

## El Garantismo y los otros

**Johan Alejandro Aldana Rodríguez**

Licenciado en Relaciones Internacionales por la  
Universidad del Valle de México campus Querétaro (México).  
Maestría en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México).

**Resumen:** Entre las distintas concepciones sobre los derechos humanos que existen actualmente, la teoría garantista propuesta por Ferrajoli ha encontrado gran aceptación entre las instituciones legalistas de los Estados modernos y aquellos profesionales de la ciencia jurídica. Sin embargo, ¿es esta teoría suficiente para entender la complejidad de los derechos humanos como fenómenos sociales? Como todas las teorías, esta tiene límites que deben ser cuestionados, sobre todo por corresponder más al interés de una minoría que tiene garantizada de forma material el goce de sus derechos. Una forma de asegurar que el statu quo continúe es a través del uso legítimo de la fuerza que busca frenar las incomodidades sociales y la alteración de la línea vertical de aplicación de la Ley.

**Palabras clave:** Derechos humanos; Garantismo; Violencia; Derecho; Sociedad.

**Abstract:** Within the different human rights conceptions currently existing, the guarantees based (garantistic) theory proposed by Luigi Ferrajoli has found wide acceptance between both modern states legal institutions and law science professionals. However, is this theory enough to understand on its full the complexity of human rights as social phenomena? Like all theories, this one has its limits and those must be questioned, especially since it was created to protect the interests of a minority that has materially guaranteed the enjoyment of their rights. One way to ensure the continuity of the status quo is through the legitimate use of violence that seeks to break the social discomfort and alteration of the vertical line of law enforcement.

**Keywords:** Human rights; Guaranties based theory; Garantistic; Violence; law; Society.

Artículo recibido: 30/03/2016 Aceptado: 24/08/2016

## Sumario

1. Introducción
2. La crisis del Estado de Derecho
3. El Estado violento
4. Bibliografía

*“No es saludable estar bien adaptado  
a una sociedad profundamente enferma”.*

JIDDU KRISHNAMURTI

### 1. Introducción

En los últimos años el discurso de los derechos humanos ha tomado bastante fuerza, para bien o para mal, se ha convertido en un referente común en el vocabulario popular, las instituciones y los medios. Esto no quiere decir que se haya adoptado una congruencia entre lo que se dice y las acciones que llevamos a cabo para su cumplimiento. Sin embargo, hoy cualquier persona sabe que existen unos derechos que le pertenecen a todos los seres humanos y que, formalmente, impiden los abusos de poder y las injusticias sociales que aquejan a gran parte de la población. La realidad es que los derechos humanos están en boca de todos, pero realmente casi nadie sabe que son.

Como en todas las ciencias, existe una infinidad de teorías que buscan explicar y justificar el fenómeno social, y siempre una se alza por encima de las otras para convertirse en hegemónica, invisibilizando otros saberes que han tenido menos suerte en ser adoptados por la mayoría de los llamados expertos. La tradición hegemónica de derechos humanos que vivimos actualmente es importada a nuestra región de los grandes círculos de poder europeo y norteamericano (específicamente estadounidense) y es promovida por gobiernos, organismos internacionales y la mayoría de los profesionales.

En esta corriente la palabra “derechos” se lleva casi todo el peso, y “humanos” se queda relegado a una visión más romántica, en la que cabríamos todos pero no el derecho a través de su herramienta coactiva, la ley. Y como ésta es el instrumento de control social más eficaz, se han privilegiado las concepciones jurídicas de los derechos humanos sobre las más sociales, convirtiendo a estos, aún con el retraso que esto signifique, únicamente en garantías.

Esta corriente llamada garantista que tiene entre sus pensadores autores como Ferrajoli o Zaffaroni plantea mejoras en el sistema jurídico que rige al Estado y que deben repercutir en la población. Esta tiene aportes valiosos en el campo del derecho, sobre todo en la defensa de los miembros de la llamada sociedad, pues postula la función del derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

Sin embargo, uno de los autores más importantes de esta teoría, Luigi Ferrajoli reconoce una crisis, la cual se ve reflejada en una crisis de legalidad del Estado social y del Estado nación (Aguilera y López, 3), y es por esto que postula su sistema garantista. Este surge para remediar el caos normativo, la proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual. Sin embargo, el Derecho que pretende mejorarse desde el Derecho sin pasar revisión a las ciencias políticas o sociales sufre de una ceguera de taller que le impide darse cuenta de las realidades que debería estar regulando, no coartando.

