

FERRAJOLI O EL CONSTITUCIONALISMO OPTIMISTA *

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN. En esta contribución se discuten cuatro aspectos de la magna obra de Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*: 1) las nociones de laguna y antinomia que configuran su concepción del sistema jurídico, 2) su análisis de los derechos constitucionales y de los conflictos entre ellos, 3) sus tesis acerca de la separación entre el Derecho y la moral y 4) el «constitucionalismo optimista», algo panglosiano, defendido por FERRAJOLI. Desde un amplio acuerdo en las cuestiones normativas, se ponen de manifiesto ciertas dudas sobre algunos de los fundamentos conceptuales de la obra.

Palabras clave: FERRAJOLI, sistema jurídico, derechos constitucionales, democracia constitucional.

ABSTRACT. In this contribution, four aspects of Luigi Ferrajoli's *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* are discussed: 1) the notions of legal gap and legal contradiction which configure his conception of legal system, 2) his analysis of constitutional rights and the conflicts among them, 3) his theses about the separation between law and morals and 4) the «optimistic constitutionalism», rather panglossian, defended by FERRAJOLI. From a strong agreement in normative questions, this paper shows certain doubts about some of the conceptual foundations of FERRAJOLI'S work.

Keywords: FERRAJOLI, legal system, constitutional rights, constitutional democracy.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

1

La reciente y largamente esperada obra de L. FERRAJOLI¹ nos convoca en Brescia, por amable y oportuna invitación de T. MAZZARESE, a realizar una primera valoración y un primer debate sobre el alcance y los objetivos de su contenido. En realidad todas las publicaciones anteriores de FERRAJOLI pueden ser contempladas como materiales preparatorios para esta gran construcción. Estamos frente a una teoría formal, la sintaxis y la semántica de la teoría definen lo que se conoce, en informática y en las ciencias de la computación, como una *ontología de dominio*, es decir, una especificación explícita de una conceptualización. Se delimita un conjunto de entidades que constituyen un determinado universo del discurso en el que se establecen definiciones de propiedades, relaciones y funciones. Un conjunto de axiomas formales condicionan la interpretación y el uso adecuado de los términos usados².

Este modo de configurar la teoría permite disponer de un vocabulario básico, unas reglas de formación y otras de transformación que nos habilitan para saber de qué hablamos con precisión. Las ventajas de claridad y articulación conceptual son obvias. Pero no es sólo, ni siquiera principalmente, una teoría formal; es una teoría *sustantiva* que, en el segundo volumen de la obra, construye una grandiosa teoría normativa de la democracia para nuestra época.

El balance que aquí, en el seminario bresciano, tendrá lugar ha de considerarse como provisional, dado que ha transcurrido poco más de un mes desde la publicación de la obra y mil setecientas páginas de texto, en los dos primeros volúmenes, más otras mil, en el tercer volumen, de desarrollo formal, requieren años de debate para un análisis detenido del contenido de la obra. Si esta apreciación vale, según creo, en general, *a fortiori*, vale sin duda para mi propio comentario, que estará dedicado a algunos aspectos del constitucionalismo ferrajoliano.

Con la obra de FERRAJOLI suele ocurrirme que estando de acuerdo con la mayoría de sus tesis normativas —especialmente valioso es, en mi opinión, el constitucionalismo federal y cosmopolita que esboza en sus últimos capítulos—, albergó dudas sobre algunos de los fundamentos teóricos que llevan al autor hasta sus conclusiones. Me referiré a cuatro de ellas en esta breve exposición: 1) las nociones de laguna y antinomia que configuran su concepción del sistema jurídico, 2) su análisis de los derechos constitucionales y los conflictos entre ellos, 3) sus tesis acerca de la separación entre el derecho y la moral y 4) lo que el autor mismo llama su «ottimismo metodológico» (vol. 2, pp. 611-612), con el que la obra concluye.

¹ L. FERRAJOLI, 2007: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Roma-Bari: Laterza. Los números de página entre paréntesis en el texto se refieren siempre a esta obra.

² Véase, por ejemplo, T. R. GRUBER, 1993: «A Translation Approach to Portable Ontologies», *Knowledge Acquisition*, 5, pp. 199-220.

