

El Garantismo, ¿Una Depuración de la Teoría Pura?

Guarantism, a Depuration of the Pure Theory?

ALÍ LOZADA

Professor da Universidade de Alicante.

Data de Submissão: 15.12.2016

Data da Decisão Editorial: 27.12.2016

Data da Comunicação ao Autor: 27.12.2016

RESUMEN: Este trabajo explora el programa ferrajoliano de «depuración» de la «teoría pura» de Kelsen en lo que respecta a los derechos fundamentales, a fin de plantear algunos problemas concernientes al garantismo de Ferrajoli. Para ilustrar este ejercicio, se emplea un interesante caso judicial ecuatoriano de finales del siglo XIX.

PALABRAS CLAVE: Garantismo, Ferrajoli, Kelsen, derecho fundamental, garantía, Estado constitucional, constitucionalismo.

ABSTRACT: This paper explores the Ferrajolian program of «purification» of Kelsen's «pure theory» with regard to the constitutional rights, in order to presenting some problems related to Ferrajoli's garantism. To illustrate this exercise, an interesting Ecuadorian judicial case of the late nineteenth century is used.

KEYWORDS: Guarantism, Ferrajoli, Kelsen, constitutional right, guarantee, constitutional state, constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

Luigi Ferrajoli acaba de publicar *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*¹, una monografía donde sistematiza los que para él son los principales defectos de la teoría pura del Derecho de Kelsen y, en general, del que denomina paradigma paleopositivista; al que juzga, en razón de aquellos defectos, inepto para dar cuenta del Derecho del Estado constitucional, es decir, para operar como una teoría constitucionalista del Derecho. Al mismo tiempo, Ferrajoli formula sendas propuestas para superar tales defectos, depuración que sería la base del constitucionalismo positivista o garantista que él defiende.

1 Una crítica a este libro puede verse en RUIZ MANERO, 2015.

En este trabajo me propongo explorar la depuración de la teoría pura kelseniana propuesta por el garantismo ferrajoliano en lo que respecta, específicamente, a los derechos fundamentales. Para ello, iniciaré presentando un caso tomado de la jurisprudencia ecuatoriana del siglo XIX (1), útil para ilustrar la exposición posterior; luego, expondré las líneas generales de la concepción kelseniana de los derechos subjetivos (2); para después ocuparme de la teoría ferrajoliana de los derechos fundamentales como depuración del paradigma paleopositivista (3); y finalmente, plantear algunos problemas de esa teoría depuradora: el garantismo (4).

EL CORONEL NO TIENE QUIEN LE «GARANTICE»

La República del Ecuador se fundó en 1830. Muchos años después, en 1887, frente al pelotón de fusilamiento, el coronel Federico Irigoyen había de envidiar aquella sentencia no tan remota, de 1803, con que el juez Marshall, en los Estados Unidos de América, resolviera el caso *Madison v. Marbury* acuñando la célebre doctrina de la *judicial review*. Como sucedió en otras partes de Latinoamérica, la formación de la República ecuatoriana estuvo marcada, al mismo tiempo, por el empeño por estabilizar constituciones fundacionales y por la lucha política, incluso armada, entre conservadores y liberales; por lo que buena parte de su historia se explica a partir de las turbulentas oscilaciones entre luchas intestinas y procesos constituyentes. El 11 de octubre de 1886, fue atacada la plaza de Celica – una ciudad ubicada en el sur de Ecuador – por una partida de hombres armados, pertenecientes a las milicias liberales alzadas contra el gobierno, sobrevenido conservador, del presidente de la República J. M. Plácido Caamaño, quien había llegado al poder gracias a un providencial empate en votos, ocurrido en el seno de la Asamblea Constituyente de 1883-1884, ya que, tras la decisión asamblearia de lanzar a suertes el desempate, el azar lo eligiera irrevocablemente. Finalizado el combate de Celica, el ejército regular sometió a los revolucionarios dirigidos por el coronel Federico Irigoyen, quien fue tomado prisionero para luego ser juzgado en Consejo de Guerra. En primera instancia, se le declaró culpable del delito de sedición y se le condenó a reclusión mayor ordinaria. Sin embargo, el Comandante General de Cuenca –la provincia a la que pertenecía entonces Celica- solicitó a la Corte Suprema Marcial la revisión de la sentencia por considerarla «materialmente injusta», en razón de que la pena a la que fue condenado el reo no debió ser esa, sino la pena de muerte (FLOR, 1960, p. 200). La constitución vigente a la época, la de 1884, sin embargo, establecía en su artículo 14: «No se impondrá pena de muerte por crímenes políticos ni por crímenes comunes, exceptuados el asesinato y el parricidio, en los casos que, según la ley, se castigan con esta pena». A pesar de esto, en 1887, la Corte Suprema Marcial resolvió que fue «notoriamente injusta» la sentencia del Consejo de Guerra y condenó a Irigoyen

a la pena de muerte, en observancia del Art. 117 del Código Militar, que – según la Corte – había sido quebrantado por el referido Consejo (GACETA JUDICIAL, 1887, p. 1235)

La argumentación contenida en dicha sentencia podríamos reconstruirla como sigue. El problema central que se le planteaba a la Corte es el de si debía imponerse al coronel Irigoyen la pena de muerte en aplicación de la ley penal vigente a la época. Para resolverlo, la sentencia traza dos grandes líneas argumentativas. La primera parte del supuesto de que la ley en cuestión es inconstitucional, y a continuación plantea la cuestión de si la Corte Suprema Marcial sería competente para anularla (1). La respuesta que se da es negativa (1'), por cuanto se considera necesaria la expresa atribución de esa competencia por parte de la constitución (1.1); argumento que es apoyado en las siguientes razones:

Si se examinan a este respecto las Constituciones que ha tenido la República, se observa que la de 1830 prescribió que la ley que se le oponga no surtiría efecto; pero esta disposición, tan absoluta que podía ocasionar una verdadera dictadura en todos los funcionarios públicos; puesto que todos se hubieran creído con derecho a anular la ley, si la juzgaba inconstitucional, no fue adoptada por la Asamblea constituyente de 1852. En la Convención de 1869 se pensó en el medio de contener los avances del Poder Legislativo, limitándose, como lo hizo también la Convención de 1878, a conceder a la Corte Suprema la facultad política de decidir si un proyecto de ley era inconstitucional, cuando como tal hubiese sido objetada por el Poder Ejecutivo; más estas disposiciones no fueron acogidas en la Constitución vigente, y es indudable que en el Ecuador no se ha querido dar al Poder Judicial la atribución de anular o dejar sin efecto las leyes inconstitucionales [1.1.1]. Por esto, el Tribunal Supremo declaró, con fecha 5 de Agosto de 1881, en la causa seguida entre Rafael Torres y el Hospital de Cuenca, que los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, aún en el caso que fueren contrarias a la Constitución, como lo era el Decreto Legislativo impugnado por dicho Hospital [1.1.2]. Si, conforme a los principios de la ciencia constitucional, debe organizarse el Poder Judicial confiriendo al Tribunal Supremo, como en los Estados Unidos o la República Argentina, la facultad de declarar la constitucionalidad o nulidad de la ley en los casos en que se trate de aplicarla, según las doctrinas de Story, Kent, Grimke, Laboulaye y otros publicistas; esto no puede ser decidido sino en la Constitución, como se ha practicado en aquellas naciones; y cuando ella no concede la referida facultad, la Corte no puede arrogársela y tiene que limitarse a la aplicación de la ley sin examinar si es o no Constitucional [1.1.3]. A este propósito, González, acogiendo las enunciadas doctrinas, dice lo siguiente en su obra de Derecho Constitucional “La Corte Suprema de Justicia, como está organizada en los Estados Unidos, y como debe estarlo en países regidos por instituciones libres, no se parece a la Corte de Casación, con la cual los franceses han creído garantía suficientemente la genuina aplicación de las leyes. El Supremo Tribunal francés, anula el fallo del Tribunal inferior, cuando se ha cometido error en la aplicación de la ley que determina el derecho de las partes; pero no comparando esa ley con la Constitución del país, y los derechos que ésta

