Ferrajoli, la divergencia es «quizá poco más que terminológica»¹² y, de otro lado, para él posiciones como las de Moreso o la mía «oscilan entre una concepción del objetivismo en sentido fuerte y su concepción en el sentido débil de “justificación racional” o de “pretensión de corrección” de las tesis morales»¹³. Hablando sólo por mí, no creo

⁹ Así, cuando viene a aceptar «la idea obvia y trivial de su justificación [de nuestras tesis morales] y, por ello, de su pretensión subjetiva de corrección» (FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 341).

¹⁰ Sobre ello remito a RUIZ MIGUEL, *Democracia y relativismo cit.*, §§ 57.

¹¹ Cf. FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, pp. 338-343, y, más clara y analíticamente, en discusión con Moreso, «La scelta come fondamento ultimo della morale», *Teoria politica*, Annali 2, 2012, pp. 177-185; así como L. FERRAJOLI y Juan RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 71-76.

¹² FERRAJOLI, «La scelta come fondamento ultimo della morale» *cit.*, p. 184, en este caso en referencia a la posición de Moreso.

¹³ FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 340; la misma idea en p. 341.

haber defendido una concepción objetivista fuerte, pero, duda por duda, quiero concluir (por ahora) este debate preguntando si la posición de Ferrajoli no oscila entre el no cognoscitivismo débil y el fuerte. Porque si, por un lado, son plenamente compartibles sus afirmaciones de que la justicia, aun no identificándose conceptualmente con la verdad, es un valor tan fundamental como ella y de que nuestros criterios morales y políticos «no son, en absoluto, fruto de emociones irracionales sino que pueden (y deben) ser racionalmente y responsablemente argumentados» en coherencia con los fundamentos y valores últimos que asumimos¹⁴, por otro lado, en cambio, su doble insistencia en que los valores últimos y fundamentales son fundantes y no fundados, de modo que la «elección» es el fundamento último de la moral, y en que los criterios racionalmente basados en esos valores últimos son «elecciones morales», podría parecer que socava seriamente el papel de la argumentación racional¹⁵. Seguramente la duda puede resolverse en favor de una posición racionalista, porque según Ferrajoli tales elecciones no son caprichosas sino que deben ser conscientes y responsables, pudiéndose argumentar su racionalidad, incluso en el caso de las elecciones últimas¹⁶. Si así fuera, sería ya momento de abandonar la tesis de que los criterios morales son preferencias subjetivas, no en el sentido trivial de que se sustentan porque los proponemos y mantenemos en cuanto individuos, sino en el sentido fuerte y desarmante de que no tienen más apoyo que el hecho de que las afirmamos, es decir, que no tienen más validez que cualquier afirmación sin fundamento en último término.

¹⁴ FERRAJOLI, «El constitucionalismo garantista...» *cit.*, p. 342.

¹⁵ La idea de que los criterios morales son electivos es de raíz emotivista, siendo por lo demás bastante extraña como descripción antropológica, pues a lo largo de la historia y seguramente en la actualidad las posiciones morales de la inmensa mayoría de la gente son más bien producto de la familia y del ambiente, y en absoluto objeto de elección.

¹⁶ En efecto, tras afirmar que los «valores últimos [...] no se demuestran, no se deducen, ni siquiera se inducen de compartirlos más o menos en común. Simplemente, se eligen», añade: «Podemos argumentar la racionalidad de esta elección a los fines de la convivencia pacífica y civil y del respeto que tenemos por nosotros mismos» (FERRAJOLI, «La scelta come fondamento ultimo della morale» *cit.*, p. 181). En los propios términos de Ferrajoli, cabría objetar que o tal argumentación es circular, remitiendo a los mismos valores últimos, o esos valores no son realmente últimos. A mi modo de ver, la salida de ese laberinto está, en buena parte como en el caso de la rivalidad entre teorías científicas, en considerar preferible la concepción más coherente, rica y completa, con más y mejores razones en su favor. Tal preferibilidad sólo se puede contrastar desde un punto de vista interno a la discusión moral, siendo no sólo irrelevante sino incoherente introducir en ella el punto de vista externo que considera escépticamente la cuestión de la fundamentabilidad de la moral (cf. sobre ello mi *Democracia y relativismo cit.*, § 6; para una cerrada defensa de ese punto de vista interno, con una exclusión absoluta, y a mi modo de ver discutible, de todo punto de vista desde lo que él denomina «escepticismo externo», al que considera una posición moral sustantiva, véase el último libro de Ronald DWORKIN, *Justice for Hedghots*, Cambridge (Mass.) y Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, cap. 3.

