
Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli¹

●
Gerardo A. Durango Alvarez²
●

Recibido: marzo 20 de 2007
Aprobado: septiembre 17 de 2007

"Los derechos fundamentales, como señala la experiencia, no caen nunca del cielo, sino que llegan a afirmarse cuando se hace irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos"

Ferrajoli

Resumen

El objetivo principal de este ensayo es aproximarse al concepto de democracia constitucional y a los derechos fundamentales desde la propuesta teórica de L. Ferrajoli. Para este autor los derechos fundamentales han modificado de una u otra manera los planteamientos esbozados por la teoría liberal sobre la igualdad y la libertad; han impuesto obligaciones y prohibiciones al poder –dimensión sustancial de la democracia asociada a la esfera de lo indecible–. Tales

-
- 1 Este artículo es resultado de la investigación terminada en el año 2005 para optar al título de doctor en Derechos fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.
 - 2 Magíster en filosofía del derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Doctor en derecho: derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid – España, profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín. gdurango@udem.edu.co

planteamientos teóricos sobre los derechos fundamentales son importantes, toda vez que han servido de crítica³ para que las constituciones modernas introduzcan como carga reorientadora³ de las concepciones políticas, democráticas y jurídicas, la dimensión de los derechos fundamentales como garantías.

Palabras clave

Garantismo, democracia constitucional, democracia formal y material, Ferrajoli, Habermas, derechos fundamentales, garantías primarias y secundarias, estricta legalidad, legalidad formal y sustancial.

Conceptual approaches to constitutional democracy and to fundamental rights in L. Ferrajoli's Theory.

Abstract

The main objective of this rehearsal is to approach to the concept of constitutional democracy and the fundamental rights from the theoretical proposal of L. Ferrajoli. For this author the fundamental rights have modified in one way or another the positions sketched by the liberal theory about the equality and the freedom; they have imposed obligations and prohibitions to the power substantial –dimension of the democracy associated to the sphere of the unspeakable thing–. Such theoretical positions on the fundamental rights are important, all the time that you/they have served as critic so that the modern constitutions introduce like the loaded leading of the political, democratic and juridical conceptions, the dimension of the fundamental rights as guarantees.

Key words

Constitutional democracy, formal and material democracy, Ferrajoli, Habermas, rights, primary and secondary guarantees, strict legality, formal and substantial, legality guarantees.

-
- 3 En palabras de Ferrajoli, el Estado de derecho ha disociado validez, vigencia y eficacia, lo que ha afectado la forma de fallar del juez; propone que el juez es:
1. El garante de los derechos frente a la arbitrariedad del legislador
 2. Quien debe poner de manifiesto las antinomias, denunciando el irreductible contraste entre la ley y la constitución
 3. Quien denuncie y critique que los derechos fundamentales deben ser tutelados más allá de las lagunas de la ley –ejemplo: los derechos sociales–. Ferrajoli L. *Derecho y Razón*, Trotta, 1998, pág. 879.

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este ensayo⁴ es aproximarse al concepto de democracia constitucional y a los derechos fundamentales desde la propuesta teórica de L. Ferrajoli. Para este autor los derechos fundamentales han modificado de una u otra manera los planteamientos esbozados por la teoría liberal sobre la igualdad y la libertad; han impuesto obligaciones y prohibiciones al poder – dimensión sustancial de la democracia asociada a la esfera de lo indecible–. Tales planteamientos teóricos sobre los derechos fundamentales son importantes, toda vez que han servido de crítica para que las constituciones modernas introduzcan como carga reorientadora⁵ de las concepciones políticas, democráticas y jurídicas, la dimensión de los derechos fundamentales como garantías, entendidos estos en su triple análisis y complejidad: derechos negativos, derechos

positivos, sociales económicos y culturales. En este sentido, Ferrajoli propone una definición formal de derechos fundamentales, según él, “*son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*”⁶. Por derecho subjetivo entiende cualquier expectativa positiva –prestaciones– o negativa –de no sufrir lesiones– adscrita a un individuo por una norma jurídica. Por estatus la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Existe una clasificación más cercana al enfoque descriptivo⁷ expuesta por Ferrajoli sobre los derechos fundamentales abordados en su obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales* cuales son: a) derechos inmutables⁸ –derechos de libertad–, dado que su garantía no interfiere con otros derechos;