concede a los particulares, o con los poderes que confiere al Gobierno nacional o a los seccionales. No puede entrar a examinar la constitucionalidad de las leyes. Tiene que suponerlas constitucionales todas, desde que están en el boletín de las leyes, y decidir únicamente cual es la que se debió aplicar. Es un Tribunal bueno para uniformar la jurisprudencia y garantizar los derechos que el Legislador quiera conceder a los ciudadanos; pero no para preservar a éstos de que sean atacados los que la Constitución les acuerda de un modo absoluto [1.1.4].

La segunda línea argumentativa, en cambio, parte de la cuestión de si la ley penal aplicable al caso es inconstitucional (2). A lo que la Corte responde negativamente (2'), basada en los siguientes argumentos: Que no hay «motivo fundado de duda respecto del sentido de la citada ley» cuando extiende la aplicación de las infracciones y penas militares a la conducta de militares revolucionarios como Irigoyen, por lo que «no puede recurrirse a las reglas de interpretación, aplicables solo cuando la ley es oscura» (2.1). Y que «[e]s verdad que la Constitución prohíbe que se imponga pena de muerte por crímenes políticos y por crímenes comunes, exceptuados el asesinato y el parricidio; mas tal prohibición no se extiende a los crímenes militares» (2.2), en apoyo de lo cual ofrece las razones siguientes:

[...] éstos [los crímenes militares] consisten en la violación de la ley militar y, por lo tanto, tienen un carácter diverso de la infracción de la ley común [2.2.1]. Si la intención de la Asamblea Constituyente hubiera sido la de prohibir que se imponga la pena de muerte sin otra restricción que a los crímenes de asesinato y parricidio, lo habría establecido de una manera absoluta; pero si prohibió esa pena para los crímenes políticos y los comunes, solo con la indicada excepción, esta misma clasificación o especificación manifiesta claramente que hay otros crímenes a los cuales no se extiende la prohibición; y como, fuera de los políticos y comunes, no hay, en la sociedad civil, otros que los castigados por el Código Militar, es también claro que éstos no se hallan comprendidos en aquella [2.2.2]. Corrobórase este concepto si se atiende a que si algunos de los crímenes que castiga ese Código se hubiesen considerado como políticos, se lo habría puesto en armonía con la Constitución, como se hizo con el Código Penal por la Ley de 8 de Mayo de 1884; y no se puede presumir olvido, en punto tan importante y trascendental, en la Asamblea que dio la Constitución y en las dos Legislaturas posteriores [2.2.3]. Agrégase la consideración de que, no habiéndose reemplazado con otra la pena de muerte, en los casos que la establece el Código Militar, los crímenes militares más graves habrían quedado impunes; y sería absurdo suponer que el Legislador dejó de prever este resultado [2.2.4].

La estructura argumentativa de la sentencia en cuestión podría, entonces, diagramarse de la manera siguiente².

2 Sigo aquí, con alguna libertad, el método de Manuel Atienza (2009) para el análisis de argumentaciones jurídicas.



LA TEORÍA PURA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

El Estado constitucional es un constructo socio-histórico caracterizado por tres elementos básicos: la *rigidez de la constitución*, la consagración de un elenco de *derechos fundamentales* que limitan el poder del legislador democrático, y la institucionalización de una *justicia constitucional*³ (BAYÓN, 2004, p.69). La categoría de derecho fundamental, entonces, se ubica en el centro de la arquitectura propia del Estado constitucional: la rigidez constitucional les dota de supremacía formal y la justicia constitucional está para tutelarlos. Esta centralidad de los derechos, como dijera Bobbio (1991, p.105), ha supuesto un «giro copernicano» de la cultura jurídica moderna, capaz de engendrar una época nueva: «el tiempo de los derechos». De ahí que la aptitud para dar cuenta de la centralidad típica de los derechos fundamentales en un Estado constitucional sea el criterio primordial para evaluar cualquier teoría constitucionalista del Derecho.

Aunque, como sabemos, Kelsen fue uno de los precursores del control judicial de la constitucional, su teoría pura no puede ser llamada *constitucionalista*, por cuanto desconoce el referido carácter central de los

3 En estos tres elementos, me parece, pueden resumirse las conocidas siete «condiciones de constitucionalización» identificadas por Riccardo Guastini (2003).

derechos fundamentales. Tal es la consecuencia de concepción «pura» de los derechos subjetivos, como trataré de mostrarlo a continuación.

Antes de Kelsen, competían dos tipos de doctrinas sobre el derecho subjetivo: por un lado, la del «interés» o del «beneficiario», y por otro, la de la «voluntad» o de la «facultad». El debate sobre la naturaleza de los derechos subjetivos tuvo un recorrido paralelo en Alemania y en Gran Bretaña. En Alemania, los defensores de la *teoría de la voluntad* fueron Savigny y Windscheid. Savigny (1878, p. 25) sostenía que: «[e]l derecho [...] nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo llamamos nosotros *derecho*; y algunos derecho subjetivo». Por su parte, Windscheid (1930, pp. 107-11) definió el derecho subjetivo – en la esfera del derecho privado – como «una potestad o señorío de la voluntad impartida por el orden jurídico». Ihering (1998, pp. 1033 y 1035) dirigió una crítica potente en contra de la doctrina de la voluntad, y propuso, en cambio, la *teoría del interés*, según la cual, «[l]os derechos son intereses jurídicamente protegidos»: «cualquiera sea la diversidad del interés que representen los derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador que merece y reclama su protección». Por lo que respecta a Gran Bretaña, análogamente a la doctrina de la voluntad alemana, Austin (1995, p. 236) entendió por derecho subjetivo la «facultad» que «reside en un sujeto o sujetos determinados en virtud de una ley dada, y que puede hacerse valer en contra de uno o varios sujetos (o responde a deberes radicados en uno o varios sujetos) distintos a aquellos en quienes reside». Bentham (1879, pp. 152, 178 y 204ss.), en cambio, consideraba que «el objeto general de todas las leyes es prevenir el perjuicio», o sea, las «consecuencias ciertas o probables» de «naturaleza perjudicial»; de ahí que, según el mismo autor, los *ilícitos* (*Offences*), o sea, los «actos que aparentemente tienen *tendencia* a producir perjuicio», se dividan de acuerdo con las características de la parte perjudicada por el ilícito. Esto, principalmente, dio pie a que Hart (1973) reconstruyera (y etiquetara a) la teoría de los derechos de Bentham como una «*teoría del beneficiario*» (análoga a la del interés), pues el derecho subjetivo radicaría en el beneficio cuya privación (vale decir, la producción de consecuencias perjudiciales) supone la comisión de un ilícito.

