

# Los derechos de las mujeres en la visión del garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli

Gabriela Guadalupe Valles Santillán\*

## I. INTRODUCCIÓN

La presentación de este trabajo deriva de la exposición de una ponencia sobre la temática de los derechos de las mujeres, la cual fue impartida por la suscrita en un panel en el que participamos cuatro profesoras-investigadoras de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y del Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambas unidades académicas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Dicho panel fue realizado el día 19 de marzo de 2019, en el marco del IV Seminario Internacional sobre Derechos Humanos y Cultura Constitucional, en la Ciudad de Durango, Durango, México.<sup>1</sup>

El propósito de la investigación es hacer una referencia concreta sobre los derechos de las mujeres, con una perspectiva de *Garantismo Constitucional*. Y para ello, es necesario asumir el rol de portavoz del máximo exponente de este modelo de constitucionalismo jurídico, correspondiente a una corriente *ius* positivista contemporánea: Luigi Ferrajoli.

\* Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Miembro del Cuerpo Académico UJED-CA-46 "Aspectos Constitucionales en la Reforma del Estado Mexicano". Perfil PRODEP vigente.

1. La ponencia completa puede ser vista y escuchada a través del canal en YouTube de la M.D. Gabriela Guadalupe Valles Santillán, en la siguiente dirección electrónica: <https://www.youtube.com/watch?v=oryx5Jb1yB4&t=45>

Es de destacar que Luigi Ferrajoli<sup>2</sup>, en su modelo de constitucionalismo jurídico, dedica un apartado sustancioso a los derechos de las mujeres, es decir, a esos derechos fundamentales que corresponden por naturaleza exclusivamente a las mujeres, y que caben perfectamente en una categoría normativa o en un estatus teórico-normativo que él opta por denominar como *derecho desigual* o *derecho sexuado*.

Previo a entrar en la materia concerniente a los derechos fundamentales de las mujeres en la óptica del Garantismo Constitucional, con el objeto de entender mejor la tesis de Ferrajoli y poner en contexto sus postulados, se abordará sintéticamente la versión de constitucionalismo jurídico contemporáneo de este jurista, así como la incorporación y comprensión de los derechos fundamentales en dicha versión y su distinción con el constitucionalismo ideológico, ya que es en el constitucionalismo jurídico en donde se inscribe el apartado de garantías jurídicas para hacer efectivos los derechos fundamentales de las mujeres.

Una vez agotada esta primera parte, se explicará lo relativo al *derecho sexuado* o *derecho desigual* en la visión de Luigi Ferrajoli, para finalmente realizar una breve reflexión, a manera de conclusión.

2. El contenido de este artículo, con relación al *derecho sexuado* o *derecho desigual* en la óptica del Garantismo Constitucional, se ha fundamentado en la tesis que al respecto presenta Ferrajoli, Luigi, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2010, pp. 83-96.

## II. CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MODELO FERRAJOLIANO

Cuando Ferrajoli<sup>3</sup> se refiere a un parteguas en el devenir histórico del Estado de Derecho, su teoría del Garantismo Constitucional apunta a un antes y a un después respecto de su proyección en torno a un cambio de paradigma, esto es, la evolución del *Estado de Derecho* en sentido amplio, formal y débil, con connotación de mera y estricta legalidad, hacia un *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*, en sentido restringido, material y fuerte, con una connotación de sujeción de todos los poderes públicos -incluido el Legislativo- no sólo al principio de legalidad de tipo normativo-estructural, sino también a otros principios sustanciales de rango constitucional, como la división de poderes, la igualdad jurídica y los derechos fundamentales, lo que implica también el establecimiento de medios de control de constitucionalidad.

Más allá de una simple e indiscutible doble sujeción al principio de legalidad, se trata de una doble sujeción con relación a otros principios sustanciales que conforman la Constitución como normativa suprema: la división de poderes, la igualdad jurídica, los derechos fundamentales, un sistema de garantías jurídicas bien articulado y hasta un consecuente control de constitucionalidad en abstracto que permite distinguir, a través de medios de orden jurisdiccional -garantías jurídicas estrictamente jurisdiccionales-, cuáles normas jurídicas secundarias -aunque positivas y vigentes- se ciñen o no a los parámetros de la Constitución en un sentido material.

En esta parte, a través de la óptica de Ferrajoli con el Garantismo Constitucional, es posible distinguir a un constitucionalismo jurídico, es decir, como sistema jurídico.