Tras el anterior excursus polémico, en fin, estaba pendiente comentar cómo la concepción de Ferrajoli encaja también en el diseño básico del tercer momento de la tríada iusnaturalista: la justificación del Estado como resultado de la garantía de los derechos básicos de los individuos y, a su vez, la visión de tales derechos fundamentales como derivados de una determinada visión de la condición humana y de la necesidad de garantizar, justamente en forma de derechos, determinados valores y bienes universales en los que, también universalmente, se debería idealmente consentir. Como la concepción de la democracia de Ferrajoli se sustenta precisamente en su teoría de los derechos fundamentales, dedicaré la última parte de este escrito a comentar algunos aspectos relevantes y discutibles de ambas teorías.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA: SOBERANÍA POPULAR, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PLURALISMO POLÍTICO

La concepción de la democracia de Ferrajoli puede resumirse mediante dos ideas relacionadas: de un lado, su original visión de la soberanía popular como suma de derechos individuales fundamentales y, de otro lado, su articulación de los derechos en cuatro categorías que terminan sintetizándose en dos (derechos procedimentales, instrumentales o formales y derechos sustanciales, finales o sustantivos), las cuales a su vez confluyen con dos aspectos para él complementarios de la democracia: su parte formal y su parte sustancial, todo ello bajo el presupuesto de una cierta jerarquía axiológica por la que los derechos procedimentales están limitados por los sustanciales y al menos en tal medida subordinados a ellos. Esta concepción de la democracia propone un ideal que contrasta con los modelos reales y, a mi modo de ver, exige una versión menos exigente de la democracia capaz de dar cuenta del pluralismo ético y político. Pero antes de llegar a ese punto quiero hacer unas precisiones sobre la idea de soberanía propuesta por Ferrajoli y sobre su noción de derechos fundamentales.

2.1 Dos precisiones sobre la idea de soberanía

La idea de soberanía popular de Ferrajoli es, ante todo, el producto de una crítica más general a la noción de soberanía al modo de Bodino como «potencia absoluta y perpetua de una república», que él ha impugnado tanto en su vertiente internacional o externa (pues la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás pactos y tratados internacionales son límites jurídicos que negarían esa noción de la soberanía estatal ilimitada) como en su vertiente interna: aquí, las constituciones son precisamente para él estricto-

tos límites jurídicos del poder político, incluso del ejercido por el pueblo, que ahora sólo podría ser entendido como soberano en un sentido distinto al tradicional: «el único sentido en el cual es aún lícito hacer uso de esa vieja palabra» de «soberanía» es «ya no simplemente [...] que al pueblo y por tanto a los ciudadanos les corresponden sólo los derechos políticos y, por ello, el autogobierno a través de la mediación representativa, sino también en el sentido ulterior de que al pueblo y a todas las personas que lo componen les corresponde el conjunto de aquellos “contra-poderes” que son los derechos fundamentales –civiles, de libertad y sociales– a los cuales todos los poderes, incluidos aquellos de la mayoría, están sometidos»¹⁷. Aquí está ya, en esencia, la concepción de la democracia de Ferrajoli. Pero antes de desarrollarla con más detalle, me gustaría hacer un par de objeciones-precisiones a esta concepción de la soberanía en su vertiente interna (en su vertiente internacional creo que la soberanía, al menos desde Westfalia, si no ya antes, nunca ha sido del todo bodiniana, pues la existencia del Derecho internacional impone necesariamente obligaciones a los Estados que no parece verosímil justificar con la ficción del monismo nacionalista de que en último término dependen de su aceptación por cada Estado¹⁸).

La primera precisión es que el sentido en el que Ferrajoli habla de soberanía (interna) no puede ser el único posible ni útil porque se refiere sólo al poder constituido. Salvo que quiera prescindir de toda noción de poder constituyente, hay otro sentido relevante, que es la soberanía como capacidad jurídica de decidir en última instancia sobre la propia organización política de un determinado pueblo y territorio, que no tiene por qué ser una capacidad absoluta o ilimitada en sentido bodiniano, bastando que sea o se suponga como originaria. Es conforme a este sentido por el que podemos decir todavía, en sentido jurídico –no fáctico, como muchas veces erróneamente se hace– que es el Estado español o el italiano el que es soberano y no la Unión Europea, pues aquéllos Estados mantienen la competencia para abandonar esta última institución, mientras que no son soberanos el País Vasco o la Padania, que no pueden hacer algo equivalente, siempre desde un punto de vista jurídico.

La segunda precisión se refiere a la presunta limitación de los derechos políticos por los restantes derechos, que Ferrajoli basa en la rigidez constitucional, pero que tampoco tiene en cuenta dos cosas: ante todo, que de nuevo está pensando en el poder constituido, y no en la posibilidad de reformas constitucionales que pudieran cambiar no sólo las «ponderaciones» que las propias constituciones hacen entre los dis-

¹⁷ FERRAJOLI, «Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero» (2001), en *Democracia y garantismo*, pp. 84-85.