Todas la indicadas teorías parecen dar por supuesta, en alguna medida, la prioridad de los derechos sobre los deberes; esto implica, por ejemplo, que la prohibición de matar existe *porque* hay un derecho a conservar la vida, mientras que no cabría decir que el derecho a conservar la vida existe *porque* hay una prohibición de matar. La prioridad de los derechos estaría en que a ellos subyacen cosas valiosas ausentes en los deberes: la voluntad, el interés, la facultad, el beneficio. Para la mirada de Kelsen, no obstante, todas estas cosas constituyen «impurezas» teóricas que deben ser eliminadas. En efecto,

para él, la «teoría de la prioridad de los derechos subjetivos es insostenible» básicamente porque «[l]os derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo. La definición de un derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, o como voluntad reconocida legalmente, vagamente expresa la intelección de este hecho». Y dictamina: «La doctrina de la prioridad del derecho subjetivo no es una descripción del derecho positivo, sino una ideología política» (KELSEN, 1995, pp. 92s.).

Conviene recordar en este punto algunos de los postulados básicos de la concepción kelseniana del Derecho. «Una teoría del derecho», escribe Kelsen (2003, p. 44), «tiene, ante todo, que determinar conceptualmente su objeto», el que, a su juicio, consiste en un tipo de «ordenamiento de la conducta humana», entendiéndolo por «“orden” [...] un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez». La teoría pura, entonces, tiene entre sus categorías basilaras a la de «norma jurídica»; es pues, una teoría normativista del Derecho. En el siguiente párrafo se compendian los elementos de la concepción kelseniana de las normas que más interesan para nuestros fines:

[...] la norma jurídica se encuentra dividida en dos normas separadas, en dos expresiones del “deber”: una que tiende a lograr que cierto individuo observe la conducta “debida” [o sea, la obligación jurídica], y otra según la cual un segundo individuo debe ejecutar una sanción, en caso de que la primera norma sea violada [es decir, se cometa un *acto antijurídico*, definido como la violación de una obligación jurídica]. Ejemplo: no se debe robar; si alguien roba, deberá ser castigado. Si se afirma que la primera norma, que prohíbe el robo, sólo es válida si la segunda atribuye a éste una sanción, entonces la primera resulta seguramente superflua en una exposición estricta del derecho. Si acaso existe, está contenida en la segunda, que es la única norma genuina. Sin embargo, la representación del derecho resulta grandemente facilitada si nos permitimos suponer también la existencia de la primera norma. Hacer tal cosa es legítimo cuando se tiene conciencia de que la primera, que prescribe la omisión del acto antijurídico, es dependiente de la norma sancionadora. Podemos expresar esta dependencia si damos a la segunda el nombre de norma primaria, y a la primera, el de norma secundaria. La secundaria estipula la conducta que el orden jurídico trata de provocar mediante el establecimiento de la sanción. (KELSEN, 1995, 71)

Coherentemente con todo lo anterior, Kelsen analiza diversos sentidos en los que cabe entender al derecho subjetivo. Aquí nos interesan especialmente dos, muy conocidos por cierto. El primero de tales sentidos se explica así: «Cuando el orden jurídico determina una forma de conducta a la cual cierto individuo está obligado, establece al mismo tiempo un comportamiento correspondiente de otro, comportamiento al cual – como suele decirse – este último tiene derecho. En tal sentido, a cada obligación corresponde un derecho.

“Derecho”, en el mismo sentido, no es otra cosa que el correlato de un deber jurídico» (KELSEN, 1995, p. 90), o sea, «[n]o hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra» (KELSEN, 1995, p. 88), por lo que al hablar del «derecho subjetivo» como si «fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una», la obligación jurídica: el derecho subjetivo «no es sino el reflejo de esa obligación». Este concepto de «derecho reflejo», escribe Kelsen, «puede simplificar, como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superflua» (KELSEN, 2003, pp. 140ss). Así entendidos, el concepto de derecho subjetivo queda reducido al de derecho objetivo, ya que los derechos no consistirían en otra cosa que en *normas secundarias*. Surge así la tesis de la «correlatividad fuerte» (de carácter lógico) entre derechos y deberes, lo que resulta incompatible con las teorías inmersas en el debate clásico al que hicimos referencia (las de la voluntad, del interés, de la facultad, del beneficiario), pues las últimas «descartan la estricta implicación mutua entre derechos y deberes» (PENNER, 1997, p.300).

Según el otro sentido de derecho subjetivo, el denominado «sentido técnico» o «estricto», un derecho tal «es algo más que el correlato de un deber jurídico» (KELSEN, 1995, p.90) y constituye, más bien, «la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada», por lo que «la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación» (KELSEN, 2003, p. 148). Aquí también el derecho subjetivo queda reducido al derecho objetivo: no es más que «la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada» (KELSEN, 1995, p. 97), con lo cual, los derechos subjetivos no vienen a ser otra cosa que *normas primarias*. Consiguientemente y por lo que respecta a la teoría del *interés* (análoga, como dijimos, a la del *beneficiario*), Kelsen sostiene: «[e]l derecho subjetivo tiene que consistir no en el presunto interés, sino en la protección jurídica. La que el legislador da a un tipo de interés consiste en el establecimiento de normas jurídicas de cierta naturaleza». Y en lo que concierne a la teoría de la *voluntad*, si bien Kelsen reconoce que esta «se encuentra más próxima» a su concepto de derecho subjetivo *sentido técnico*, deja en claro que aquella no equivale a este, por lo que también la rechaza. En suma: para Kelsen, «[e]l derecho subjetivo no es el interés o la voluntad de la persona a quien pertenece, así como el deber jurídico no es el temor a la sanción o una constricción que pese sobre la mente del obligado. El derecho

subjetivo [en *sentido técnico*, aquel en el que el derecho no es un mero *reflejo* de la obligación jurídica] es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, o sea el actor potencial» (KELSEN, 1995, pp. 92-7).