Este sistema es, además, un constitucionalismo jurídico rígido que se encuentra asociado al principio democrático, porque:

... la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una

3. Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en *Neoconstitucionalismo(s)*, 1ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 13.

dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa.<sup>4</sup>

Lo anterior, permite distinguir la razón de por qué el Estado de Derecho -en la visión de Ferrajoli- evoluciona no sólo a un Estado Constitucional, sino también Democrático de Derecho, pues es evidente que esa dimensión sustancial, es decir, de que la sujeción de la ley a ley misma signifique coherencia con el contenido de los principios constitucionales de división de poderes, igualdad y derechos fundamentales, a efecto de verificar la validez de las normas, de igual forma impacta en la democracia, que es también otro principio constitucional, en sus dos aspectos: formal y material.

Por otro lado, para el tiempo en que se gesta el constitucionalismo jurídico o como sistema jurídico en los términos expuestos, estamos también hablando ya de una nueva teoría o corriente epistemológica del Derecho -que además de ser explicativa o cognoscitiva, también es crítica y proyectiva<sup>5</sup>-, y que es precisamente la que da sustento a la teoría del Garantismo Constitucional, en el campo de la ciencia jurídica contemporánea con perspectiva ya no más de tipo *paleo* positivista, sino más bien de corte *neo* positivista -en el sentido de que es reforzada y renovada-.

En otras palabras, identificamos en este punto al constitucionalismo como teoría, como una teoría contemporánea y remasterizada del Derecho.

Siguiendo la misma sintonía *ferrajoliana*, se hace enseguida la distinción de lo que es el constitucionalismo como ideología, y más concretamente como una vertiente de ideología política o forma de pensamiento político.

Acorde a Ferrajoli<sup>6</sup>, el constitucionalismo como ideología política, a diferencia del constitucionalismo como sistema jurídico, no per-

4. *Ibidem*, p. 19.

5. *Ibidem*, p. 18.

6. Véase a Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Un debate sobre el constitucionalismo. Monográfico revista Doxa, núm. 34*, 1ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

mite hacer evidente el cambio paradigmático que trae consigo la evolución de Estado de Derecho-Estado Legislativo a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en tanto que el llegar a este último punto significa introducir la dimensión sustancial de la validez de las normas, a partir de la constatación de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales y con la democracia también sustancial, de igual forma, a través de la institucionalización de un sistema de garantías jurídicas, lo cual sí se advierte en la vertiente del constitucionalismo jurídico rígido -o como sistema jurídico- del cual se daba cuenta líneas atrás, y no precisamente en el constitucionalismo como ideología política.

Así pues, el constitucionalismo como ideología política se limita a ser una mera “*concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad*”.<sup>7</sup>

En esa tesitura, los derechos fundamentales, en la teoría del Garantismo Constitucional que sustenta el modelo *ferrajoliano* de constitucionalismo jurídico, se categorizan de la siguiente manera:<sup>8</sup>

Primero, en *derechos de libertad*, que son *libertades de*, y que tienen que ver con la autonomía de la persona; luego, en esta misma órbita, se ubican también las *libertades frente a*, que consisten en prohibiciones de lesión.

Y, segundo, en *derechos-expectativa*, que son *derechos a*, los cuales se refieren concretamente a obligaciones positivas del Estado, de dar o proveer condiciones mínimas.

### III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES: ¿DERECHO SEXUADO? ¿DERECHO DESIGUAL?

La sociedad se preguntará sorprendentemente, sobre todo las mujeres: ¿derecho desigual?... ¿derecho sexuado? Así pues, ¿cómo es que Luigi Ferrajoli pretende referir o sostener una igualdad jurídica y política de las mujeres y de los hombres?

7. *Ibidem*, p. 13.

8. Ferrajoli, Luigi, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p. 87.

Por cierto, en el *argot* de la *praxis* jurídica mexicana, identificamos estos puntos con el tópico de equidad de género que, además de ser un principio constitucional, es también un reclamo histórico de las mujeres, por años y siglos atrás; luego entonces, es que resulta paradójico que Ferrajoli refiera a la necesidad de que haya un *derecho desigual*. Pareciera que la semántica empleada produce un *shock* instantáneo, porque las mujeres reclaman igualdad, no desigualdad.