La teoría garantista busca reformar el sistema jurídico para erradicar los vicios que pudiera tener en aras de fungir como un mejor regulador político-social desde el ejercicio jurídico, sin embargo los derechos humanos no nacen en los libros, nacen en la lucha social por la reivindicación de la satisfacción de las necesidades sociales como veremos más adelante. Por lo que el foco de esta teoría, aun cuando pretenda serlo, se aleja del humanismo para centrarse en un sistema configurado de tal forma que solo tienen acceso unos pocos privilegiados.

Luigi Ferrajoli define los derechos fundamentales de la siguiente

forma:

...derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Aguilera y López, 8).

Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones –la subsistencia, la asistencia sanitaria, el empleo, la vivienda, la educación– son reconocidos por las Constituciones de este siglo como ‘derechos fundamentales’: los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas (el derecho al trabajo, a la vivienda, a la instrucción, la salud, la información y similares) que se colocan junto a los antiguos derechos individuales de libertad, concebidos, en cambio como derechos a prestaciones negativas (Ferrajoli, 68).

Sin embargo, esto únicamente por la lógica en la que han ido apareciendo los derechos en las luchas y transformaciones sociales, no es que los derechos políticos y civiles hayan aparecido primero, sería casi como decir que los seres humanos necesitaron primero votar y obtener una ciudadanía y solo después satisfacer necesidades como el alimento, el cobijo y el aprendizaje. Por ende no podemos hablar de nuevas funciones, y tampoco basta con que estén reconocidos en las constituciones.

Por otro lado, está perdida de efectividad del Estado de Derecho no compromete la estabilidad del sistema político, la crisis que de ella se deriva para las fuentes de legitimación legal del Estado resulta de hecho ampliamente compensada, en la fase de desarrollo del Estado de bienestar, por la mayor legitimación político–democrática. En primer lugar, por el alto grado de satisfacción material de las demandas sociales; en segundo lugar, por los procesos de integración política y consensual promovidos y canalizados por el sistema de partidos y por el conjunto de las instituciones representativas (Ferrajoli, 71).

Uno de los límites que se vislumbra en la teoría garantista es su concepción de los derechos humanos como normas. En un análisis amplio de los alcances se coarta el principio de los propios derechos. Sí, es cierto que es funcional en la preponderancia que proponen en comparación a los derechos patrimoniales, por ende es una ventaja dentro del sistema ya dado, pero pensar los derechos humanos desde el sistema es otorgarlos discursivamente y estandarizarlos como prestaciones sociales o barreras de protección de garantías individuales, no la posibilidad de ejercer plenamente un derecho ni de reconocer la necesidad inmediata de la realidad de la persona en su particularidad y colectividad.

Existen derechos humanos tan básicos que no necesitan recursos materiales para su reconocimiento, tales como el respeto a la dignidad humana, el derecho al matrimonio igualitario, a la identidad de género, a la lengua originaria, etc., muchos derechos solo necesitan voluntad para llevarse a cabo, y aun así se niegan excusándose en las normas jurídicas y en los supuestos constitucionales.

Una crítica rescatable que propone el garantismo, que no por eso significa que haya ofrecido una respuesta, es cuando expone que los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad. Y habla de una internacionalización de los derechos fundamentales pasando de un estatus de ciudadano a un estatus de persona. Ya que para esta teoría la ciudadanía representa el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo pre moderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.

Aquí otras teorías han hecho aportes más críticos de la universalidad de los derechos humanos, ya que se corre el riesgo de la ideologización y por ende la dominación de colectivos y pueblos a través de un ideal que no necesariamente corresponde a su realidad histórica. Incluso autores como David Sánchez Rubio propone una pluriversalidad, realidad que aceptaría las distintas concepciones de derechos fundamentales de acuerdo a la necesidad de cada pueblo con aceptación universal, la alteridad como eje de respeto y entramado de los derechos humanos desde sus muy variadas

complejidades.

Para Ignacio Ellacuría, filósofo nacionalizado salvadoreño, en nombre de los derechos humanos se puede establecer un manto de universalidad ideal que se sostiene sobre una particularidad real que solo es favorable para unos pocos y desfavorables para la mayoría (Sánchez Rubio, 50).

Tampoco podemos pretender que estas distinciones se hacen solo en las relaciones internacionales en fenómenos masivos como las migraciones, y menos la idea de la que habla Ferrajoli de un ser humano genérico en una sociedad estándar. Si la realidad fuera así de simple la respuesta sería tal como se enuncia, pues bastaría con otorgar a todas las personas los derechos que gozan los ciudadanos, pero ¿qué ciudadanos?, ¿cuáles derechos?