-
- 4 El método que se sigue es el de revisión bibliográfica, de forma que permita analizar la propuesta teórica del autor, para desde allí realizar algunas críticas a su propuesta sobre la democracia y los derechos fundamentales.
 - 5 En palabras de Ferrajoli, el Estado de derecho ha disociado validez, vigencia y eficacia, lo que ha afectado la forma de fallar del juez; propone que el juez es:
 4. El garante de los derechos frente a la arbitrariedad del legislador
 5. Quien debe poner de manifiesto las antinomias, denunciando el irreductible contraste entre la ley y la constitución
 6. Quien denuncie y critique que los derechos fundamentales deben ser tutelados más allá de las lagunas de la ley –ejemplo: los derechos sociales–. Ferrajoli L. *Derecho y Razón*, Trotta, 1998, pág. 879.
 - 6 Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en *Estudio sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, Trotta, 2005, pág. 19.
 - 7 Existe una crítica continua por parte de D. Zolo a Ferrajoli. Para el primero, Ferrajoli presenta una definición formal sobre los derechos fundamentales, pretendiendo ser al mismo tiempo una definición de corte descriptiva, esto es, pretende decirnos empíricamente qué son los derechos fundamentales y a la vez indicarnos cuáles deberían ser. Zolo. Danilo “Propiedad, igualdad y libertad”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001, pág. 81.
 - 8 Vale decir, que si bien existen derechos fundamentales que no pueden ser limitados so pena de desnaturalizarse, sí existen otros derechos que pueden ser limitados, configurados y desarrollados por el legislador. Ferrajoli deja en este aspecto muchas posibilidades de crítica a su teoría.

b) derechos de libertad que encuentran los límites impuestos por su convivencia con los derechos de libertad de los demás; c) derechos sociales cuyos límites no están en los derechos fundamentales de otro tipo, sino sólo en los costes de su satisfacción; d) derechos poder – derechos políticos–, que son, justamente, los que las leyes, en función de la tutela y de la satisfacción de los demás derechos constitucionales, tienen la tarea de someter a límites, vínculos y controles jurisdiccionales de validez y licitud”⁹. Con esta definición de los derechos, Ferrajoli propone otras cuatro clasificaciones de derechos fundamentales, que son el fundamento de su democracia constitucional, así: 1) la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, 2) derechos fundamentales que integran la dimensión sustancial de la democracia –complemento a la democracia formal– 3), su propuesta sobre la supranacionalización de estos derechos y 4) la relación entre los derechos y sus garantías. De estas clasificaciones interesan la dimensión sustancial de los derechos y sus garantías.

I. Democracia formal y democracia sustancial. Aproximación a su idea de democracia constitucional y a los derechos fundamentales

Para el autor en mención, cuando se pretende hablar de derechos fundamentales se

deben identificar cuatro problemas relevantes para poder ser abordados en toda su extensión; tales problemas son: 1. Cuáles son los derechos fundamentales, 2. Qué son, 3. Cuáles deben ser y 4. Qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados. La teoría ofrece elementos para responder a estos interrogantes, ya que ayuda a identificar cuáles son los derechos fundamentales positivizados en un ordenamiento jurídico y cuáles han de ser los mecanismos dispuestos para su protección. En este contexto plantea una de sus tesis principales, esto es, los derechos fundamentales desempeñan una función de límites¹⁰ a todas las actuaciones de los poderes públicos, pues su presencia en el ordenamiento jurídico implica unas garantías de protección y unos mecanismos de ejercitar éstos ante el Estado y los poderes particulares. La relación Estado democrático de derecho –que Ferrajoli entenderá como democracia constitucional– y derechos fundamentales se da desde la justificación racional de las normas, de modo que el derecho sea visto y entendido no sólo como “normas coactivas”; antes bien, debe tener presente la cohesión social que representa el derecho, para que éste no sea entendido sólo como fuerza. Esta relación tan importante entre democracia –entendida como legitimidad producto del consenso-disenso de la deliberación pública¹¹–, derecho –legalidad jurídica– y derechos fundamentales–ejercicio de la libertad, igualdad y garantía de los derechos– serán los espacios de análisis con

9 Ferrajoli, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001, pág. 369.

10 Sé de la complejidad que abarca en sí mismo el término y de la multiplicidad de bibliografía que existe, pero lo retomo acá como vinculación del poder político al respeto y promoción de los derechos fundamentales.