2

Las nociones de antinomia y laguna de L. FERRAJOLI hacen que dichas situaciones se produzcan solamente en los ordenamientos constitucionales y no en los ordenamientos de un solo nivel normativo. Según FERRAJOLI (vol. 1, pp. 685-686):

«"Antinomia" è il vizio sostanziale prodotto dall'indebita decisione di una norma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l'anullamento della norma in contrasto».

Y

«"Lacuna" è il vizio prodotto dell'indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l'introduzione della norma mancante».

No deseo aquí analizar en profundidad la virtualidad de estas nociones para el análisis del funcionamiento de los sistemas normativos nomodinámicos, es decir, de los sistemas normativos de diversos niveles. Creo, dicho sea incidentalmente, que son nociones fecundas que permiten iluminar algunos aspectos de los ordenamientos constitucionales, como FERRAJOLI muestra con claridad. Deseo únicamente analizar (como el mismo FERRAJOLI reconoce, vol. 1, p. 909) por qué dichas nociones son mucho más restringidas que las usuales, puesto que creo que ello ayudará a comprender algunos aspectos centrales del aparato conceptual de FERRAJOLI.

Según FERRAJOLI (vol. 1, pp. 12-13, 172-173), las antinomias y lagunas genuinas sólo se dan en los sistemas nomodinámicos; en los sistemas nomoestáticos, de un solo nivel normativo, dichos fenómenos están ausentes. Por otro lado, FERRAJOLI sostiene que el Estado legislativo de Derecho es un sistema de un solo nivel normativo, por lo que en dichos ordenamientos no existen genuinamente ni lagunas ni antinomias.

En primer lugar, es destacable la insistencia de FERRAJOLI en que el Estado legislativo de Derecho (lo que denomina el modelo paleoiuspositivista) es un modelo de un único nivel normativo. Es extraño afirmar esto del modelo que creó, en la iuspublicística alemana, la distinción entre la ley y el reglamento y el Derecho administrativo que todos hemos aprendido fundó nociones como la validez y la nulidad de los reglamentos según su adecuación a las leyes que los autorizaban. Pero dejemos esta cuestión de lado.

En segundo lugar, la razón por la cual, con arreglo a la teoría de FERRAJOLI, los sistemas nomoestáticos carecen de lagunas y de antinomias es que en dichos sistemas los principios lógicos de consistencia y completad figuran como principios *iuris et de iure*; mientras en los sistemas nomodinámicos, dichos principios figuran sólo como principios *iuris tantum*. La explicación concreta de la ausencia de antinomias y lagunas en dichos sistemas no es, me parece, muy convincente. Acerca de las antinomias, nos dice que en la legislación existen instrumentos para resolverlas, en concreto *lex posterior* y *lex specialis*. Sin embargo, como tantas veces ha sido señalado, son posibles antinomias entre leyes dictadas a la vez y sin que ninguna de ellas sea especial respecto de otra. Así sucede cuando yo le ordeno a mi hija que se vaya a la cama antes de las nueve y que no se acueste sin hacer los deberes. Si son las nueve y no ha hecho los deberes, es obvio que no puede cumplir con ambas órdenes y los criterios de re-

solución de antinomias no sirven, como tantas veces ha sido recordado³. En relación con las lagunas, FERRAJOLI sostiene que pueden ser colmadas mediante la aplicación analógica de las normas, prevista por los códigos civiles, pero, como alguna vez se ha dicho, esto es tanto como decir que un traje no tiene agujeros porque un sastre puede remendarlos⁴.

En tercer lugar, y más importante, la posición de FERRAJOLI pone de manifiesto una ambigüedad que afecta, me parece, a los primeros postulados de su teoría y pone en cuestión cuál deba ser su interpretación adecuada. Vayamos entonces al volumen tercero. Los dos primeros postulados de FERRAJOLI establecen lo siguiente (vol. 3, p. 22):

- P1. De aquello que no está permitida la comisión está permitida la omisión.
- P2. Todo comportamiento supone una modalidad que lo califica deónticamente.