Si ensayamos aquí un análisis del caso Irigoyen desde la óptica kelseniana, podemos ver que la cuestión argumentativa 2 (¿es inconstitucional el Art. 117 del Código Militar?) dependía de si el coronel Irigoyen tenía o no un *derecho reflejo* cuya contrapartida sea la prohibición al legislador de establecer la pena de muerte para el delito de sedición. Independientemente de si la sedición era uno de los delitos cubiertos por la prohibición constitucional de la pena de muerte, o si, como lo interpretó la Corte Suprema Marcial, no era un delito de esa clase (no era un delito político ni civil, sino un delito militar), lo cierto es que, desde la perspectiva de Kelsen, un derecho tal resultaba inexistente, dada la ausencia en el ordenamiento jurídico de una *norma secundaria* que instituyera – en sentido estrictamente jurídico – aquella prohibición al legislador, lo que, a su vez, resultaba de la ausencia de una *norma primaria* que cualificara como *acto ilícito* el transgredir esa prohibición, o sea, que determinara una sanción para el supuesto de una transgresión así.

Por lo que respecta a la cuestión 1 de nuestro ejemplo (¿la Corte Suprema Marcial tiene competencia para anular el Art. 117 en caso de que fuera inconstitucional?), aunque pudiera parecer que aquí entra en juego el concepto de derecho subjetivo en «*sentido técnico*», realmente no es así, por cuanto dicho concepto alude a la expresión de voluntad de un sujeto a fin de que la sanción sea ejecutada, y la anulación de una ley de contenido inconstitucional no constituye, en la teoría de Kelsen, una *sanción*: ésta consiste en «irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien» (KELSEN, 2003, p. 123). Por otro lado, en Kelsen, el que una ley tenga un contenido contradictorio con una norma constitucional no implica siquiera la invalidez de dicha ley, pues la única validez presente en la teoría pura es la validez formal (v. FERRAJOLI, 2016, Cap. IV).

En conclusión, si analizáramos nuestro caso desde el punto de vista kelseniano, el coronel estaría enteramente inerte.

LA TEORÍA GARANTISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ferrajoli, como se conoce, ha construido una teoría axiomatizada del Derecho, consistente en un sistema de conceptos y enunciados referidos a cierto tipo de «fenómenos o referentes empíricos»: «las *normas jurídicas* que regulan los comportamientos humanos». Por ende, al igual que la de Kelsen, aquella es una «teoría *normativista*» (FERRAJOLI, 2011, pp. 8s. Las cursivas son del texto). La teoría ferrajoliana de las normas, sin embargo, pretende depurar

la teoría pura superando un conjunto de «aporías» prolijamente inventariadas por Ferrajoli. El punto de partida de todas ellas es la constatación de que Kelsen expresa la relación de imputación jurídica mediante la fórmula «“si A, entonces *debe ser B*”: dado un ilícito A, no es, sino que *debe ser* la sanción B», fórmula que – para Ferrajoli – constituye una elipsis simplificadora, ya que establece *un* nexo entre dos actos, el A y el B, cuando lo más adecuado – según nuestro crítico – sería descomponerlo en dos. «[U]n primer nexo que surge, en el caso por ejemplo del ilícito, entre el acto ilícito y la obligación de infligir la sanción en cabeza del sujeto al que ella se dirige; y un segundo nexo que surge entre la obligación de infligir la sanción y la virtual irrogación obligatoria de la sanción misma» (FERRAJOLI, 2016, Cap. I, par. 1.1). El primer nexo consiste en una relación de implicación entre el «acto» y su «efecto» (jurídico), la que recibe el nombre de «eficacia»; mientras que el segundo nexo consiste en la relación entre el «efecto» (jurídico), expresado como figura deóntica, y el acto que es la posible «actuación» de dicha figura, por lo que esta segunda implicación es denominada «actuabilidad» (Íd.). Según Ferrajoli, de esta constatación se derivan, entre otros, estos dos defectos en el edificio kelseniano:

En primer lugar, Kelsen asume la forma hipotética como la única forma lógica de las normas jurídicas. La escisión de la imputación jurídica en las relaciones de *eficacia* y de *actuabilidad*, en cambio, permite a Ferrajoli distinguir entre «normas téticas» y «normas hipotéticas», y afirmar que «[s]olo en este segundo caso la norma formula una relación hipotética – aquella que he llamado relación de “eficacia” – entre el acto por ella hipotetizado y el efecto por ella predispuesto»; en cambio, en el primer caso, «la norma produce inmediatamente efectos prescriptivos», tal es el caso de «normas del tipo “prohibido fumar”, “prohibido aparcar”, “la libertad personal es inviolable”, “todos tienen derecho a la educación pública”, la “capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad fijada en el cumplimiento de los dieciocho años”» (Íbíd., § 1.3). Ferrajoli cruza esta distinción con otra también ausente en Kelsen: entre «normas deónticas» y «normas constitutivas», de donde surge una clasificación cuatripartita de las normas jurídicas. Estas pueden ser

[...] “tético deónticas”, “tético-constitutivas”, “hipotético-deónticas” e “hipotético-constitutivas”. Son *normas tético deónticas*, además de las normas constitucionales, las normas que disponen prohibiciones, obligaciones o funciones, como por ejemplo las prohibiciones penales, las normas de la señalética vial o las funciones adscritas a un cierto órgano de una determinada persona jurídica. Son *normas tético-constitutivas* las normas abrogativas y todas aquellas adscriptivas de *status* a personas o a cosas, como por ejemplo las normas del código civil que confieren la capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio en el momento del nacimiento o de la mayoría de edad, [etc.]o bien aquellas que identifican e instituyen determinados bienes como bienes demaniales. Son *normas hipotético-deónticas* las normas, por ejemplo, que predisponen

penas por los delitos cometidos, o aquellas del código civil que predisponen obligaciones y derechos como efectos o significados de los actos negociales por ellas hipotetizados, o bien aquellas que predisponen requisitos de forma o de procedimiento para la producción de actos jurídicos. En fin, son *normas hipotético-constitutivas*, por ejemplo, las normas civiles que predisponen *status jurídicos* como efectos de actos constitutivos, como el matrimonio, la adopción, [etc.]. (Íd. Las cursivas son del texto).

El segundo defecto que Ferrajoli encuentra en la teoría pura es la ya expuesta «centralidad de la sanción, en ausencia de la cual no serían hipotetizables actos ilícitos», tesis que, paradójicamente – siempre según Ferrajoli –, tendría carácter anti-positivista. Lo que sería una consecuencia de la señalada fórmula elíptica kelseniana, «si A, entonces debe ser B»; pues si se la interpreta mediante «el par ilícito/irrogación de la sanción, de su implicación se sigue que si no existe el deber ser de la sanción B, entonces, ni siquiera puede afirmarse que el comportamiento A es un acto ilícito» (Íbíd., Cap. II, § 2.1); así, «Kelsen se ve obligado a definir el acto ilícito directamente como la condición de la sanción o el presupuesto (del deber ser) de la sanción; con la consecuencia de que si para un comportamiento prohibido no se ha previsto ninguna sanción, este no puede ser calificado como acto ilícito» (Íd.). Esta construcción kelseniana, apunta Ferrajoli, está

«[e]n contradicción con postulado del positivismo jurídico, formulado por el [propio] Kelsen, según el cual, son normas jurídicas todas y solo las normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, las normas que prohíben comportamientos sin que para estos se haya previsto sanciones serían, aunque puestas, irrelevantes o peor inexistentes: no consistirían en normas jurídicas, sino en meros *flatu vocis*. (Íd.)