11 En este sentido son importantes las propuestas de N. MacCormick, cuando afirma: “El carácter dialéctico o argumentativo de los procedimientos jurídicos es, pues, un rasgo incorporado a un marco constitucional en el cual los ciudadanos puedan cuestionar las alegaciones de hechos y de derecho sobre las que se basan los organismos estatales para intervenir coercitivamente ante los individuos”. N. MacCormick, “Retórica y Estado de Derecho”, en *Revista Isegoría*, noviembre de 1999, pág. 18. En igual sentido se

respecto a la teoría de Estado de derecho y derechos fundamentales en L. Ferrajoli.

Con relación a los derechos fundamentales ha dicho Ferrajoli que:

... estos derechos existen como situaciones de derecho positivo en cuanto son establecidos en las constituciones. Pero, precisamente por eso, representan no una autolimitación siempre revocable del poder del soberano, sino, por el contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenados a él. Por tanto, no se trata de "derechos del estado", "para el estado" o

*"en interés del estado" como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos hacia y, si es necesario, contra el estado, o sea, contra los poderes públicos*¹²

Aunque sean democráticos o de mayoría. Así pues, los derechos fundamentales, han de estar provistos de una "coraza", que los haga inmodificables por sola y llana decisión de las mayorías.

Por tanto, los derechos básicos fundamentales son condición esencial para el fortalecimiento de una democracia constitucional¹³.

expresa I. De Otto Cuando menciona: "La soberanía reside en el pueblo..." La idea de control jurídico de la soberanía popular integra estado de derecho y democracia desde las perspectivas modernas de la participación ciudadana, desde el consenso político, desde el límite a la mayoría, etc., es hacer pasar los consensos democráticos por los llamados "filtros jurídicos, a modo de legalizar la constitución a esas decisiones; es pasar del hecho al derecho". I. De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, Pág. 126.

12 Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en *Estudio sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli...*, op.cit., pág. 53.

13 Analíticamente se pueden deducir dos cuestiones: 1) una parte deliberativa y 2) una parte constitucional. Con relación a la primera, sería aquella democracia derivada del Estado de derecho, que propicia el acceso al status de sujeto activo en 'condiciones de igualdad', tanto jurídica como políticamente. Posibilita la negociación y deliberación de los ciudadanos en la construcción de normas y unas garantías constitucionales en su aplicación por parte de los operadores jurídicos, tomando todos los datos relevantes para la decisión racional del caso. Limita y vincula las decisiones tomadas por los órganos del Estado a favor de los derechos fundamentales: el proyecto constitucional es un referente que debe seguir por el legislador. Se entiende, así mismo, como todas aquellas manifestaciones democráticas o jurídicas que cuentan con un gran respaldo institucional y público, que pretende hacer compatible la participación ciudadana con las instituciones democráticas y jurídicas desde el ejercicio del "patriotismo" constitucional –término frecuentemente utilizado por Habermas– y democrático; posibilita que la mayoría de los ciudadanos puedan recibir información relevante tanto pública como privada. La segunda, esto es, la parte constitucional posibilita que cuestiones de trascendental importancia para los individuos puedan ser debatidos públicamente y tengan la posibilidad real de 'filtrar' los espacios institucionales. Un ejemplo claro de ello son las manifestaciones públicas que llegan a algunas instituciones claves como la Corte Constitucional y que se revierten en forma de sentencias. Algunas de tales decisiones se han caracterizado por la protección judicial de derechos –en Colombia– de grupos marginados y menos favorecidos (indígenas, trabajadores informales, desplazados por la violencia) y grupos excluidos por alguna condición particular (homosexuales T-539/94, consumidores de estupefacientes T-221/94, etc). La democracia constitucional, garantiza el disenso y el respeto a las minorías discriminadas desde los procesos de control constitucional. Su base normativa es la ampliación de la legitimidad democrática y la garantía de los derechos fundamentales.