Pues sí, tal parece ser que a Luigi Ferrajoli, como buen filósofo del Derecho, le gustan las paradojas. Si se quiere materializar una verdadera igualdad entre géneros, es preciso realizar un análisis profundo de la desigualdad, de la diferencia... y hacer conciencia de ésta, porque, para empezar, mujeres y hombres no son iguales anatómicamente ni fisiológicamente. Y como muestra un botón: los hombres -hoy por hoy, porque también hay que considerar el factor ciencia y tecnología- no realizan la función fisiológica del embarazo, y este punto desencadena otros muchos más que, como se verá, tienen que ver con los derechos y *modus vivendi* propios de las mujeres.

Tomando la visión del Garantismo Constitucional, es posible contar con un panorama intelectual más amplio para poder debatir con mayor seguridad y sustento los problemas que atañen hoy en día a las mujeres. Problemas que tienen que ver con temas como, por ejemplo:

- La libertad sexual;
- Las decisiones de la mujer sobre el uso de su cuerpo: el aborto;
- La violencia física, psicológica o emocional, la violencia política; así como
- El acoso sexual, el acoso laboral y muchas otras formas más de discriminación sexual.

Acorde a Ferrajoli, para materializar y consolidar una verdadera igualdad entre hombres y mujeres en el plano pragmático, y no solamente en la dimensión teórica del discurso o enunciativa del Derecho objetivo mismo o de la normatividad, hay que estar dispuestos a considerar un *derecho sexuado* o *derecho desigual*, al que es necesario incluirle un apartado de eficacia y efectividad de

esos derechos sexuados. Ese aparato consiste en el diseño e implementación de garantías, no de tipo genérico, sino de *garantías sexuadas*.

¿Qué son las garantías sexuadas? Las garantías son mecanismos para hacer efectivos los derechos. En este caso, *sexuadas* porque el objetivo es hacer efectivos los derechos de las mujeres.

Ahora bien, ¿cómo cuáles garantías sexuadas? Por ejemplo, las acciones afirmativas, tan criticadas sobre todo por hombres y hasta llamadas *discriminación al revés*, porque hacen evidente la diferencia sexual, pero que son transitorias y que sirven para remover obstáculos y lograr la igualdad sustancial entre hombres y mujeres; y, otro ejemplo, pueden ser la implementación de políticas públicas dirigidas concretamente a combatir la discriminación por razón de género, o en el campo de los órganos jurisdiccionales, el juzgar con perspectiva de género.

Otros ejemplos de garantías sexuadas están, por ejemplo, en las señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias. Así, por mencionar un caso reciente, está la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2018<sup>9</sup>, en el caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México* -y que son, además, garantías de no repetición, como lo es el señalamiento de la sensibilización de cuerpos policiales en asuntos de género y creación de instrumentos para medir la efectividad de las políticas del Estado en el uso de la fuerza-

Pero, a ver, de verdad ¿existen derechos de las mujeres y sólo de las mujeres? El debate feminista ha señalado principalmente 3 derechos:

- La libertad personal de la mujer.
- La inviolabilidad del cuerpo femenino.
- La autodeterminación en materia de maternidad -y consecuentemente, la autodeterminación en lo tocante al aborto-

Es de observar que estos tres derechos tienen que ver directamente con la dignidad de la persona, y el debate por lo tanto se extiende a otras perspectivas del Derecho, como la del

*neonstitucionalismo* de tipo *neo ius* naturalista o principialista, en donde es interesante consultar a no positivistas, como a Ronald Dworkin<sup>10</sup> o a Robert Alexy, por mencionar tan sólo dos posturas sobresalientes en los últimos tiempos sobre estos temas. No obstante lo anterior, este trabajo se ha ceñido exclusivamente a la postura de Luigi Ferrajoli, por lo que un análisis sobre las referidas perspectivas diversas al *ius* positivismo, probablemente será motivo de un trabajo de investigación subsecuente.

De estos tres derechos que se señalan en el debate feminista, acertadamente Ferrajoli señala que los dos primeros -o sea la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo- no se pueden catalogar como exclusivamente derechos de las mujeres, porque indudablemente también hay libertad personal del hombre y el derecho a la inviolabilidad del cuerpo del hombre. Y, en efecto, el derecho de autodeterminación o auto gobierno en materia de maternidad -y consecuentemente, de aborto- sí es un derecho exclusivo de las mujeres.