La teoría de Ferrajoli ciertamente depura el positivismo normativista de Kelsen por cuanto sustituye la fórmula elíptica en cuestión con las dos relaciones antes expuestas, la de «eficacia» y la de «actuabilidad». De manera que el análisis del par acto ilícito/irrogación de la sanción se complejiza: el *acto ilícito* surge ahora en el marco de una relación de actuabilidad en la que estando prescrita una obligación jurídica esta no es actuada por su destinatario; mientras que la *irrogación de la sanción* ahora forma parte de una relación de actuabilidad entre esta y el deber de irrogarla, relación que, a su vez, presupone una relación de eficacia entre un acto ilícito y la obligación de irrogar la correspondiente sanción (Íd.). Con esto, el sistema ferrajoliano admite, depurando a Kelsen, la existencia de genuinas *obligaciones jurídicas* y, por tanto, de genuinos *actos ilícitos*, independientemente de si estos configuran el supuesto de hecho de una norma sancionatoria.

De esta forma, Ferrajoli invierte la clasificación kelseniana de las normas en primarias y secundarias: para el filósofo del garantismo, *norma primaria* «es toda norma deóntica cuya inobservancia sea un acto inválido o un acto ilícito», mientras que *norma secundaria* «es toda norma hipotético-deóntica cuya observancia consista en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito» (FERRAJOLI, 2011, p. 640).

Pues bien, coherentemente con las reseñadas críticas a la teoría de Kelsen, Ferrajoli cuestiona la concepción de los derechos subjetivos propia de la teoría pura: el defecto de dicha concepción estaría en una doble reducción de los derechos subjetivos; reduccionismo que es presentado por Ferrajoli mediante la categoría medular de su pensamiento, la de «garantía». Por un lado, el concepto kelseniano de derecho «reflejo» implicaría la reducción de los derechos subjetivos «a sus “garantías primarias”, consistentes en las correlativas obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión». Y, por otro lado, el concepto kelseniano de derecho «en sentido técnico» implicaría la reducción de los derechos subjetivos «a sus “garantías secundarias” o jurisdiccionales, consistentes en la obligación de un juez de sancionar, mediante la anulación o la condena, los actos inválidos o ilícitos en los que consisten las posibles violaciones de las garantías primarias». (FERRAJOLI, 2016, Cap. II, § 2.2). Conforme a esta doble reducción de los derechos a sus garantías, la inexistencia de garantías primarias y/o secundarias implica necesariamente la inexistencia de los derechos correspondientes; lo que – en opinión de Ferrajoli – contrasta con el principio del positivismo jurídico (Íd.), pues si nos atenemos a lo teorizado por Kelsen, «[...] un derecho subjetivo, como por ejemplo un derecho fundamental formulado en cartas constitucionales o internacionales, aunque esté positivamente establecido, si es que no existe [...] el deber correspondiente y/o el poder de su titular para activar un remedio judicial por su violación, sería un no-derecho, y la norma que lo establece sería, a su vez, una norma irrelevante o, peor, inexistente» (Íd.).

Ferrajoli, entonces, busca superar el señalado reduccionismo kelseniano mediante la distinción, a la vez que correlación lógica, entre derechos subjetivos y garantías. Las *garantías* son definidas en base al concepto primitivo de «modalidad deóntica», cuyas formas son, el «permiso positivo», el «permiso negativo», la «facultad», la «obligación», la «prohibición» y el «imperativo» (FERRAJOLI, 2011, pp. 141ss.): con arreglo a lo cual, «“Garantía” es la obligación [o prohibición] correspondiente a la expectativa positiva [o negativa] de su mismo tema» (Íbid., p. 188). Para Ferrajoli, las garantías son de dos tipos: por un lado, una *garantía primaria* «es la obligación de prestación o la prohibición de no lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo»; y, por

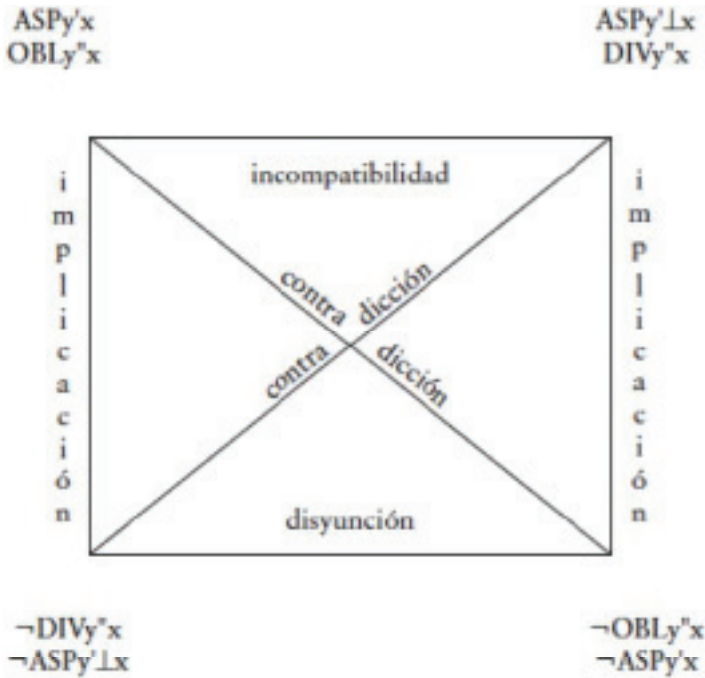
otro, una *garantía secundaria* «es la obligación de anulación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito»⁴ (Ibíd., p. 631).

Los *derechos subjetivos*, por su parte, se definen a partir del concepto primitivo de «expectativa deóntica»: «“Derecho (subjetivo)” es toda expectativa de prestaciones [i.e. expectativas positivas, correlativas a obligaciones] o de no lesiones [i.e. expectativas negativas, correlativas a prohibiciones]» (Ibíd., p. 605). Estas definiciones llevan a Ferrajoli a plantear el siguiente postulado: «P3 Si de algo existe la expectativa de la comisión, entonces existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida su omisión, y viceversa» (Ibíd. p. 147). Postulado que envuelve las siguientes equivalencias lógicas (v. Ibíd., pp. 145ss.)