La idea de una democracia constitucional que tenga presente y promueva los derechos individuales, los derechos de participación ciudadana y los derechos denominados de tercera generación, logrados desde espacios públicos de deliberación es condición sine qua non de una tarea a desarrollar por la democracia constitucional deliberativa

Y, la garantía de éstos es el presupuesto fundamental de una democracia que pretenda ser coherente con los principios constitucionales construidos desde procedimientos democráticos, posibilitando regular legalmente la convivencia de los individuos, por medio del reconocimiento intersubjetivo y la construcción del derecho legítimo, que protege, en tanto garante de los derechos, la autonomía tanto pública como privada de los ciudadanos. Situación de la cual se deduce el *estatus jurídico* de los ciudadanos en tanto miembros activos de una comunidad jurídica. Los derechos fundamentales, elaborados por medio de la participación ciudadana, permiten institucionalizar las demandas relevantes, provenientes de la sociedad civil y de los espacios públicos.

Lo anterior lleva a entender la necesidad de conceptualizar sobre el Estado democrático de derecho como aquella institución que si bien coacciona por medio de las normas, igualmente incluye espacios democráticos como construcción de los derechos fundamentales que han de reconocerse a sujetos que quieren guiar sus acuerdos sociales de forma comunicativa y no sólo desde acciones estratégicas¹⁴. Siguiendo en este aspecto a Ferrajoli, puede decir que la democracia constitucional postula consecuentemente, "una concepción de la democracia como un sistema frágil

y complejo de separaciones y de equilibrios entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales y de técnicas de control y reparación contra su violación"¹⁵. En este sentido, la necesidad de legitimar un orden democrático y constitucional, que proteja los derechos esenciales de todos los individuos que integran el entramado social es prioritaria. Según lo afirma J. Habermas "Por lo tanto, sin los derechos básicos que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habrá un medio adecuado para la institucionalización jurídica de las condiciones bajo las cuales los ciudadanos puedan hacer uso de su autonomía pública"¹⁶.

En este sentido, el progreso de la democracia constitucional se mide precisamente por la expansión de los derechos y de su accionabilidad¹⁷. No garantizar y reconocer los derechos por parte del sistema jurídico, lleva implícita la crisis del Estado, esto es, la escisión entre los derechos y sus garantías. No se puede dar un auténtico Estado democrático de derecho sin unos mínimos de responsabilidad políticos y jurídicos que hagan plausible que los sujetos de derechos puedan reclamar su cumplimiento. En palabras de Ferrajoli: "el progreso de lo que he llamado *democracia sustancial se produce, además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, también a través de la ampliación del Estado de*

14 Habermas entiende la acción estratégica, como aquella acción orientada al propio éxito de cada uno. Persecución irrestricta de intereses egoístas por parte de sujetos que pretenden manipular bajo cálculos premeditados y con el objetivo de perseguir sus propios fines o modificar, la acción de una persona o grupo. En el aspecto comunicativo la acción estratégica se caracteriza por la suspensión de pretensiones de racionalidad normativa y de consenso quedando anclada a mera transmisión de información.

15 Ferrajoli, J, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 159.

16 Habermas, J *Facticidad y Validez*, Trotta, 1998, pág. 365.

17 Creo que Ferrajoli concibe esta idea como aquella desarrollada por M. Fioravanti cuando expone su idea de la Constitución Norteamericana como "norma directiva fundamental de garantía", esto es, las leyes del Estado deben ser juzgadas e interpretadas conforme a la constitución. Fioravanti, M. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, Trotta, 1996, pág. 127.

derecho al mayor ámbito de vida y de esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelén y sean satisfechos los derechos fundamentales de la persona"¹⁸. Los derechos privados –prelación de la esfera privada– han fortalecido el liberalismo individualista, dejando poco espacio para lo social –los derechos económicos–, subsumiendo otros ámbitos de la vida como: los derechos colectivos, la esfera pública, el medio ambiente, etc. Ello le lleva a exponer la necesidad de complementariedad entre derechos y democracia por lo que, "no sólo la democracia garantiza las luchas por los derechos, sino que estos garantizan a la vez la democracia: una ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, que son esencialmente los derechos de libertad, y las otras aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y alimentan su desarrollo y realización"¹⁹.