Habría que preguntarse sí; primero, todos los ciudadanos cuentan con los mismos derechos y tienen la capacidad de ejercerlos libremente y segundo, si la calidad de ciudadano como persona aceptada dentro de un pacto federal es la misma para los distintos grupos que conforman el Estado, o es que ni aún dentro de un Estado existe una garantía de derechos fundamentales. Ferrajoli habla como Platón denunciaba:

... del Estado que nosotros fundamos y discutimos y que no tiene realidad, más que en nuestros discursos, pues yo no creo que en la tierra se encuentre en ningún lugar (Platón, Diálogos).

Y es que cuando se trata de analizar la sociedad, en estos polos de poder que propician su escalonamiento y división, se da por sentado que la calidad del todo puede y debe medirse por la calidad promedio de sus partes y que si alguna de estas partes se encuentra muy por debajo del promedio, los perjuicios que pueda sufrir no afectarán la calidad, la viabilidad y la capacidad operativa del todo (Bauman, 10).

Incluso se crea una clase inferior, la “clase marginal” que Bauman define como personas despojadas de los derechos que poseen los miembros reconocidos y reputados de la sociedad. Esta “clase marginal” se convierte en un cuerpo extraño que no se cuenta entre las partes naturales e indispensables del organismo social.

La verificación ideal de los derechos humanos no se puede realizar meramente ni principalmente desde el análisis mismo del discurso, o desde las plasmaciones jurídicas que constituyen las declaraciones nacionales o internacionales de derechos humanos. Por esto hay que ir “más allá del enunciado ideal”, y verificarlo no desde lo que se dice sino desde las prácticas reales de los pueblos (Ellacuría, 251).

Los derechos sociales pueden considerarse como derechos a prestaciones en sentido estricto, que consisten en:

... derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares;

en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas, pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente (Aguilera y López, 17).

Con esta premisa la teoría garantista podría pasar como social e incluyente, sin embargo el hecho de considerar a los derechos sociales como meras prestaciones o satisfacciones de aquello que se encuentra en el mercado hace que los programas o intentos del Estado de satisfacer estas demandas sociales se conviertan en sistemas clientelistas y paliativos que intentan llenar un hueco con un bien que no transforma la realidad del sujeto o la comunidad de forma permanente, lo único que hace es calmar la incomodidad que nace del pueblo para postergar su solución real.

Por ende, está claro que esta restricción de las prestaciones sociales del Estado tiene el efecto de acentuar el carácter selectivo e inevitablemente discriminatorio de las satisfacciones de las demandas y por el engendrar, a falta de una sólida estructura normativa y garantista, procesos degenerativos de las instituciones en sentido clientelar corporativo, bajo el signo de la desigualdad y privilegio (Aguilera y López, 5)

La llamada ciencia jurídica no ha logrado elaborar formas de garantías para los derechos sociales con eficacia y sencillez, a diferencia de las previstas para los demás derechos como el de la libertad, que por cierto es

uno de los más vulnerados por el Estado. Los derechos sociales imponen deberes de hacer, por lo que su violación no se manifiesta, no es visible y judicializable, y posiblemente exigible solo desde la ilegalidad de los actos. El Derecho al fallar en las garantías de los derechos sociales ha fallado también indiscutiblemente en la forma en que estos se pueden exigir.

Y, ¿desde dónde se debe exigir el reconocimiento y cumplimiento de los derechos humanos?, ¿desde la Ley que no los contempla y muchas veces los limita?

## 2. La crisis del Estado de Derecho

El diseño estratégico de una renovada ‘sociedad abierta’ basada en la revalorización ético-política del mercado y del Estado liberal de derecho corresponde en realidad a una simplificación del sistema político mediante la amputación de aquellas de sus funciones positivas que satisfacen demandas y necesidades ampliamente difundidas a nivel social (vivienda, asistencia sanitaria, seguridad social, instrucción, servicios públicos, garantía de los salarios reales, subsidios a los desocupados, etc.) y que los mecanismos competitivos y transaccionales del mercado no estarían nunca en condiciones de remplazar, de acuerdo con criterios siquiera mínimos de justicia distributiva (Ferrajoli, 1982).

Se reconoce una crisis del Estado de Derecho, pero vale la pena preguntarse, ¿qué tipo de crisis?, y ¿para quién existe una crisis? Podemos hablar desde dos perspectivas, por una parte la del propio Estado y aquellos que en él encuentran la continuidad de una forma de vida excluyente para privilegiar sus intereses propios, entendiendo que es el gobierno quien dicta a través de las normas que realiza las directrices.