De hecho, P1 ya implica P2, dadas las definiciones de FERRAJOLI. Para FERRAJOLI las modalidades deónticas son, como es habitual, *permitido*, *obligatorio*, *prohibido* y *facultativo*, entendido como «permitida la comisión y permitida la omisión». «Permitido» figura como el término primitivo entre las modalidades, y todas son definidas a partir de él; siendo «obligatorio» equivalente a «no permitida la omisión» y «prohibido» a «no permitida la comisión». De este modo, P1 ya dice que todo comportamiento está regulado por alguna modalidad deóntica, está prohibido o permitido. De acuerdo con esta tesis, el Derecho es completo porque es una verdad lógica que todos los comportamientos que no están prohibidos están permitidos (es decir, que todo lo que no está prohibido está permitido). Esta tesis parece avalada por la interdefinibilidad entre «No-prohibido» y «Permitido». Sin embargo, analicemos con algo más de prudencia la tesis según la cual todo lo que no está prohibido está permitido, que denominaremos *Principio de Prohibición*⁵. El *Principio de Prohibición* puede ser entendido de dos formas, cuando recordamos que «permitido» puede ser entendido, cuando aparece en una proposición normativa, de dos formas: en sentido fuerte y en sentido débil⁶. Un comportamiento está permitido en sentido débil en el sistema normativo S cuando no existe ninguna norma que lo prohíba. Un comportamiento está permitido en sentido fuerte en el sistema normativo S cuando existe una norma de S que lo permite. Según estas definiciones, podemos distinguir dos sentidos del Principio de Prohibición, un sentido débil y otro fuerte.

En el sentido débil, el Principio de Prohibición sostiene que si un comportamiento no está prohibido por un sistema normativo S, entonces no hay en S ninguna norma que lo prohíba. Indiscutiblemente en este sentido débil, el Principio es analíticamente verdadero. Ahora bien, no sirve para excluir las lagunas del sistema normativo S. La verdad de este Principio es perfectamente compatible con la presencia en S de casos no regulados.

En el sentido fuerte, el Principio de Prohibición sostiene que si un comportamiento no está prohibido por un sistema normativo S, entonces hay una norma que lo per-

³ Por ejemplo, en N. BOBBIO, 1964: «Des critères pour résoudre antinomies», *Dialectica*, 18, pp. 237-258.

⁴ Véase, por ejemplo, el análisis de las lagunas normativas en el cap. VI de C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1971: *Normative Systems*, New York-Wien: Springer.

⁵ Sigo aquí el análisis de C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1971: *Normative Systems*, New York-Wien: Springer, cap. VI, y J. RUIZ MANERO, 1990: *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, caps. I y II.

⁶ Una distinción formulada por primera vez en G. H. VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul, cap. V, 13.

mite. Si esta versión del Principio de Prohibición fuese una verdad conceptual, entonces los sistemas normativos serían completos. Pero la verdad de esta versión del principio es contingente, depende de la existencia en el sistema normativo de una norma que permita todo aquello que no está prohibido por el sistema. A veces, dicha norma se denomina *regla de clausura*. Y algunas partes del ordenamiento la contienen: así es entendido en el Derecho penal el principio de legalidad: todo lo que no está prohibido penalmente (no existe una norma que lo prohíba como delito) está permitido penalmente. Ahora bien, otras partes del ordenamiento jurídico no tienen una regla de clausura como ésta (así el Derecho privado). Por tanto, esta versión del Principio de Prohibición no es necesariamente verdadera.

Podemos concluir el análisis del postulado P1 de FERRAJOLI de la siguiente manera: el Principio de Prohibición no es una justificación adecuada de tal postulado, porque en su versión débil es necesariamente verdadero pero es compatible con la presencia de lagunas en un sistema normativo y, en su versión fuerte, es sólo contingentemente verdadero y, por tanto, sólo cuando existe en un sistema normativo una regla de clausura puede decirse que es completo, es decir, no garantiza tampoco que, de manera necesaria, los sistemas normativos sean completos.

Y este punto arroja dudas sobre la interpretación de los postulados deónticos de FERRAJOLI. Según FERRAJOLI, las normas jurídicas son reglas (T8.1, vol. 3, p. 283) y las reglas pueden ser modalidades deónticas (P7, vol. 3, p. 22), por lo que P1 podría ser interpretado como «Para todo comportamiento, si no hay una norma que permite su comisión, entonces hay una norma que permite su omisión». Pero con esta formulación es claro que no se trata de una verdad lógica, sino de una verdad empírica, contingente, que depende de la existencia de dichas normas en un sistema jurídico-positivo. En realidad, las verdades analíticas no dicen, como sabemos, nada sobre el mundo, y por tanto, nada dicen sobre nuestros sistemas jurídicos positivos. Los dos primeros postulados de FERRAJOLI no son entonces axiomas que figuran en nuestra descripción de los sistemas jurídicos, sino formulaciones de ideales normativos acerca de cómo deben ser nuestros sistemas jurídicos, en su terminología, no principios *iuris et de iure* sino principios *iuris tantum*. En mi opinión, esta ambigüedad de su lenguaje permea toda su construcción teórica, pero mostrar cómo requeriría de un desarrollo más pausado que no estoy en condiciones de realizar aquí.