Este modelo de democracia constitucional presupone, como válido, que los ciudadanos tengan garantizados, dentro del marco institucional vigente, los derechos políticos de participación ciudadana²⁰, los derechos individuales, y el sometimiento de los poderes públicos a los procedimientos democráticos y a la Constitución; lo que lleva, por ende, a que ciertos derechos no pueden ser tocados arbitrariamente por el legislador y los particulares, ya que funcionan como punto de

El progreso de la democracia constitucional se mide precisamente por la expansión de los derechos y de su accionabilidad

"cierre" del sistema, pues los derechos legitiman o deslegitiman el orden vigente. Así, dice L. Ferrajoli que: "Los derechos fundamentales están estructurados desde el punto de vista formal como aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de manera universal e indisponible a todos los sujetos en cuanto personas con capacidad de obrar"²¹. Esto es, adquirir el estatus de persona jurídica por parte de los titulares de los derechos, lo cual permite fortalecer esferas de discusión y participación ciudadana, a la vez, funcionan como críticas al modelo vigente. Son "armas" de los más débiles para defenderse de los fuertes cuando estos manejan el poder; es minimizar la opresión que se ejerce contra aquellos que no tienen nada más para defenderse: *sus derechos* consagrados y garantizados constitucionalmente.

El Estado es el encargado de predisponer los mecanismos de protección y garantías que requieren los derechos para que éstos no sean considerados, como afirma R. Guastini "derechos de papel"²², sino que su obligación

18 Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op.cit., pág. 934.

19 ibíd, pág. 947.

20 Para J. Habermas, la democracia va a ser el único sistema justo que mejor nos permite actuar en un modelo racional, de allí que el presupuesto de la autonomía va a jugar un papel preponderante en su teoría, pues los sujetos son autónomos, en tanto tengan capacidad de discutir y ser escuchados. Por consiguiente, las normas de acción precisan de razones que expliquen su justificación, lo que lleva a que Habermas construya su teoría de la "legitimidad democrática", sobre una fundamentación discursiva –Los enunciados normativos tienen validez si existen razones de fondo que le den sentido–. De esta manera la legitimidad de los derechos fundamentales se obtienen desde un procedimiento democrático, en su decir, "la fuente de toda legitimidad radica en el procedimiento democrático de producción del derecho; y ese proceso apela a su vez al principio de la soberanía popular". Ibíd, *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 342.

21 Ferrajoli, L, *Derecho y Razón*, op.cit., pág. 936.

22 Guastini, R, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 179 y ss.

es la de legislar tanto en su aspecto positivo como negativo –atendiendo a la definición propuesta por I. Berlin– a favor de los derechos, que de no hacerlo provoca incertidumbres dentro del sistema jurídico. Ahora bien, el fin que ha de guiar a una democracia constitucional es el acuerdo general sobre los derechos, logrados mediante el consenso de todos los interlocutores afectados por las normas y principios, ya que éstos regirán su convivencia y sus acuerdos esenciales. Por ende, el fundamento democrático de los derechos fundamentales consiste en que se buscará, por todos los medios democráticos posibles, argumentar en la deliberación pública que realizan autónomamente los ciudadanos, de manera tal que no se presente la exclusión de sus garantías y derechos. “Se confirma así el

papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil y, al mismo tiempo, como criterios para trazar los confines entre el respeto a todos los individuos en cuanto personas y el debido respeto a sus diferencias culturales”²³.

Efectivamente y con el fin de fundamentar la garantía de los derechos, Ferrajoli diferencia entre democracia sustancial y democracia formal²⁴; así, por ejemplo, en su obra, *Derecho y razón*, plantea Ferrajoli la necesidad de que las garantías busquen hacer realidad la democracia sustancial²⁵, y afirma que la insatisfacción de los derechos fundamentales pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones y obligarlos a las prestaciones que les corresponden²⁶. Denuncia que la lesión de los derechos

23 Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, op.cit., pág. 369.

24 Existen para Ferrajoli, unas normas de validez formal y material, que pertenecen a un determinado ordenamiento jurídico, éstas le reconocen a los individuos una serie de derechos –negativos o positivos– dándole así, una validez real a lo que podemos comprender como derechos objetivos –garantías y mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico para asegurar que éstos se hagan fácticos–. La legitimidad formal establece que todo poder público está subordinado a leyes generales y abstractas sometidas a control de legitimidad por parte de los jueces separados del mismo. La legitimidad sustancial, establece que el orden prioritario de los poderes del Estado deben estar al servicio de las garantías de los derechos fundamentales –prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de satisfacer derechos sociales–. La función normativa del derecho, tiene las siguientes funciones:

a. De límite y vínculo para la política

b. De límite y vínculo para el mercado

c. De garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales

d. De regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos (ser y deber ser). *Ibíd.*, Ferrajoli. *Derechos y Garantías*, op. cit., pág. 18. Si se analiza la función d, esto es, de límite y vínculo para la política, se puede notar que lo sustancial se impone sobre lo procedimental o, en otras palabras, Ferrajoli antepone la autonomía privada a la autonomía pública.