¹⁸ Sobre el tema, con una sólida perspectiva histórica, remito al documentado libro de Matthew S. WEINER, *Democratic Sovereignty. Authority, Legitimacy, and State in a Globalizing Age*, Londres, UCL Press, 2007.

tintos derechos sino incluso el propio sistema de rigidez constitucional, y que no necesariamente tendrían por ello que suprimir o limitar el sistema democrático; y, por otra parte, que las relaciones entre los derechos políticos y los demás derechos, así como de éstos entre sí, son seguramente más conflictivas de lo que Ferrajoli ha defendido en una sucesión de debates con varios colegas. En ambos aspectos me inclino a pensar que él propone una imagen en cierto modo «congelada» del constitucionalismo actual, no en un sentido absoluto e ideal, conforme al cual él creyera que no se puede o se debe ir más allá, pero sí al menos como cuasi-ideal, en un doble sentido relevante: de un lado, porque acepta, y en ese sentido en cierto modo pretende congelar, el modelo constitucional europeo como un punto de partida sobre el que no se debería volver atrás y, por tanto, a partir del cual se debería desarrollar un constitucionalismo cosmopolita, en expansión del modelo de derechos; y, de otro lado, porque minimiza los conflictos entre derechos como resultado de la aplicación de su propia teoría, que propone de antemano una interpretación de las relaciones entre los distintos derechos que también tiende a congelarlos en una determinada visión, que permite eludir la necesidad de ponderar de manera genérica entre ellos pero sólo por la simple razón de que la ponderación ya ha sido previamente realizada por la propia teoría de Ferrajoli.

2.2 Más allá de la definición formal de los derechos fundamentales

Antes de entrar en la concepción de Ferrajoli sobre la democracia como articulación esencialmente no conflictiva de los distintos tipos de derechos fundamentales, quiero abordar la cuestión de la definición meramente formal de los derechos fundamentales, que pretende aislar el concepto teórico de tales derechos respecto de su justificación político-moral. Como de ello se ha discutido ya hasta la saciedad por diversos autores¹⁹, siempre sin mover un ápice a Ferrajoli sobre la dis-

¹⁹ Vid., entre otros, Luca BACELLI, «Diritti senza fondamento», *Teoria política*, XVI, núm. 2, 2000, § 1, trad. cast., como cap. II.1 de L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001; Riccardo Guastini, «Tre problemi per Luigi Ferrajoli», *Teoria política*, XIV, núm. 2, 1998, §§ 2-3, trad. cast., como cap. I.1 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*; Mario JORI, «Ferrajoli sui diritti», *Teoria política*, XV, núm. 1, 1999, § 2, trad. cast., como cap. I.4 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*; Ermanno VITALE, «Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli», *Teoria política*, XIV, núm. 2, 1998, pp. 44-46, trad. cast., como cap. I.2 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 68-69; y Danilo ZOLO, «Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"». A propósito di un saggio di Luigi Ferrajoli», *Teoria política*, XV, núm. 1, 1999, pp. 6-7, trad. cast., como cap. I.3 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 81-82.

tinción de planos o niveles en los que se mueven sus distintas afirmaciones (en este caso el nivel de la teoría jurídica y el de la filosofía política²⁰), me limitaré a un rápido comentario para poner en duda la necesidad y la utilidad de esa multiplicación de entes con la adición de un argumento por analogía que no me consta que haya aparecido hasta ahora en los debates anteriores.

A mi modo de ver, la categoría «derechos fundamentales», como la categoría «democracia», está inevitablemente cargada de valor, en nuestras discusiones de un valor positivo. Eso no significa que no se puedan hacer referencias meramente descriptivas, e incluso peyorativas, a usos lingüísticos externos o ajenos, como cuando se afirma que el derecho a portar armas es un derecho fundamental para la Constitución estadounidense o que la democracia era una mala forma de gobierno para Platón y Aristóteles. Pero en las discusiones sobre los derechos fundamentales o la democracia que adoptan un punto de vista interno, de carácter filosófico-político o normativo, el concepto o los conceptos relevantes presuponen necesariamente valoraciones y sus meras definiciones formales y asépticas no sirven para nada si es que no llegan a estorbar en la clarificación de lo que se discute. En el caso de la democracia, incluido Ferrajoli, solemos partir de un tipo de definición cargado valorativamente (normalmente con referencia a un procedimiento de decisión bajo ciertas condiciones de igualdad, libertad y pluralismo) y no tenemos que molestarnos en despejar que las democracias populares o la democracia orgánica no cumplen sus requisitos. En el caso de los derechos fundamentales, la posición de Ferrajoli obliga a distinguir entre los derechos-fundamentales-formales –entre los que se encuentran todos aquellos caracterizados tanto por la universalidad de sus titulares como personas, como ciudadanos o como capaces de obrar, cuanto por su indisponibilidad o irrenunciabilidad al derecho mismo– y los derechos-fundamentales-valiosos, que son los que se articulan en las cuatro categorías que según él caracterizan el modelo de la democracia constitucional.