3

La tesis de la consistencia de los sistemas con un solo nivel normativo, y la ausencia de lagunas, lleva a L. FERRAJOLI a minimizar la existencia de antinomias entre las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales y a desconfiar del mecanismo de la ponderación (vol. 2, pp. 71-77). Como en otro lugar me he referido a este punto⁷, y como FERRAJOLI dedica una larga nota en su libro a este comentario mío (vol. 2, nota 82, pp. 133-134), podré ser aquí más breve.

⁷ J. J. MORESO, 2005: «Los conflictos entre derechos», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta, pp. 159-170.

En el trabajo referido, trataba de poner de manifiesto⁸, que dada la clasificación FERRAJOLIANA entre derechos fundamentales, éste descuidaba los conflictos que pueden darse entre ellos. Vayamos al caso al que dediqué mayor atención y que FERRAJOLI cuestiona: se trata del conflicto entre los derechos de libertad y los derechos de autonomía privada, los poderes jurídico-privados. FERRAJOLI sostenía entonces y sostiene ahora que los derechos de libertad son límites al ejercicio de los derechos de autonomía privada. Yo puse algunos ejemplos en los que dichos derechos entraban en conflicto y no era claro que los derechos de libertad actuaran como límites. Así, aunque el derecho a la propia imagen comporta vestirse como a uno le plazca, sin embargo un empresario puede —en ciertas circunstancias— obligar a los trabajadores a llevar un uniforme. Y aunque la libertad de expresión está garantizada, un miembro de una sociedad de cazadores que se descubre partidario de los derechos de los animales y hace campaña activa a favor de ellos, puede seguramente ser expulsado de dicha sociedad. Añadía que, con todo, la ponderación es necesaria, puesto que en determinados supuestos —el empresario que obliga a las cajeras de un supermercado a atender a los clientes en top-less— parece que el derecho de libertad resulta vencedor, actúa realmente como límite. FERRAJOLI replica ahora que éstos no son verdaderos casos de conflicto, porque cuando actúa el derecho a la autonomía privada es porque los ciudadanos son libres de aceptar las condiciones contractuales o societarias. En los casos, sin embargo, en que vencen los derechos de libertad (el caso de las cajeras en top-less), entonces hay, según FERRAJOLI, una verdadera vulneración de los derechos de libertad. Pero, y ésta es la cuestión, ¿cómo sabemos cuándo hay o no hay vulneración? Y, más importante todavía, lo que los casos que imaginé (algunos de la jurisprudencia, por cierto) ponen de manifiesto es que realmente existe una antinomia, puesto que el derecho a la propia imagen comporta vestirse como uno quiera y los poderes de autonomía privada comportan que uno no pueda vestirse como quiera algunas veces.

Creo que la doctrina de FERRAJOLI acerca de los conflictos de derechos es una consecuencia de su tesis según la cual en sistemas normativos del mismo nivel no puede haber antinomias. Una doctrina que, en mi opinión, no ha sido adecuadamente justificada.

4

Otra cuestión que me parece muy sorprendente del enfoque de FERRAJOLI es la siguiente: en su constitucionalismo hay espacio para todos los elementos de una especialmente robusta teoría de la justicia basada en derechos. Señalaré algunos, una especialmente aguda defensa del Estado de derecho que le lleva, por ejemplo, a una vindicación de lo que denomina «reserva de código» para la regulación penal, excluyendo así la expansión que el Derecho penal está teniendo en nuestras sociedades; una defensa de la

⁸ En el volumen citado en la nota anterior expresaban sus dudas sobre este punto también, L. PRIETO SANCHÍS, «Constitucionalismo y garantismo», pp. 46-67; P. COMANDUCCI, «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales», pp. 105-118, y A. GREPPI, «Democracia como valor, como ideal y como método», pp. 350-357.

igualdad socio-económica que le lleva a interesantes reflexiones sobre la renta básica, el derecho a la salud o el derecho a la educación; y una defensa apasionada de la paz, frente a un mundo de conflictos bélicos. No obstante, este espacio no surge de ninguna concepción de la filosofía moral o de la filosofía política explícita en el libro. Es más, en el libro (vol. 2, pp. 309-312) sostiene que su constitucionalismo está fundado en la más estricta separación entre Derecho y moral, está fundado en la asunción del no-cognoscitivismo moral.