- a) La *expectativa* de(l sujeto) y' de la comisión de (la conducta) x equivale a la *obligación* de(l sujeto) y'' de la comisión de (la conducta) x . En la notación de Ferrajoli: $ASP_{y'}x \equiv OBL_{y''}x$. Por tanto, el *derecho de y' a que y'' haga x* implica la *obligación de y'' frente a y' de hacer x* , y viceversa.
- b) La *expectativa* de y' de la omisión de x equivale a la *prohibición* de y'' de la comisión de x . En la notación de Ferrajoli: $ASP_{y'}\perp x \equiv DIV_{y''}x$. Por tanto, el *derecho de y' a que y'' no haga x* implica la *prohibición de y'' frente a y' de hacer x* , y viceversa.
- c) La no-*expectativa* de y' de la omisión de x equivale a la no-*prohibición* de y'' de la comisión de x : $\neg ASP_{y'}\perp x \equiv \neg DIV_{y''}x$. Es decir, el *no-derecho de y' a que y'' no haga x* implica la *no-prohibición de y'' de hacer x* .
- d) Finalmente, la no-*expectativa* de y' de la comisión de x equivale a la no-*obligación* de y'' de la comisión de x : $\neg ASP_{y'}x \equiv \neg OBL_{y''}x$. Es decir, el *no-derecho de y' a que y'' haga x* implica la *no-obligación de y'' de hacer x* .

Ferrajoli sintetiza y desarrolla este conjunto de equivalencias mediante «dos cuadrados deónticos perfectamente isomorfos y conectados, y superpuestos entre sí», el uno correspondiente a las modalidades deónticas y el otro, a las expectativas deónticas (Ibíd., p. 149):

4 «En efecto», escribe Ferrajoli, «garantizar un derecho quiere decir resolver dos órdenes de problemas: ante todo el problema de quién debe satisfacerlo o no violarlo [...]; en segundo lugar, en caso de su falta de satisfacción o violación, el problema de cómo debe ser reparada o sancionada ésta» (FERRAJOLI, 2011, p. 637).



Llegados a este punto, alguien podría pensar que la mera positivización de un derecho implicaría la positividad (existencia jurídica) de la obligación o prohibición correlativa. Sin embargo, escribe Ferrajoli, «en un sistema nomodinámico como es el Derecho positivo una cosa es la correlación lógica, y otra es la necesaria copresencia empírica de los derechos positivamente establecidos y de los deberes concreta y efectivamente idóneos para satisfacerlos. La primera no implica en absoluto la segunda» (FERRAJOLI, 2016, Cap. II. § 3.1). La mencionada correlación lógica, en el sistema ferrajoliano, se origina en el «papel normativo» que está llamada a cumplir la teoría del derecho, manifiesto en los «*principia iuris tantum*»: los principios «que imponen al derecho positivo, como principios *externos* al mismo, la lógica que éste de hecho no tiene pero que, de derecho, debería tener» (FERRAJOLI, 2011, p. 26)

Estos *principia iuris tantum* [...] no son en última instancia sino los principios de la deontica expresados por los cuadrados de oposiciones lógicas [antes expuestos [...]]. Son principios analíticos, descriptivos del modelo teórico, pero al mismo tiempo normativos, en el mismo sentido en el que lo son los principios de la lógica o de las matemáticas respecto a los discursos que hacen uso de ellos, o las reglas de la ortografía, de la gramática o del vocabulario de una lengua determinada respecto al lenguaje en el que son utilizadas. Aplicados a las normas, son esencialmente dos: el principio de no contradicción, expresado por el cuadrado de las modalidades deónticas cuya violación genera antinomias; y

el principio de plenitud, expresado por el cuadrado de las expectativas deónticas cuya violación genera lagunas. (Ibíd., p. 27)

Ahora bien, Ferrajoli observa que todas estas depuraciones de la teoría pura «no [son] visible[s] cuando se trata de *derechos patrimoniales*, como los derechos de crédito y el derecho de propiedad, que son los únicos casos a los que se refiere Kelsen» (FERRAJOLI, 2016, Cap. II. § 3.2. La cursiva no corresponde al texto). En tales casos, afirma el filósofo del garantismo,

[...] dado un acto, por ejemplo, un contrato, siempre, según nuestra secuencia de las relaciones de eficacia y de actuabilidad, se producen como efectos, simultáneamente, la expectativa positiva o negativa en la que consiste el derecho patrimonial, así como la obligación de prestación o la prohibición de lesión en cabeza de otro, cuya posible violación produce a su vez, como efecto, la obligación de sancionarla que tiene como posible actuación, cuando sea ejercido el derecho de acción por parte de su titular, la aplicación y luego la ejecución en concreto de la sanción. (Íd.)

Los derechos patrimoniales son, pues, «derechos singulares *pre-dispuestos*, simultáneamente con los deberes correspondientes, como efectos de actos preceptivos a su vez singulares [...] como son las] “normas hipotético-deónticas”» (Íd.). Mientras que «los *derechos fundamentales* son derechos universales dispuestos directamente por [...] “normas tético-deónticas”» (Íd. La cursiva no corresponde al texto), las que, además, tienen jerarquía constitucional; en tal virtud, respecto de esta clase de derechos sí resulta visible que la correlación lógica entre derechos y garantías reflejada en el papel de los *principia iuris tantum* de «no contradicción» y de «plenitud». El principio de no contradicción opera cuando se produce, indebidamente, una norma legal cuyo contenido supone una *antinomia* respecto de una prohibición establecida en *garantía primaria* de un *derecho (fundamental) de libertad*, consistente en una expectativa (negativa) de *no lesión*; mientras que el principio de plenitud opera, o bien, cuando hay una *laguna primaria*, es decir, no ha sido producida una norma legal en actuación⁵, o sea, en *garantía primaria*, de un *derecho (fundamental) social*, consistente en una expectativa (positiva) de *prestación*, o bien, cuando hay una *laguna secundaria*, es decir, no ha sido producida una norma legal de actuación que establezca una obligación, por lo general, de anulación en *garantía secundaria* de un derecho fundamental. (v. FERRAJOLI, 2011, *passim*; 2016, Cap. III, § 3.1 y 3.2).

En esta virtud, Ferrajoli formula dos tipos de garantías *establecidas por normas constitucionales*:

5 Téngase en cuenta que el término «actuación», empleado aquí alude a la relación de «actuabilidad» a la que antes nos referimos.