Creo que el propio Ferrajoli, y por buenas razones, está lejos de poder mantener esta disciplina diferenciadora cuando en tantas ocasiones, e incluso en el título de uno de sus libros, ha afirmado sin más especificaciones que los derechos fundamentales conforman la ley del

²⁰ Ferrajoli ha precisado que «la teoría de la democracia desarrollada en el segundo volumen de *Principia iuris* no es una teoría filosófico-política de la justicia o del buen gobierno democrático», sino «una interpretación semántica de tipo axiológico» o «una teoría empírico-normativa» de su modelo de democracia constitucional («*Principia iuris*. Una discusión teórica... *cit.*, p. 415). La distinción es sutil y entiendo que se puede reformular como distinción entre *filosofía política ideal* y en abstracto y *filosofía política cuasi-ideal*, relativa a un modelo político-jurídico concreto, donde el modelo es una forma idealizada de distintos sistemas jurídicos concretos y la teoría propuesta es la mejor interpretación posible de ese modelo. La alusión del texto a la filosofía política de Ferrajoli, que vuelvo a repetir más adelante, ha de entenderse referida a este segundo sentido.

más débil, refiriéndose, claro, a los derechos que él considera justificados, no a los de su definición formal. Porque en la discusión sobre cuáles son tales derechos y cuál es su alcance, al igual que en la discusión sobre la democracia, la definición formal no aporta absolutamente nada, salvo riesgo de confusión, ya que no obliga a afirmar que un derecho de titular universal está realmente justificado como fundamental ni puede ni debe impedir afirmar que un derecho de titularidad esencialmente disponible sea en realidad un derecho fundamental. El primer aspecto de mi observación, relativo a la excesiva amplitud valorativa de la definición formal, ha sido ya muy trillado e incluye casos que, desde la propia concepción de Ferrajoli no están justificados como derechos fundamentales –por ejemplo, el repetido derecho a llevar armas, pero también la limitación de los derechos políticos a los propietarios varones²¹, el supuesto derecho a la vida de todo concebido, etc.–, lo que ha podido siempre ser soslayado por él indicando que aunque desde su propio punto de vista valorativo no sean verdaderos derechos fundamentales, bien lo pueden ser conforme a un punto de vista distinto. Aunque aceptemos tal concesión al relativismo cultural en el plano teórico, el segundo aspecto de mi observación ha sido menos explorado y presenta, me parece, un problema mayor para la teoría de Ferrajoli, pues debe sostener que un derecho que no es fundamental conforme a su definición formal sí puede serlo desde el punto de vista de su justificación filosófico-política. Al fin y al cabo, mantener un concepto formal más amplio que el concepto sustancial propio, no plantea el problema de un concepto formal más restringido, en el que no entran casos que podríamos considerar sustantivamente incluíbles en el concepto. Y tal es lo que ocurre con el derecho a la eutanasia consentida, que pone en cuestión el discutible rasgo de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, un rasgo que yo diría que pretende operar como una especie de sucedáneo de requisito sustantivo pero que no puede cumplir bien esa pretensión valorativa ni tampoco su función meramente formal o definitoria²².

²¹ Como destacó en su momento Riccardo GUASTINI, «ciudadanía» es un concepto jurídico que puede ser denotado con distintos referentes, por lo que la universalidad sería un concepto vacío (cf. «Tre problemi per Luigi Ferrajoli» *cit.*, p. 38, trad. cast., p. 61). En realidad, también las otras dos categorías que Ferrajoli utiliza para definir la titularidad de los derechos fundamentales –la capacidad de obrar y la personalidad– son conceptos jurídicos y, por tanto, definibles con distintos significados. Esto no significa, sin embargo, que tales categorías sean por completo vacías, pues siempre habrá márgenes que sería irrazonable superar (otorgar capacidad de obrar a un niño de dos años, conferir personalidad a una piedra, etc.). En lo que sí cabe coincidir con Guastini es en que la gran amplitud que así adquiere el concepto de derecho fundamental convierte a la universalidad en algo sin interés.

²² Aunque quizá menos claro, también el rasgo de la universalidad podría tener un encubierto contenido sustancial, que a mi modo de ver aparece en el uso valorativo o filosófico-político que Ferrajoli hace de la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales (que se tienen *uti singuli*), donde los segundos resultan ser derechos subordinados a los primeros, de modo que pueden ser limitados o recortados

Que me conste, Ferrajoli ha abordado en parte esta cuestión en una ocasión, en réplica a una objeción de Mario Jori sobre la permisibilidad del suicidio, pero sin responder a ella de manera directa y satisfactoria²³. Ferrajoli se centró en negar que el suicidio sea un acto de disposición, e incluso un acto jurídico, añadiendo que «sería inválido el acto en el que se nos obligara a suicidarnos»²⁴. Pero, por un lado, si con ello se pretende aludir, como parece, a la validez jurídica, la previsión de esa o de otra regulación es meramente contingente, pudiendo haber ordenamientos jurídicos que lo desmienten (como lo era el de la Grecia clásica –recuérdese a Sócrates–, y quizá el de la Roma antigua) y, por otro lado, lo que es más importante, si la validez de la que se habla es la validez o justificación moral, el argumento pide el principio y, además, es sustantivamente irrelevante: si aplicáramos ese argumento al caso de la eutanasia consentida, tal y como por ejemplo se regula en Holanda, resultaría que deberíamos excluir tal derecho como fundamental únicamente por razones formales, esto es, porque no entra en la definición de Ferrajoli, que por lo demás es según él meramente convencional, como cualquier definición teórica. Desde luego, hay mucha gente dispuesta a defender ese derecho como fundamental por muy buenas y diversas razones, entre las cuales, naturalmente, el dogma de que por definición los derechos fundamentales son indisponibles apenas merecería réplica, pues carece de toda sustancia para quien no mantenga una inverosímil concepción esencialista del lenguaje. Lo anterior muestra suficientemente, me parece, que la relación entre la definición formal y la justificación sustantiva de los derechos fundamentales no está bien resuelta en el conjunto de la teoría de Ferrajoli.