Vayamos por partes. La separación entre el Derecho y la moral es entendida por FERRAJOLI de dos modos: como una tesis teórica, corolario del positivismo jurídico, y como una tesis axiológica, corolario del liberalismo político. Nada diré de este segundo sentido de la tesis, puesto que se trata de una tesis normativa según la cual el Derecho debe respetar el ámbito de libertad en aquellas esferas en donde no hay daño a terceros, como el mismo FERRAJOLI acepta. Respecto de la primera tesis, si comprendo bien las ideas de FERRAJOLI, su concepción introduce, a pesar de todo, un nuevo nexo entre el Derecho que debe ser y el Derecho que es. Es decir, para comprender el Derecho tal como es en las democracias constitucionales, debemos comprender el Derecho tal como debe ser según la filosofía política ilustrada⁹. No se trata, es obvio, de una relación necesaria; pero para comprender cabalmente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales debemos conocer aquello que estos ordenamientos jurídicos *aspiran* a ser. R. DWORKIN se ha referido recientemente a esta idea con el nombre de concepto *aspiracional* de Derecho, sin dicho ideal el análisis de la práctica jurídica de una sociedad como las nuestras sería ampliamente inadecuado¹⁰.

La segunda forma de relación entre el Derecho y la moral al que quiero referirme guarda relación con la primera. Es una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales (cuando prohíben los tratos inhumanos o degradantes, o excluyen los tratos discriminatorios, o establecen los derechos fundamentales, en general), entonces parece que incorporan la moralidad en el Derecho. Y parece que para saber qué prohíbe la Constitución española cuando excluye los tratos degradantes deberemos recurrir a la argumentación moral. O, al menos, es lo que sostienen muchos de los autores en el ámbito del neoconstitucionalismo. Éste es el núcleo de la posición conocida como *positivismo jurídico inclusivo*¹¹. Es obvio que también puede sostenerse que cuando el Derecho remite a la moralidad, no debemos acudir a argumentos morales para determinar su contenido sino a otro tipo de consideraciones: así la posición conocida como *originalismo* en la interpretación constitucional sostiene que debemos acudir a lo que entendían los que redactaron la constitución por esos términos.

⁹ Véase un perspicuo desarrollo de esta idea en B. CELANO, 2002: «Come deve essere la discipline costituzionale dei diritti?», en S. POZZOLO (ed.), *La legge e i diritti*, Torino: Giappichelli, pp. 89-123.

¹⁰ R. DWORKIN, 2006: «Introduction: Law and Morals» y «The Concepts of Law», ambos en R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

¹¹ Las defensas más articuladas de dicha posición son tal vez W. J. WALUCHOW, 1994: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, y J. L. COLEMAN, 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press. Puede verse mi propia posición en J. J. MORESO, 2001: «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. L. CHIASSONI (ed.), *The Legal Ought*, Torino: Giappichelli, pp. 37-63.

Creo que el mismo FERRAJOLI no aceptaría que en dichos supuestos debamos acudir a la argumentación moral. Algunas veces, he oído argüir oralmente a FERRAJOLI que dichos supuestos no plantean problemas de interpretación más graves que otros muchos términos que el Derecho incorpora. No obstante, se me ocurren sólo tres respuestas posibles al hecho indiscutible que los textos jurídicos (como los constitucionales) incorporan conceptos y consideraciones morales: *a)* dicha remisión al incorporar pautas inherentemente controvertidas y al carecer de criterios racionales para resolver las controversias, remite únicamente a la discreción de los aplicadores del Derecho; *b)* dichas prácticas remiten a la moral social, a aquello que en la sociedad en cuestión es considerado «inmoral» o «inhumano y degradante», y *c)* dicha remisión lo es a las pautas morales correctas, a la moral crítica.