[...] las *garantías constitucionales primarias*, consistentes en normas de competencia que imponen al legislador, de un lado, la obligación de producir leyes de desarrollo o de garantía de las normas constitucionales sustantivas y, de otro, la prohibición de modificar tales normas si no es mediante un procedimiento agravado; las *garantías constitucionales secundarias*, consistentes en las normas que confían a jurisdicciones de constitucionalidad la anulación de las normas legales constitucionalmente inválidas o la constatación de la omitida producción legislativa de las garantías primarias y secundarias de los derechos reconocidos. Las primeras son garantías positivas o negativas [...] consistentes en la obligación de colmar las lagunas y en la prohibición de producir antinomias. Las segundas son siempre garantías positivas [...] consistentes por lo general en la sola obligación de anular las normas constitucionalmente inválidas en que consisten las antinomias (y sólo excepcionalmente en la obligación, prevista por ejemplo en las constituciones portuguesa y brasileña, de señalar, pero no en verdad de reparar, las lagunas). (FERRAJOLI, 2011, p. 867. Las cursivas no son del texto)

De donde se sigue que

[n]inguna de estas dos garantías, consistentes como se ha dicho en normas de competencia, coinciden con las garantías primarias y secundarias *inmediatamente correlativas* a los derechos constitucionalmente establecidos. Éstas son por lo común *garantías legislativas*, impuestas por la garantía constitucional débil o implícita consistente en la obligación de una legislación de actuación. En suma, son establecidas por leyes de actuación: sean primarias o secundarias y, en el primer caso, negativas (porque correlativas a derechos de libertad o más en general a derechos individuales) o positivas (porque correlativas a derechos sociales). (Íd.)

Basado en esto, Ferrajoli concluye la falsedad de «la tesis de que los derechos constitucionalmente reconocidos, aun cuando privados de inmediatas garantías, sean simples flatus vocis» (Íd.), con la consiguiente «negación de la normatividad de las constituciones y [...] a] paradójica inversión de la jerarquía de las fuentes, es decir, [...] la subordinación de la existencia de las normas constitucionales que prevén tales derechos al poder del legislador» (FERRAJOLI, 2016, Cap. III, § 2).

Pero la precedente exposición revela algo más acerca de cuáles son, en la construcción ferrajoliana, los correlatos lógicos que, en el nivel constitucional, tienen los derechos fundamentales, es decir, acerca de cuáles son las garantías *constitucionales*. De acuerdo con Ferrajoli, en lo que concierne a un derecho de libertad (por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión), su garantía primaria «inmediata» (de no censurar una columna periodística) estaría implicada por la garantía constitucional primaria correlativa al derecho, consistente en la prohibición de producir normas legales contrarias al deber de no lesión del derecho de libertad. Sin embargo, por lo que respecta a un derecho social (como, por ejemplo, el derecho a la salud) su garantía primaria «inmediata» (de prestar servicios de vacunación) no estaría implicada por su

garantía constitucional primaria, consistente en la obligación de dictar las correspondientes leyes de actuación. Y, respecto de todo derecho fundamental, su garantía secundaria «inmediata» (por ejemplo, la obligación de que un órgano jurisdiccional anule leyes inconstitucionales), tampoco estaría implicada por su garantía constitucional secundaria, consistente en la obligación de dictar leyes que instituyan la garantía «inmediata». De aquí se sigue que, mientras las garantías primarias de los derechos de libertad siempre van a tener rango constitucional, en el caso de las garantías secundarias y de las garantías primarias de los derechos sociales, eso va a ser contingente: en unos casos estas garantías estarán positivizadas en la constitución y, en otros, solamente en la ley. De ahí que, para el caso de las garantías secundarias y de las garantías primarias de los derechos sociales, Ferrajoli proponga acuñar el concepto de «*garantía débil* [...] en oposición a las *garantías fuertes* que la misma impone introducir, y llamar, correlativamente, *derechos débiles* a los derechos correspondientes, en oposición a los *derechos fuertes* acompañados de las respectivas garantías primarias y secundarias» (FERRAJOLI, 2011, pp. 632s, 654). Según esto, las únicas garantías que siempre serán fuertes son las garantías primarias de los derechos de libertad. Todo lo expuesto puede ilustrarse de la siguiente manera:

		DERECHOS DE LIBERTAD	DERECHOS SOCIALES
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PRIMARIAS	fuertes	DF ↔ GCP → <i>Ginmediata</i> (const.)	DF ↔ GCP – <i>Ginmediata</i> (const.) O bien: DF ↔ GCP <i>Ginmediata</i> (legal)
	débiles		DF ↔ GCP [–] <i>Ginmediata</i> (const.) Y tampoco: DF ↔ GCP [] <i>Ginmediata</i> (legal)
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SECUNDARIAS	fuertes	DF ↔ GCS – <i>Ginmediata</i> (const.) O bien: DF ↔ GCS <i>Ginmediata</i> (legal)	
	débiles	DF ↔ GCS [–] <i>Ginmediata</i> (const.) Y tampoco: DF ↔ GCS [] <i>Ginmediata</i> (legal)	

ALGUNOS PROBLEMAS DEL GARANTISMO A PROPÓSITO DEL CASO IRIGOYEN

A vueltas con el caso Irigoyen, ¿cómo habría que analizarlo desde una perspectiva garantista? Ciertamente, las depuraciones de la teoría pura efectuadas por Ferrajoli modifican la imagen del caso, por lo menos en términos teóricos. Por lo que respecta a la CUESTIÓN 2 (¿es inconstitucional el Art. 117 del Código Militar?), ésta va a depender de si el coronel Irigoyen tenía un derecho de libertad a no ser condenado a la pena de muerte por el delito de sedición, es decir, de si existía una garantía primaria inmediata consistente en la prohibición de condenarlo a muerte, que sea la implicación de una garantía constitucional primaria que vede al legislador dictar normas que contradigan la referida prohibición. La Corte Suprema Marcial consideró que tales garantía constitucional y, consiguientemente, garantía inmediata no existían en el ordenamiento, dado que la prohibición de la pena de muerte prevista en el Art. 14 de la Constitución no alcanzaba al delito de sedición. ¿Con arreglo a la teoría de Ferrajoli, esta fue una interpretación correcta? ¿El garantismo es apto para dar una respuesta, toda vez que concibe a los derechos fundamentales estrictamente como figuras deónticas? En este sentido, ¿el ejercicio ferrajoliano de depuración realmente se aleja de la pureza kelseniana?, ¿el garantismo da cuenta del papel que juegan en la interpretación del Art. 14 de la Constitución de 1884 las *valoraciones* relativas a la *voluntad*, al *interés*, a la *facultad* o al *beneficio* de Irigoyen (para emplear las categorías de las clásicas doctrinas sobre los derechos subjetivos, todas ellas objeto de exorcismo por parte del normativismo kelseniano)?, en otras palabras, ¿la axiomatización ferrajoliana da cuenta de la operatividad de los derechos en cuanto *bienes morales* a la hora de interpretar el texto constitucional?

Para avanzar en nuestro análisis, examinemos ahora tres hipótesis. En primer lugar, supongamos que la Constitución ecuatoriana de 1884 hubiese contenido una norma de la que se desprenda la prohibición de sancionar con la pena de muerte el delito de sedición. En este caso, habría que concluir la existencia de un derecho fundamental correlativo a esa prohibición, en contra de lo que la teoría de Kelsen indica: un genuino derecho, independientemente de si respecto de él exista o no la correspondiente garantía secundaria. De manera que la Corte habría podido, al menos, denunciar la antinomia entre el Art. 117 del Código Militar y el Art. 14 de la Constitución. Esto señala un aspecto en el que, claramente, Ferrajoli mejora a Kelsen.