2.3 Entre el ideal democrático y la democracia mínima: el pluralismo ideológico

Para recordar tan sintética como expeditivamente la filosofía política de Ferrajoli a propósito de los derechos de la democracia constitucional, esta puede caracterizarse idealmente (o cuasi-idealmente²⁵)

en caso de conflicto (quien primero elaboró esta crítica, por lo que sé, fue Mario JORI, «Ferrajoli sui diritti» *cit.*, pp. 32-33, trad. cast., pp. 119-120). Sin embargo, si en este caso aplicáramos la estricta separación que Ferrajoli propone entre definiciones formales pertenecientes a la teoría jurídica y afirmaciones valorativas pertenecientes a la filosofía jurídica, del rasgo meramente formal de la universalidad no podría derivarse ninguna jerarquía axiológica.

²³ Cf. M. JORI, «Ferrajoli sui diritti» *cit.*, pp. 34-35, trad. cast., pp. 122-123.

²⁴ L. FERRAJOLI, «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», *Teoria politica*, XV, núm. 1, 1999, p. 64, trad. cast., «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», como cap. II de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, p. 162.

²⁵ Véase mi precisión *infra*, nota 20, conforme a la cual, cuando hablo del «modelo ideal de democracia» de Ferrajoli, puede entenderse que me refiero a su modelo

como la suma coordinada de cuatro tipos distintos de derechos: de un lado, dos de carácter procedimental, como son (a) los derechos políticos o de autonomía política (esto es, para la participación en la esfera de las decisiones colectivas: derecho al voto, a la libre asociación, reunión y expresión, etc.), y (b) los derechos «civiles» o de autonomía privada (esto es, de decisión en la esfera privada: derecho a ser propietario, a contratar, a contraer matrimonio, etc.); y, de otro lado, dos de carácter sustantivo, que incluyen tanto (c) los derechos genéricos de libertad –a su vez distinguidos en dos clases: las «inmunitades» o libertades *frente a* [*libertà da*] y las «facultades» libertades *de* [*libertà di*]– como (d) los derechos sociales, entendidos como derechos a determinadas prestaciones asistenciales por parte del Estado.

La distinción de estos cuatro tipos de derechos es esencial para Ferrajoli al menos por dos razones: una, porque cuando es negada o malinterpretada por las doctrinas corrientes, dice, se produce «el efecto, entre otros, de configurar como “conflictos” entre derechos lo que en realidad no son sino límites estructuralmente impuestos por los derechos de libertad-facultad al ejercicio de los derechos-autonomía [tanto privada como pública, es decir, tanto de los derechos civiles como de los políticos], por los derechos de libertad-inmunidad (“frente a”) al ejercicio de los derechos de libertad-facultad (“de”), por los derechos fundamentales al ejercicio de los derechos patrimoniales y de las meras libertades»²⁶; y segunda, pero no menos importante, porque para él los cuatro tipos de derechos, en la medida en que se vean realizados de hecho conforme al modelo, son condición necesaria y suficiente de la *democracia constitucional*, que distingue claramente de la *democracia tout court*, identificada con la «democracia puramente política o formal», que sólo garantiza los derechos de participación política²⁷.

Pues bien, estas distinciones, que son a la vez jerarquizaciones axiológicas, producen en el caso de Ferrajoli una teoría muy completa y desarrollada de los derechos constitucionales pero que, a mi modo de ver, paga el precio de ser demasiado cerrada y rígida, esto es, de formular un modelo ideal que no articula bien su relación con la realidad, mucho más conflictiva que el modelo, y tanto en las prácticas legislativas y judiciales como, lo que es más decisivo y grave, en la teoría, que debe dar cuenta de manera más rica y compleja del ámbito de lo político, que muestra discrepancias fundamentales sobre lo que Ferrajoli llama el «ámbito de lo no decidible». En la práctica, el ámbi-

cuasi-ideal, o ideal en concreto, relativo al sistema de la democracia constitucional genéricamente considerado en el segundo volumen de *Principia iuris*.

²⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, tomo 1, *Teoria del diritto*, § 11.6, pp. 753-754 (hay trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, tomo 1, p. 712).