Segundo, de la sociedad que busca un Estado más incluyente y participativo y que desde la pluralidad de sus componentes está pidiendo un cambio en las estructuras que sellan las oportunidades de inclusión por las que están abogando. Me abocaré a estas dos perspectivas porque ambas hablan de una crisis del Estado de Derecho y ambas coinciden en que el agotamiento del típico modelo de Estado está planteando la necesidad de nuevas estructuras y la creación de un nuevo paradigma, pero la



crisis que ambos ven pareciera distinta, aunque es la misma vista desde dos perspectivas, la de la sociedad y la que el Estado ve en sí mismo.

El carácter progresivo del modelo normativo del Estado de Derecho, que hace de este un elemento in suprimible de cualquier democracia, consiste precisamente en su doble valencia: hacia arriba, como sistema de límites jurídicos impuestos al poder, de otro modo absoluto, de los vértices políticos; hacia abajo, como técnica de generalización, y por ello, de igualación de las expectativas a través de su formalización como situaciones jurídicas y, en particular, como derechos subjetivos (Ferrajoli, 87).

El agotamiento del llamado Estado Benefactor trajo consigo una mayor participación privada en las tareas que típicamente recaían en el Estado, la privatización y concesión de varios servicios que se proveían a través de las estructuras públicas pasaron a ser parte de control de grupos de poder que, primeramente, eran capaces de pagar y que también pudieron acercarse a los grupos políticos para así beneficiarse de dichas concesiones.

Pero esto no es nuevo, recordemos que el surgimiento del Estado moderno nace por la apropiación del poder político de los grupos que ostentaban el poder económico, algunos nobles por una parte y la burguesía por otra, entonces la nueva estructura de gobierno se concibe en su esencia privada, legitimada popularmente sí, pero en realidad nunca ha habido una separación entre la forma de gobierno y los intereses particulares de producción y ostentación de poder económico.

Por ende la crisis que ve el Estado moderno de la superación de este por parte del mercado no es un fenómeno nuevo o que se haya producido por el interés del capitalismo para controlar los mercados que forman los territorios estatales. Es un juego de balanza donde siempre han existido los dos elementos y que con el paso del tiempo se ha inclinado a favor del mercado, pero siempre han coexistido como las dos caras de una moneda, moneda que ostenta una élite que se hizo con el poder político y económico.

También es por esto que hablar de élites que ostentan el poder respondería más a los distintos grupos de una única élite que controla estos rubros de la vida social.

Las diferenciaciones se explican antes por la concesión de privilegios a determinados grupos corporativos y por la necesidad del Estado

de atender a los negocios particulares a través de las reglas pactadas y transitorias, condicionadas por los cambios en la relación de fuerzas, más afines a categorías propias del derecho privado, como el contrato, que al sometimiento a las leyes ‘heterónomas’ con vocación de generalidad y permanencia (Pisarello, 5).

Y que por ende responde, tanto el mercado como el gobierno, a los intereses de la minoría, de una minoría que ha ido forjando una estructura ad hoc a su visión por ambos poderes y que se ha separado de la masa popular que no entraría en su campo de acción.

Transformada en uso ordinario, esa excepcionalidad corroe la relativa autonomía del Derecho y este termina subordinado casi por completo a la “normatividad de los poderes facticos”, es decir, la arbitrariedad de las burocracias políticas y de las oligarquías económicas (Ferrajoli, 1982).

Así, concebir al Estado moderno separado de aquellos poderes que lo coartan y decir que la crisis de este es producto de un nuevo poder podría ser impreciso. Ya que no se podría concebir la creación de este sin el poder económico y de aquellas minorías que ostentaban los medios de producción y que es a través de su llegada a la estructura del nuevo orden que logran esparcir su hegemonía en distintos ámbitos; ideológicos, políticos, económicos, y que continua hasta la estructura estatista actual.

Una de las principales deficiencias que tiene el modelo garantista es la fuerte visión vertical de la constitución que recuerda el pacto social clásico, donde la influencia se da de arriba hacia abajo únicamente. Para Ferrajoli, las constituciones deben ser entendidas como pactos de convivencia necesarios para regular los conflictos, tensiones y problemas de las distintas subjetividades heterogéneas que componen una determinada sociedad, meros pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y los derechos fundamentales de todos.