Pienso que hay razones para rechazar las dos primeras respuestas, pero no es a ello a lo que quiero referirme ahora. Supongamos que, como pienso, la respuesta adecuada sea la tercera. En este caso, para identificar aquello que algunas normas jurídicas establecen, sería preciso formular juicios morales críticos, sería preciso embarcarse en una argumentación moral. Esto no significa, por cierto, sostener que hay una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, puesto que dicha vinculación es contingente: depende de que el Derecho positivo remita a la moralidad.

Sin embargo, FERRAJOLI (vol. 2, p. 311) escribe: «Si se considera que la ética es “verdad”, esto es, es la expresión de alguna ontología de los valores o de algún derecho natural o divino, se comprende la equivalencia entre ética y un sistema de preceptos heterónomos que pretenden modelar a su imagen el Derecho positivo y traducirse en normas jurídicas. Por el contrario, si se considera que la verdad es predicable únicamente de las proposiciones asertivas y no de los juicios de valor, fundados en la autonomía individual, es claro que el Derecho, en cuanto conjunto de normas heterónomas válidas para todos, debe secularizarse como sistema de convenciones y pactos positivos capaces de garantizar la libertad de todos».

Sin embargo, ¿por qué suponer que algún tipo de cognoscitivismo ético va a fundar una concepción fundamentalista de la sociedad? Objetivismo ético no es equivalente, como a veces parece pensar FERRAJOLI, a ética católica. El objetivismo ético que yo defiendo, por ejemplo, es muy cercano a los postulados normativos del constitucionalismo de FERRAJOLI. Y, además, ¿por qué suponer que sin fundamento vamos a aceptar los principios que FERRAJOLI nos propone? La posición de FERRAJOLI me parece una más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad.

5

Al pesimismo acerca de la ética, FERRAJOLI añade un optimismo inmenso acerca de la capacidad del Derecho de modificar nuestras sociedades y de suprimir las estructuras de dominación presentes en nuestras sociedades. Se trata, podemos decir, de un *hiperjuridicismo*. Piensa que la única noción interesante de derechos es la noción jurídica de derechos y que no hay más derechos que los derechos positivos. Interpreta los derechos humanos como derechos a disponer un Derecho jurídico. Los derechos hu-

manos requieren su juridificación. Recientemente Th. POGGE ha elaborado un argumento que pone en duda esta noción, con argumentos que creo convincentes¹². Los reproduzco aquí para terminar. Según POGGE, esta concepción de los derechos humanos es a la vez excesivamente exigente y excesivamente débil.

Es excesivamente exigente porque es posible que una sociedad esté organizada de modo que todos tengan acceso a, por ejemplo, una alimentación adecuada sin que exista un derecho jurídico a ello. En este supuesto, los derechos jurídicos son superfluos y no tildaríamos de injusta a dicha sociedad por no haber constitucionalizado tal derecho. Es más, este argumento de POGGE lleva a reconsiderar la defensa sin matices de FERRAJOLI del control jurisdiccional de la constitucionalidad, que está en el núcleo de su modelo. Hay sociedades que no disponen de este mecanismo y los derechos aparecen razonablemente garantizados (Suecia) y hay sociedades que disponen del mecanismo (Perú) y, sin embargo, los derechos no están garantizados.

Y es excesivamente débil, porque a menudo el diseño institucional, respaldado por los tribunales, no basta para que los derechos sean efectivos. POGGE nos recuerda que aunque en la India existe un derecho jurídico que protege a los empleados domésticos de los maltratos de sus empleadores y los tribunales actúan conforme a estas disposiciones cuando se acude a ellos, ello no basta para excluir los maltratos a los empleados domésticos, puesto que a menudo ignoran cuáles son sus derechos o desconocen cómo acudir a los tribunales.

Con lo que, en mi opinión, la confianza ferrajoliana en el Derecho es excesiva, como lo es su desconfianza en la moral. Una más aguda comprensión de los fundamentos morales, debatidos en el foro público de cada sociedad, de nuestras instituciones iluminaría nuestra comprensión de ellas y nos permitiría un diseño mejor de estas instituciones que han de preservar y hacer efectivos nuestros derechos.

¹² Th. POGGE, 2002: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de E. WEIKERT GARCÍA, Barcelona: Paidós, 2005, pp. 65-69.