²⁷ *Principia iuris...*, *cit.*, vol. 2, pp. 7 y 21-22, trad. cast., pp. 11 y 24-25.

to de lo decidible lo definen las ideologías políticas en liza en las democracias realmente existentes, donde diversos comunitarismos, distintas posiciones utilitaristas y defensores de unos u otros distintos derechos tienen opiniones encontradas y, por tanto, inevitablemente abiertas a la posibilidad de decisión. Por lo demás, siempre dejando aparte a los sistemas claramente no democráticos, el mundo actual conoce no sólo democracias «fallidas» o insuficientes, sino distintos modos de entender la democracia, de la «democracia bolivariana» y adheridas, que proclaman un socialismo del XXI a decir verdad tan poco liberal y respetuoso del imperio de la ley como el profesado en el siglo XIX, a la mayoría de las democracias europeas, que, a imitación de la tradicional forma estadounidense, se encaminan hacia un modelo económico cada vez más liberal y menos social.

A mi modo de ver, el modelo ideal de la democracia constitucional de Ferrajoli, que fija las condiciones de una democracia completa —la cual, por seguir sus propias distinciones, sería tanto formal como sustancial y podría calificarse a la vez como política, liberal, civil y social—, puede servir, como todo ideal, para medir y juzgar la distancia con la realidad, pero tal y como él lo emplea podría adolecer de la suficiente flexibilidad para afrontar la distinción entre democracias y no democracias. En aras de ese modelo ideal, la concepción de Ferrajoli tal vez podría carecer de una adecuada caracterización de las condiciones mínimas o básicas de la democracia, lo que él mismo caracteriza como democracia *tout court* pero con reticencias teóricas que podrían terminar por desvirtuar la relevancia de este concepto hasta identificar la democracia con el modelo ideal de la democracia constitucional, mucho más exigente y sustantivo.

En efecto, justo en el momento en el que Ferrajoli reconoce que la dimensión formal o procedimental de la democracia es una condición necesaria de la democracia, dedica varias páginas a justificar que no es una condición suficiente. Pero con ello muestra una ambigüedad no claramente resuelta entre la tesis débil de la democracia formal o política como condición necesaria y suficiente, que es como naturalmente se debería interpretar la expresión «democracia *tout court*», y la tesis fuerte de que la democracia política es condición necesaria pero no suficiente de la democracia, conforme a lo cual la verdadera democracia sería la democracia constitucional, que establece como límites sustantivos no sólo a los derechos políticos sino también a los derechos liberales, a los sociales y (con cierta vacilación que mencionaré enseguida) a los civiles.

La ambigüedad sobre el valor de la concepción procedimental de la democracia como condición suficiente no termina de resolverse en las dos primeras de las cuatro razones o «aporías» que Ferrajoli aduce para probar que «la dimensión formal» no es la única dimensión necesaria de la democracia. Allí aduce en primer lugar «la falta de alcance empírico y, por consiguiente, de capacidad explicativa» de la definición procedimental frente a los actuales sistemas constitucionales,

que vinculan al poder sustancialmente a través de la garantía de los derechos fundamentales, pero sin llegar a concluir, como parecería obligado, que una democracia sólo formal, que carezca de tales vínculos, no es propiamente democracia, sino sólo que, en tal caso, «si bien podemos hablar de “democracia” en sentido puramente político o formal, no podemos ciertamente hacerlo a propósito de esa forma compleja y hoy generalizada en todos los países avanzados que es la “democracia constitucional”»²⁸.

Tampoco termina de resolver la ambigüedad su segunda razón, de que sin vínculos o límites de contenido «una democracia *no puede* –o al menos *puede no– sobrevivir*» porque «siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos»²⁹. Cualquier defensor de la definición procedimental de democracia puede aceptar la afirmación de Ferrajoli si se interpreta como tesis débil, en realidad derivada de la propia definición, en referencia a que una democracia *no puede* sobrevivir si no se garantizan los contenidos propios de los derechos de participación política (voto, expresión, reunión y asociación), pero no como tesis fuerte, ampliada a todos los derechos, que resulta o fácticamente errónea o irrelevante: así, que una democracia meramente procedimental «no puede sobrevivir» es empíricamente falso, como lo ha probado hasta la saciedad el sistema británico, y que «puede no sobrevivir» es una trivialidad que puede ocurrirle a cualquier democracia por muchos y reforzados que sean los derechos garantizados por ella.

Las otras dos razones, en cambio, parecen inclinar la resolución de la ambigüedad en favor de la tesis fuerte, que es en realidad la que Ferrajoli pretendía argumentar con sus cuatro «aporías»³⁰. La tercera, en efecto, es «el nexo indisoluble» existente entre la soberanía popular y las distintas categorías de derechos fundamentales (aunque luego, en la justificación detallada de esta tesis no se hace alusión a los derechos civiles): por un lado, el nexo entre democracia política y «derechos de libertad individuales», que incluyen también libertades no políticas, y, por otro lado, el nexo entre derechos políticos y de libertad y derechos sociales efectivamente garantizados³¹. En cuanto a la cuarta razón, reafirma en forma genérica, sin duda demasiado genérica, que «ninguna mayoría puede decidir sobre lo que no le pertenece,

²⁸ *Principia iuris...*, cit., vol. 2, pp. 6-7, trad. cast., pp. 10-11.