Es decir, simples instrumentos jurídicos y normativos que pretenden regular y amortiguar posibles tensiones, pero que olvidan lo más importante y significativo: lograr implicar a los ciudadanos en un Estado constitucional a través de una mayor legitimación social democrática. Sin embargo, esto puede estar disfrazado ya que el pacto que funda la democracia constitucional implica la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo

que queremos hacer, renunciando a la democracia real por una democracia representativa corrupta que nos ata al constitucionalismo, donde el imperio de la Ley ejerce presión para intentar cohesionar unidades en un sistema vertical que responde a una lógica de preservación de los intereses de quienes ocupan los puntos más altos de esta verticalidad.

De acuerdo a esto y al nuevo paradigma de derechos humanos que han enarbolado los grupos privilegiados, no existe forma jurídica de reconocer y hacer cumplir los derechos humanos si no están contemplados en la Ley. Por lo que una teoría garantista se vuelve insuficiente cuando las nuevas subjetividades emergentes alzan la voz contra la opresión a la que han sido sometidas históricamente y las ha relegado de la construcción jurídico-política de la sociedad donde viven.

Haciendo un poco de historia, era ilegal la participación de afroamericanos en la vida política no solo en Estados Unidos, también en Europa y gran parte de América Latina, era ilegal el voto de la mujer, era ilegal que grupos indígenas en América aspirarán a los privilegios de las razas mestizas, era ilegal el matrimonio entre personas del mismo sexo, era ilegal que una persona decidiera su identidad de género, era ilegal cualquier acción por voluntad propia si no se ajustaba al canon de hombre-blanco-heterosexual-burgués. Si nos limitáramos a una concepción garantista basada en el ordenamiento jurídico y en únicamente perfeccionarlo, hoy todo eso seguiría siendo ilegal y debido a que de hecho si existe ese límite, todo lo que ejemplificamos aún no está garantizado y en nombre de la Ley se sigue coartando.

El sistema jurídico sigue siendo altamente elitista y ha provocado que el sistema de derechos en el que se basa se convierta en un sistema de privilegios, donde unos cuantos pueden tener la garantía de ver sus derechos reconocidos y exigibles. Por ejemplo, si solo un tipo de matrimonio es reconocido legalmente entonces no se trata de un derecho, es un privilegio. Y en una sociedad de privilegios el común denominador es la exclusión, por lo que el sentimiento latente de lucha es indispensable para lograr la equidad y los derechos humanos con su calidad de "humanos".

Los derechos humanos pueden ser ilegales, y deben serlo cuando reconocemos que estos deben ser el motor de fuerza que nos haga transitar

de un sistema injusto hacia la justicia. La Ley como herramienta de control social ha sido forjada por una parte de la población que no entiende, en muchos casos, lo que es vivir sin el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Los derechos humanos deben ser en principio revolucionarios para combatir un sistema legal injusto basado en privilegios.

Ellacuría nos dice:

¿Cuándo unas estructuras son evidentemente injustas? ¿Cuándo esas estructuras representan la institucionalización de la violencia? La respuesta es clara: cuando atentan gravemente contra los derechos fundamentales de la persona y cuando dañan peligrosamente el bien común del país. Quiere esto decir que, cuando la situación estructural de un país, el conjunto de su organización económica, de su organización jurídica y de su organización política, llevan durante un tiempo prolongado a la negación de los derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación y a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo, el derecho a no ser apresado injustamente y a no ser torturado, el derecho a la organización política, el derecho a la libertad de expresión, etc., entonces, estamos ante estructuras evidentemente injustas y ante la violencia institucionalizada (Rosillo, 152).

Al mencionar que los derechos humanos deben ser en principio revolucionarios no es otra cosa que la capacidad que tiene el ser humano de apropiarse de posibilidades y de generar acciones que afirmen su vida en virtud de su realidad histórica. Es el derecho de los pueblos a subvertir las relaciones sociales que producen y reproducen su muerte (Rosillo, 190), el derecho que posibilita el surgimiento y existencia de los otros derechos y que historiza el derecho básico a la vida.

Para Danilo Zolo,

... una estructura de poder global estaría, en la actualidad, inevitablemente destinada a reprimir las diferencias culturales del planeta, a penalizar a los sujetos más débiles y a reducir drásticamente la

complejidad de las estructuras políticas intermedias... provocaría, muy probablemente, reacciones más intensas del terrorismo internacional contra los países industriales, cuya hegemonía actuaría, inevitablemente, de soporte técnico militar de la nueva Cosmópolis (Aguilera y López, 32).