Una parte muy importante que Ferrajoli señala para justificar estos derechos es la argumentación o exposición de razones por la cuales esa autodeterminación o autogobierno en materia de maternidad -y aborto- es un derecho fundamental de la mujer. A continuación se esbozan dichas razones:

- Porque considerar lo contrario, sería equivalente a contravenir el segundo imperativo *kantiano*, que consiste en que *ninguna persona puede ser utilizada como instrumento o como medio para conseguir un fin ajeno al fin en sí misma* -aunque ese fin sea la procreación-, lo que, además, es un juicio valorativo de tipo laico.
- Porque el derecho de autodeterminación no solamente es un derecho de libertad con obligaciones negativas o limitaciones de parte de la autoridad u otros sujetos externos -lo que tiene que ver con el cumplimiento del *Estado de Derecho* en cuanto a una prohibición

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia dictada en el caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*, del 28 de noviembre de 2018, pp. 129-130. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_371\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf)

10. Si el público lector tuviese interés en consultar la obra de Dworkin sobre estos temas, sobre todo en cuanto al aborto, recomiendo la siguiente obra: Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.

de lesión-, sino que a la vez es un derecho-expectativa, o sea, que implica una obligación positiva de parte del Estado, consistente en dar o proveer de condiciones de salud y cuidado mínimos y óptimos -en maternidad y aborto-. De hecho, se estima que sobre esta razón se debería de centrar el debate hoy en día. Porque tiene que ver con el *Estado Social de Derecho* y servicios públicos.

Además, otro punto a destacar es que Luigi Ferrajoli fundamenta el apartado que dedica a los derechos de la mujer, en una filósofa del Derecho, italiana, y que recientemente falleció a los 75 años de edad: Letizia Gianformaggio<sup>11</sup>, la cual desarrolló obra precisamente en el tema del *derecho desigual* y de las *garantías sexuadas*.

Otro dato proporcionado por Ferrajoli, es que, de la tipología que presenta sobre derechos fundamentales, misma que fue detallada en el apartado anterior de este trabajo, los que más se violan a las mujeres son los derechos-expectativa, o sea, esos *derechos a* condiciones mínimas y óptimas que debe brindar el Estado para su goce en sí mismos.

Y sí, el caso del debate actual en el contexto mexicano, en cuanto al derecho de autodeterminación en materia de maternidad y aborto, también se dirige a la falta de condiciones óptimas de salud y cuidado, respecto de las cuales hacen falta que el Estado ponga empeño en proporcionar. Un punto sustancial que resalta en dicho debate son los altos índices de mortalidad de mujeres que abortan clandestinamente, acompañado al hecho de que las más afectadas son las mujeres pobres.

#### IV. CONCLUSIONES

A manera de reflexión, se hace énfasis en que, acorde a lo que expone Luigi Ferrajoli sobre la temática que fue motivo de análisis en este

trabajo, es urgentemente necesario que en el contexto actual que nos corresponde -el mexicano, por supuesto- se tomen medidas adecuadas para lograr una verdadera materialización de los principios de igualdad y de equidad. Es crucial que el Estado Mexicano no *banalice* estos principios.

Lo anterior, en tanto que se considera que *homologar* no es la vía de solución a los problemas que se presentan en los derechos de las mujeres. Homologar la mujer al hombre es una falacia del principio de igualdad, es un enmascaramiento.

El sector femenino no tiene por qué aceptar o conformarse con una simple homologación de su *modus vivendi* de mujeres al *modus vivendi* de los hombres -precisamente por el reconocimiento de sus diferencias-. Las mujeres no tienen por qué adecuarse a una serie de condiciones contextuales que han sido diseñadas históricamente a la medida de los hombres, esto, para ser respetadas en sus derechos. El Estado tiene que valorizar al sector femenino como elemento subjetivo que representa: la mujer. El Estado tiene que valorizar a la mujer, más allá de una mera homologación con el hombre.

#### V. FUENTES DE INFORMACIÓN

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia dictada en el caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*, del 28 de noviembre de 2018. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_371\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf)

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en *Neoconstitucionalismo(s)*, 1ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2010.

Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en *Un debate sobre el constitucionalismo. Monográfico revista Doxa*, núm. 34, 1ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

Gianformaggio, Letizia, *Uguaglianza, donne e diritto*, Ed. Il Mulino, Boloña, 2005.

11. Véase a Gianformaggio, Letizia, *Uguaglianza, donne e diritto*, Ed. Il Mulino, Boloña, 2005.