²⁹ *Principia iuris...*, cit., vol. 2, p. 7, trad. cast., p. 11.

³⁰ El texto, en efecto, dice: «¿Es suficiente una connotación puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones que se exigen a un sistema político para que pueda ser considerado “democrático” y, más específicamente, como una “democracia constitucional”? Creo que no. Enumeraré cuatro razones, correspondientes a otras tantas aporías, que exigen que sea integrada por límites y vínculos sustanciales o de contenido» (*Principia iuris...* cit., vol. 2, p. 6, trad. cast., p. 10).

³¹ Cf. *Principia iuris...*, cit., vol. 2, pp. 7-8, trad. cast., pp. 11-12.

es decir, sobre la supresión o la restricción de aquellas normas constitucionales que confieren derechos fundamentales»³².

Pues bien, en la medida en que Ferrajoli adopte en efecto la tesis fuerte según la cual la democracia no puede ser sólo un procedimiento de decisión política, sino que también debe incorporar el conjunto de los derechos liberales y sociales recogidos en muchas constituciones actuales, estará asumiendo una concepción de la democracia que no distingue claramente entre las condiciones ideales y las condiciones mínimas de ese sistema político. De esta manera, en la filosofía política de Ferrajoli se aplicaría con todas sus consecuencias la jerarquía «estructural» propia de su teoría formal de los derechos, conforme a la cual los derechos sustanciales son un límite a los derechos procedimentales. Si así fuera, sin embargo, este planteamiento elevaría a definición de la democracia el modelo de «una casi óptima república»³³, hasta fagocitar y anular la definición procedimental, y con ello terminaría por invertir la jerarquía valorativa que debe existir en un sistema democrático entre procedimientos y sustancia³⁴.

En mi forma de verlo, y de acuerdo en lo esencial con la teorización que hizo Bobbio, el *mínimo* definitorio de la democracia son los derechos procedimentales de carácter político, que incluyen como condición necesaria no sólo el derecho de sufragio sino también los

³² *Principia iuris... cit.*, vol. 2, p. 8, trad. cast. 12. Dicho sólo marginalmente, porque lo que me interesa destacar es cómo Ferrajoli parece suscribir con esto la definición fuerte de democracia, vuelvo a insistir aquí en la «congelación» pretendida por él de las declaraciones de derechos constitucionales, por otra parte diversas según los países: ¿ninguna mayoría? ¿tampoco la del llamado «poder constituyente»?

³³ La crítica, en forma de duda, también fue oportunamente destacada por Ermanno VITALE: «Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?...» *cit.*, p. 47, trad. cast., p. 72.

³⁴ Esta crítica es de naturaleza diferente a la de que la teoría de Ferrajoli limita altamente y hasta anula tendencialmente el espacio de la política, al menos de la política relevante, cautelosamente avanzada antes de *Principia iuris* por VITALE («Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica?...» *cit.*, pp. 41-42 y 47, trad. cast., pp. 64 y 71) y por Michelangelo BOVERO («Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso specifico», *Teoria politica*, XVI, núm. 3, 2000, p. 36, trad. cast., como cap. II.2 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, p. 241) y más rotundamente afirmada por Anna PINTORE («Diritti insaziabili», *Teoria politica*, XVI, núm. 2, 2000, esp. pp. 8-11, trad. cast., como cap. II.3 de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 253-258). Las respuestas de Ferrajoli a estas críticas, sea afirmando pero no probando que en su teoría hay amplios márgenes de autonomía para la legislación (cf. «I diritti fondamentali nella teoria del diritto» *cit.*, p. 69, trad. cast., p. 170), sea distinguiendo entre la predeterminación constitucional del contenido de las leyes, que sí incurriría en la crítica pero que él no habría defendido, y el mero condicionamiento, que es lo que él habría defendido («I fondamenti dei diritti fondamentali», *Teoria politica*, XVI, núm. 3, 2000, p. 106, nota 61, trad. cast., como cap. III de *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 325-326, nota 61), en mi opinión eluden la cuestión central de si el espacio que su modelo ideal deja a la política es realmente significativo y no se aleja de forma sustancial de las discusiones y variaciones en las que realmente nos debatimos.

derechos esenciales de libertad que garantizan el pluralismo político, esto es, las libertades de asociación, expresión y reunión. Lo decisivo de ese mínimo es que opera también como un criterio *básico*, sin el cual no podemos hablar de democracia, y que por ello es en cierto modo constitutivo y procedimentalmente supraordenado a cualesquiera otros derechos³⁵. En ese mismo sentido, los derechos deben considerarse en principio como *derivados* del juego del procedimiento, porque debemos aceptar, si realmente somos demócratas (demócratas liberales, se entiende), el pluralismo de las diferentes posiciones e interpretaciones a la hora de delimitar su alcance y las distintas soluciones a sus posibles conflictos. Esa es la condición que, de forma más o menos condicionada por la diferente rigidez de las constituciones (y hoy de algunos tratados internacionales) pero siempre en alguna medida que debe depender de la propia decisión democrática, afecta a derechos importantísimos como el derecho a la vida (en relación con el aborto o la eutanasia, etc.), a la educación, a la salud, a las condiciones laborales, a la información, a la libertad religiosa e ideológica, etc. Aunque nuestro ideal común fuera sin fisuras el modelo de democracia constitucional de *Principia iuris* (pero algunos, como dije, haríamos precisiones, mientras otros muchos presentarían sustanciales enmiendas), la realidad seguiría siendo que tendríamos que luchar por él en cada cita electoral. Y, además, así debe seguir siendo en tanto vivamos en sociedades ideológicamente pluralistas. Ese es el riesgo inevitable de la democracia³⁶, y a la vez su valor.