Y esto debido a que,

Una parte considerable de la población está constituida por verdaderos parias excluidos del mercado formal de empleo, condenados a la marginalidad socioeconómica, al hambre y, en ocasiones, a condiciones de trabajo esclavo. Esta condición prácticamente los excluye como sujetos de derechos encuadrados en las garantías fundamentales y en las libertades establecidas por el orden constitucional. Para ellos, no existe la seguridad jurídica ni el imperio de la ley, solo las dádivas y la protección discrecionales que les deparen los mecanismos de clientelismo político e incluso policial (Pisarello, 9).

Así, el Derecho se ha venido alejando de las ciencias sociales, y ha entrado en la categoría de las ingenierías, buscando tecnificar y estandarizar todos los procesos que regula. Por ende pocas veces hace política y cuando la hace, la entiende como la imposición de medidas destinadas a conservar el estado de las cosas, vemos por ejemplo como los campos de la política y la sociología son ocupados por profesionales del Derecho que buscan la continuidad de las normativas del orden y pretenden realizar la búsqueda de mejoras sociales y de amplitud de la negociación dentro de las leyes, dejando de lado las distintas realidades que no contemplan estas últimas.

El Estado de Derecho pasa a ser entonces la composición de las leyes escritas que imponen el orden social y relegan las necesidades y demandas de los grupos sociales que regulan, que es desde donde debieran nacer las motivaciones para dichas regulaciones. Existe entonces una inversión de la lógica procedimental, pues debiera venir en última instancia el Derecho a regular las transformaciones que desde la sociedad tienen lugar, ya que son estas quienes van moldeando las relaciones cotidianas y dando

forma a las nuevas composiciones que forman un Estado. Sin embargo, la realidad es que el Derecho por antelación quiere regular las posibles transformaciones políticas y sociales previniendo cualquier alteración al status quo que es funcional a ciertos grupos minoritarios, no es entonces tan positivo hablar de un imperio de la Ley.

Y justamente, Ferrajoli y el garantismo carecen de la pluralidad social que debe ser tomada en cuenta, propone varios puntos bastante interesantes, incluso podríamos hablar de un neo constitucionalismo que falla al aferrarse en determinados puntos al positivismo jurídico, aquel que presume que la justicia es ciega como si se tratara de un atributo y termina cayendo en un normativismo que no puede, ni quiere, dar cuenta de la enorme complejidad de las relaciones sociales y de la realidad histórica que se proclama cada vez más desde los derechos humanos y la pluralidad intrínseca de la heterogeneidad. Y, ¿cómo garantizar esta homogeneidad?, ¿cómo controlar las distintas voces que se alzan contra el estado de las cosas que propone el garantismo? Legitimando la violencia.

### **3. El Estado violento**

Se puede caracterizar al Estado de Derecho como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales (Ferrajoli, 91). Para Ferrajoli, legitimar el uso de la fuerza con el pretexto de evitar una violencia mayor es válido, pero debemos partir del entendimiento del uso de la fuerza, ¿quién usa la fuerza?

Para la teoría garantista, los niveles legales de aceptación de la violencia del Estado son válidos, pero este podría estar usando la misma fuerza o incluso una mayor que los grupos que la utilizan para manifestar su incomodidad con el estado social de las cosas, la diferencia es que en estos últimos su uso es ilegal y por ende debería ser reprimido por la fuerza legal.

No existen consideraciones de la cantidad de fuerza siempre y cuando sea legal o ilegal, y es que bajo estos preceptos está perfectamente justificado un escuadrón de 300 policías reprimiendo una manifestación de 50 personas, porque esa manifestación que hace uso de la fuerza, al no tener

medios alternos para exigir sus derechos es ilegal, por ende puede resultar en una violencia mayor hacia el Estado, hacia el orden jurídico de paz por el que vela, no hablamos de una violencia que atente contra la sociedad.

La violencia de las penas, a su vez legítima solo en cuanto y en la medida en que sea capaz de prevenir violencias mayores producidas por los delitos y por las reacciones a los delitos que se cometerían en su ausencia (Ferrajoli, 91). Pero el delito abarca un gran número de prohibiciones que no necesariamente ocasionan más violencia, el garantismo acepta reprimir violentamente a un asaltante y a alguien que haya robado una hogaza de pan. Es cierto, dirán algunos, que robar un pedazo de pan no produciría mayor violencia y que entonces esta teoría guarda distintas medidas debido a la gravedad del delito, sin embargo, el delito considerado con alta probabilidad de volverse a cometer es penalizado por que al reincidir afectará a terceros.