Ahora, en segundo lugar, partamos del supuesto contrario, es decir, de la hipótesis de que la mencionada Constitución no hubiese contenido una norma prohibitiva de la pena de muerte para el delito de sedición. Obviamente, la conclusión sería que el coronel Irigoyen ni siquiera gozaba de un derecho fundamental a no ser condenado a muerte. Pero, ¿podría decirse, no obstante,

que el Art. 117 estaba en contradicción con un hipotético Art. 14 que tuviese el siguiente texto – el que consta en la Constitución ecuatoriana actual, pero que no constaba (ni siquiera aproximadamente) en la de 1884: «Se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida»? Estrictamente hablando, este derecho fundamental tendría como correlato lógico la garantía constitucional consistente en la prohibición de dictar leyes que violenten la vida humana, pero ¿se deduciría de aquí – sin más – una garantía inmediata que prohíba la pena de muerte? ¿El mero principio de no contradicción bastaría para constatar aquí la presencia de una antinomia? ¿No habría que distinguir, en este contexto, el derecho fundamental a la vida del derecho *derivado* (si bien de rango también constitucional) a no ser sancionado con la pena de muerte por el delito de sedición (cuyo correlato lógico sea, estrictamente hablando, la antes señalada garantía inmediata)⁶? El tránsito de un derecho a otro, ¿no sería un procedimiento esencialmente *axiológico-justificativo*, más que un mero itinerario *deductivo*?

Y ahora, en tercer lugar, supongamos que el caso hubiese consistido en que, una vez ejecutado el coronel Irigoyen, su hijo huérfano demandaba el derecho a recibir educación básica gratuita por cuanto en su pueblo natal no había una escuela pública. Suponiendo que la Constitución de 1884 establecía el derecho a la educación, pero – también – que no se había implementado el sistema público de educación, diríamos que si bien no se había establecido este régimen de prestaciones como garantía inmediata, existía, sin embargo, una garantía constitucional primaria consistente en el deber de implementación del sistema antes referido. Es decir, existiría una laguna que denunciar. Aquí aparece de manera más clara la distinción entre la garantía constitucional primaria, correlativa al derecho fundamental, y la obligación inmediata (en este caso, de rango legislativo). En torno a lo cual, cabe preguntarse: ¿esta última garantía viene a ser el correlato lógico del derecho fundamental?, ¿acaso ella es, verdaderamente, una garantía correlativa a ese derecho? Si lo fuera, ¿cómo podríamos seguir afirmando, entonces, que la garantía constitucional secundaria es el correlato del derecho fundamental? ¿No habría que sostener, más bien, que el correlato de la garantía inmediata es un derecho *derivado* del derecho fundamental, con rango legal⁷? Y, de ser así, ¿el tránsito de este derecho al otro, lo que es lo mismo, de la garantía constitucional primaria a la garantía legal inmediata sería en realidad una exigencia *lógica* impuesta al legislador por el principio de plenitud?, ¿no se trataría, más bien, de una exigencia de orden *axiológico*?

6 *Dinmediato* (const.) ← DF ↔ GCP → *Ginmediata* (const.) : *Dinmediato* (const.) ↔ *Ginmediata* (const.)

7 DF ↔ GCP
 | |
Ginmediata (legal) ↔ *Ginmediata* (legal)

Finalmente, por lo que respecta a la CUESTIÓN 1 del caso Irigoyen (¿la Corte Suprema Marcial tiene competencia para anular el Art. 117 en caso de que fuera inconstitucional?), esta remite a la pregunta por la existencia de una garantía secundaria inmediata consistente en la obligación impuesta a un órgano jurisdiccional para anular leyes inconstitucionales. Y la respuesta, evidentemente, es que una garantía así no existía en el Ecuador de aquella época (no era, ciertamente un Estado constitucional). Desde el punto de vista ferrajoliano, sin embargo, sí habría existido la garantía constitucional secundaria consistente en el deber de colmar esa laguna. Cabe, pues, que nos preguntemos, ¿cuál es, exactamente, el correlato lógico del derecho fundamental?, ¿la ausente obligación atribuida a una autoridad jurisdiccional (como, por ejemplo, la misma Corte Suprema Marcial) o el deber de instituir algún mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes? Y, todavía más, ¿puede afirmarse que, en general, la garantía secundaria de un derecho constitucional es el correlato lógico de aquel, de manera que bastaría la positivización de un derecho fundamental para afirmar que, el mero influjo del principio de plenitud, el legislador tiene la exigencia *lógica* a crear una jurisdicción constitucional? ¿No se sería este, más bien, un imperativo *axiológico-político*?

Al conjunto de los problemas expuesto subyace una duda: la de si Ferrajoli, aparte de elaborar un normativismo altamente sofisticado, realmente consigue superar a Kelsen mediante una teorización cabal de la prioridad de los derechos fundamentales respecto de sus garantías, o si, al final del día, la soledad de los *principia iuris tantum* de no contradicción y de plenitud apenas logran confeccionar tales derechos a la medida de sus garantías, ni más ni menos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, M. Exposición del método. En: M. Atienza y A. Lozada, *Cómo analizar una argumentación jurídica* (pp. 15-63). Quito: Cevallos Ed. 2009.

AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

BAYÓN, J. C. Derechos y democracia: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En: J. Betegón et al. (Eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 65-94). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004.

BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press. 1879.

BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema. 1991.

FERRAJOLI, L. *Principia iuris*, T. I. Madrid: Trotta. 2011.

_____. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'a opera di Hans Kelsen*. Roma-Bari: Laterza & Figli. 2016.

- _____. Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, 34, 15-53. 2011.
- FLOR, M. E. Advertencia. En: M. E. Flor (Ed.), *Juristas y sociólogos*. México: Cajica, 1960. p. 200.
- GACETA JUDICIAL (S. III, No 2, p. 1235). *Sentencia en el caso Comandante General de Cuenca contra Federico Irigoyen por la Corte Suprema Marcial*. 1887.
- GUASTINI, R. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: M. Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-73). Madrid: Trotta. 2003.
- HART, H. L. A. Bentham on Legal Rights. En: J. Horder (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (pp. 171-201) Oxford: Clarendon Press, 1973.
- IHERING, R. VON. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, T. IV. Granada: Comares. 1998.
- KELSEN, H. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México: UNAM. 1995.
- _____. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa. 2003.
- PENNER, J. The Analysis of Rights. *Ratio Juris*, 10 (3), 300-15. 1997.
- RUIZ MANERO, J. Sobre el Kelsen de Ferrajoli. *Isonomía*, 43, 197-210. 2015.
- SAVIGNY, F. K. VON. *Sistema de derecho romano actual*, T. I. Madrid: F. Góngora y Compañía. 1878.
- WINDSCHEID, B. *Diritto delle pandette*, T. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1930.