Una consecuencia de la neta diferenciación que estoy proponiendo entre el modelo ideal y el modelo mínimo es que obliga a diferenciar entre dos distintas esferas de lo indecible que no coinciden más que en parte con la distinción de Ferrajoli entre «lo indecible que sí» y

³⁵ Vendría aquí al caso recordar las conocidas consideraciones de Jeremy WALDRON sobre el valor esencial o intrínseco de los derechos de participación democrática y su relevante distinción entre la teoría sobre los derechos y la teoría sobre la autoridad que debe decidir sobre las cuestiones social y políticamente disputadas, incluidas las delimitaciones entre derechos en posible conflicto entre sí (cf. «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13/1, 1993, pp. 18-51; ampliado en los capítulos X a XIII de *Derecho y desacuerdos* [1999], trad. cast. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005). En esta misma línea, tanto Anna Pintore como Michelangelo Bovero pusieron de manifiesto en su debate con Ferrajoli que su teoría carecía de un criterio claro sobre la autoridad a la que compete decidir la definición y el alcance normativo de los derechos fundamentales (cf. PINTORE, «Diritti insaziabili» *cit.*, p. 4-5, trad. cast., p. 246; y BOVERO, «Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli...» *cit.*, p. 35, trad. cast., p. 240).

³⁶ Anna PINTORE, aludiendo precisamente al riesgo de la democracia, señaló agudamente la disonancia que se muestra en la obra de Ferrajoli «entre la simpatía moral por las luchas “de abajo” que han producido los derechos, y la actitud, en el fondo aristocrática y paternalista, aunque ilustrada, de quien desea hoy sustraerlos a la decisión de quienes los han elegido, y confiarlos eternamente a la prudente administración del filósofo o, lo que es lo mismo, a la oculta administración del intérprete» («Diritti insaziabili» *cit.*, p. 14, trad. cast., p. 265).

«lo indecible que no». Por un lado, el núcleo duro de lo indecible, lo intocable o esencial, sin lo cual no existe propiamente democracia liberal, que viene dado por las condiciones mínimas o básicas de la democracia, y, por otro lado, la periferia de lo que –si siguiéramos en todo el modelo ideal de Ferrajoli– *debería ser* indecible pero que de hecho tenemos que decidir, sin poder dejar de hacerlo, elección política tras elección política.

3. UNA CONCLUSIÓN PARADÓJICA

Al final del recorrido, podría resultar doblemente paradójico que alguien que, como yo mismo, defiende y ha defendido la idea de cierta objetividad de los criterios éticos básicos, haya debido recordar a quien, como Ferrajoli, tanto ha insistido en su carácter relativo y no objetivo que la democracia no es tanto, ni sobre todo, un entramado en el que los distintos derechos engarzan en un ideal coherente y acabado en lo sustancial (quiero decir, más allá de detalles no importantes), sino un procedimiento para resolver las persistentes discrepancias éticas y políticas que son inevitables en sociedades mínimamente complejas y no sometidas a la opresión social de una ideología indisputable.

Por mi parte, que es la que aquí puedo defender, la paradoja resulta aparente porque creo que no incurro en contradicción alguna. Mi defensa, siempre cualificada, de que nuestros puntos de vista morales, especialmente en lo que atañe a los criterios básicos sobre la justicia, suponen y exigen la adopción de un punto de vista interno que los considere suficientemente objetivos, es perfectamente compatible con el reconocimiento del hecho del pluralismo ético y político desde un punto de vista externo. Más aún, la preferibilidad «objetiva» de un determinado criterio presupone que haya de hecho distintos criterios «subjetivos» en disputa. En todo caso, lo que es más importante, mi anterior defensa incorpora el especial valor ético que se debe asignar a la propia democracia como entramado de ciertos derechos básicos (no necesariamente de todos) y, a la vez, como procedimiento de resolución de disputas que tantas veces afectan a los límites de los distintos derechos. Y, precisamente, en ese valor atribuido a la democracia como procedimiento resulta esencial el reconocimiento del valor del pluralismo, es decir, del valor del inevitable hecho de que existan ideologías discrepantes con las nuestras con las que hemos de compartir el sustrato común y fundamental que permita resolver las diferencias en paz y libertad. Supuesto que esto sea así, es a Ferrajoli a quien le toca defender que también por su parte la paradoja es meramente aparente.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012.