La incapacidad del Estado de generar situaciones donde el derecho a la alimentación más básica sea cumplido, obliga a este a legitimar el arresto y procesamiento de dicha persona en aras de conservar la paz social, al final de cuentas, ¿cuál es la diferencia entre estos dos delincuentes?, ambos serán detenidos y procesados, si son condenados incluso terminarían en la misma celda.

La sola pretensión de ciertos derechos sociales fundamentales por parte de los miles de hombres y mujeres encarcelados por delitos menores contra la propiedad o provocados indirectamente por la carencia de bienes y servicios elementales, sería tomada como una petición inadmisibles, hasta insolente. Las garantías vinculadas a las libertades individuales, más baratas, solo se conceden en casos extremos, cuando su ausencia se ha cobrado ya un número excesivo –y por lo tanto poco funcional– de vidas humanas (Pisarello, 10).

Se habla de un principio de estricta legalidad que consiste en una técnica legislativa idónea para disciplinar y limitar lo más rígidamente posible la violencia institucional y, en general, el ejercicio de los poderes coercitivos, a través de la determinación normativa de sus presupuestos (Idem).

Pero entonces, aquellos que exijan la satisfacción de necesidades básicas, iguales a las de aquellos que ya las tienen satisfechas, son

delinquentes, pues se salen de la formalidad con la que unos cuantos pudieron acceder a ese derecho, entonces se reprimen las luchas sociales y se criminalizan las protestas (Rosillo, 14), pues bajo esta lógica, es ilegal obstruir el libre tránsito, es ilegal hacer daño a la propiedad privada, es ilegal alterar el orden público, es ilegal incomodarse, y mientras esto sea ilegal el uso de la fuerza de represión es legítimo.

El uso legítimo de la fuerza, por mínimo que sea, contra la alteración social evidencia el fracaso del Estado y de la democracia en satisfacer las necesidades de su población y en garantizar esa coexistencia pacífica sobre la que tanto basan sus ideales. No, no debe existir el uso legítimo de la fuerza, pues mientras esta siga existiendo se traduce en evidencia de todas las fallas del sistema capitalista, estatista, democrático y constitucional.

La existencia del crimen organizado o no, del terrorismo, de las violaciones de derechos humanos es prueba fehaciente de que el Estado ha fallado y no ha podido garantizar a todos lo necesario para su desarrollo íntegro, y al no poder ofrecerlo legitima la fuerza para contener a los inconformes. Pues si las oportunidades que tanto proclamaban el capitalismo y el orden democrático hubiesen sido para todos, hoy no habría delincuencia, terrorismo, delitos, violencia, porque no habría hambre, pobreza ni desigualdad. Ferrajoli al aceptar esta mínima violencia acepta que el Estado no es capaz de cumplir sus funciones cabalmente y la salida fácil es intentar meter a todos los actores sociales dentro de la línea vertical que ofrece el garantismo.

Para matizar el uso de la fuerza, Ferrajoli ofrece el concepto de mera legalidad, que es la técnica legislativa que –en derogación de las formas de la estricta legalidad propias del Estado de derecho y prescritas con alguna aproximación en nuestra Constitución– consiste en la autorización legal de poderes violentos no vinculados rígidamente por la ley misma (Ferrajoli, 95).

Se habla entonces de que la violencia puede ser legalmente legítima pero no lo es con respecto al Estado constitucional de derecho, sin embargo es el Estado a través de las leyes quien la legitima, entiendo que el ideal utópico del estado democrático y del pacto constitucional es precisamente un estado de paz social, pero es esquizofrénico e incluso algo hipócrita



hacernos creer que el Estado no está de acuerdo en sus ideales con lo que legitima a través de sus leyes, tenemos un estado policial más parecido a una legión imperial que a un verdadero Estado liberal.

No abordaré los poderes salvajes de los que habla Ferrajoli, pero haciendo una re interpretación o incluso corrección, propondría una legitimación de contención de la fuerza y no un uso legítimo de la fuerza, pues al combatir fuerza con fuerza se genera violencia y es evidente que el Estado ha fallado también en poder controlar esta. Sobre todo porque la estructura y poder que ostenta el Estado no puede ser comparado con el uso de la fuerza de la manifestación social, de los criminales de a pie, sin mencionar al narcotráfico o crimen organizado que ha sabido coexistir con el Estado como estructura alterna, podemos constatar que el uso de la fuerza en sociedades diversas y plurales no hace más que generar más violencia donde el Estado casi siempre ganará.

Sin embargo, resulta improbable pensar que las cosas seguirán tal cual están. El desvanecimiento del Estado de Derecho y, por lo tanto, del tejido social, representa una amenaza no solo para los sectores vulnerables..., sino también para los satisfechos, que ven peligrar su seguridad a manos de una violencia social a menudo incontrolada... De ese modo, las crisis del Estado de derecho en los países pobres ponen en cuestión su vigencia también en los países más ricos, que tienden a reaccionar blindando su entrada y oponiendo a los inmigrantes una noción restrictiva de ciudadanía (Ferrajoli, 1982).

A pesar que el garantismo y el Estado de Derecho son paradigmas teóricos de carácter general que componen un sistema de límites y vínculos para todos los poderes en garantía de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 42), estos límites se están acotando a principios jurídicos, a lo ya dispuesto en la ley, a parchar con Derecho las deficiencias del Derecho, a positivar todos los reglamentos sociales y por ende a intentar unificar una sociedad que es diversa y desigual.

Se está intentando contener a todos sus detractores e inconformes dentro de la misma capsula de legalidad, he aquí la crisis del Estado de Derecho, la capsula no es suficientemente amplia y no resistirá, mientras que el mercado quite terreno al Estado, la sociedad demandará lo que este

no puede cumplir. El Estado se va haciendo más pequeño, insuficiente e incapaz y la respuesta no está en el garantismo, o completamente en él, está en la complejidad misma, en la complejidad que busca regular a través de las distintas ramas del conocimiento los varios matices que van formando una sociedad diversa y plural.

Por eso los derechos humanos deben nacer de la praxis revolucionaria, la que moldeará las leyes de una sociedad siempre cambiante y que va reconociendo su pluralidad y el respeto a la diversidad. Los derechos humanos no son, ni deben ser conceptos legales regulados por un sistema jurídico, pero este si debe garantizar su observancia y cumplimiento, cuidando que no se conviertan en privilegios de unos cuantos.

Se debe entender que los derechos humanos son acciones (Salamanca, 12), lo que rompe con la concepción de valores abstractos o simples garantías jurídicas establecidas en las legislaciones nacionales e internacionales; son también acciones de poder, real, histórico y efectivo. “La producción y circulación de los derechos humanos solo es posible si existe la apropiación originaria de ellos, y las consiguientes. Es decir, los pueblos tienen que apropiarse de todos los momentos de producción, circulación y aplicación de los derechos humanos para asegurar su existencia...” (Salamanca).

Mientras se siga destinando la máxima de esfuerzos en la conformación de leyes, es decir del “deber ser”, y se siga obviando la materialidad de la injusticia social, seguiremos como Platón comentaba, creando una sociedad utópica basada en lo que creemos es mejor, y no en lo que materialmente es y menos en quienes supuestamente son los depositarios de esos esfuerzos.

La teoría garantista aporta en el mejoramiento del sistema jurídico que rige los Estados, pero debe reconocer que los derechos humanos no pueden ser configurados dentro de esta. Los derechos humanos son praxis revolucionaria y diversa de acuerdo a la heterogeneidad de las sociedades y deben ir contra la Ley cuando está sea injusta, privilegie a unos cuantos y oprima a otros. Sin embargo, la solución del descubrimiento de mejoras es progresiva y debe ser multidisciplinario, conformando día a día la aceptación de nuestra pluralidad. Dejando la discusión abierta y vigente.

#### 4. Bibliografía

- Aguilera y López. Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. UNAM Bibliojurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf>
- Bauman, Zygmunt. 2011. Daños Colaterales. Ciudad de México, FCE.
- Ellacuría, Ignacio. 2012. La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización. La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969–1989), Juan Antonio Senet (Ed.). Bilbao: Deusto.
- Ferrajoli, Luigi. 2000. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. Fundación FES.
- Platón, Diálogos. FCE, Ciudad de México.
- Pisarello, Gerardo. 2002. Estado de Derechos y crisis de la soberanía en América Latina: Algunas notas entre la pesadilla y la esperanza. Universidad de Alicante.
- Rosillo, Alejandro. 2013. Fundamentación de derechos humanos desde América Latina. ITACA.
- Rosillo, Alejandro. 2008. Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría. San Luis Potosí: UASLP.
- Salamanca Serrano, Antonio. 2012. Hacia una teoría iusmaterialista de los derechos humanos de los pueblos y derechos de la Naturaleza. Otavalo: Universidad de Otavalo.
- Sánchez Rubio, David. Sobre el concepto de “historización” y una crítica a la visión sobre las (de)–generaciones de derechos humanos. REDHES, Año II.