25 Ferrajoli establece dos tipologías de la democracia constitucional:

1. Democracia formal, generada por los derechos secundarios o de autonomía. Está referida al quién y al cómo decide

2. Democracia sustancial, está determinada por los derechos primarios, relativos al qué se decide, esto es, lo que tiene que ver con los derechos individuales y sociales. Es un contrapoder los derechos a la voluntad de las mayorías.

26 Ferrajoli. *Derecho y Razón*, op.cit., pág. 867.

fundamentales por parte del Estado es una manifestación caracterizada por la ausencia democrática de éste.

De aquí la connotación "sustancial" impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben –más allá incluso contra las voluntades contingentes de la mayoría– los derechos fundamentales relacionados tanto los de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones al legislador son "sustanciales" precisamente por no ser relativos a la "forma" (al quién y al cómo) sino a la "sustancia" o "contenido" (al quién) de las decisiones²⁷.

Los derechos fundamentales tanto en su versión negativa como positiva –Ferrajoli, llama a éstas, con el nombre de garantías primarias– y sociales deben estar basados en concepciones procedimentales de validez material, de tal forma que las limitaciones que estas ejercen al Estado tiendan a hacer más real su existencia.

No desconoce, además, que los derechos fundamentales constituyen el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica; de allí que el Estado social, deba ampliarse a una serie de reconocimientos y expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia toda vez que el Estado social se ha desarrollado –en palabras de Ferrajoli–, sin las formas y sin las garantías del de derecho, sólo lo ha hecho en la de mediación política, lo cual denota en la actualidad, la crisis y pocas garantías con los que cuentan los derechos sociales²⁸. Denuncia, así, las patologías inherentes al

constitucionalismo moderno, esto es, la existencia de lagunas y antinomias, lo que lleva a un desacoplamiento entre ser –la realidad normativa– y deber ser –lo prometido por un constitucionalismo de derechos y garantías–, por lo que le corresponde al juez controlar las normas y las decisiones. Esta acción dirigida hacia la protección y la garantía de los derechos por parte del juez lleva al segundo concepto clave en la propuesta de Ferrajoli como es su propuesta sobre el garantismo.

II. El garantismo en la obra de Ferrajoli

Para este autor, existen cambios estructurales, tanto en la perspectiva del derecho como en la democracia, o lo que él ha denominado "el modelo garantista de la democracia constitucional". El Estado de derecho exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas no sólo formales, como las que vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes, sino también sustanciales, como son precisamente los principios y derechos fundamentales, es decir, de lo que está prohibido decidir a cualquier mayoría, en garantía de los derechos de libertad, o, al contrario, de lo que está prohibido no decidir para la satisfacción de los derechos sociales. Por tanto, el garantismo puede ser abordado desde la filosofía política, desde la teoría del derecho y desde el positivismo jurídico, cuyo marco de acción es el Estado constitucional de derecho, que encarna un estricto principio de legalidad, imponiendo el sometimiento de controles al poder, no sólo formales sino

27 ibíd, pág. 51.

28 ibíd, pág. 42.

también materiales; de acá resultan los referentes a ser tenidos presentes en toda democracia constitucional: quién manda, cómo y qué se manda.

Garantismo²⁹ significa en términos de Ferrajoli, tutelar y establecer mecanismos para proteger los derechos o bienes individuales frente a otras intromisiones tanto del ejecutivo como de otros poderes –idea ya esbozada por Montesquieu, quien pensaba que el poder hay que limitarlo para evitar sus abusos³⁰–. Plantea, de esta manera, el sometimiento de todos los poderes al derecho –gobierno sub leges³¹–. Ferrajoli aporta desde el garantismo –positivismo crítico–, una superación de la ilegitimidad en la que han caído los modernos Estados de derecho, y apuesta por la justificación de un Estado democrático de derecho sustentado en una concepción normativa –punto de vista externo– que apunta a las garantías de los derechos como vínculos y límites al legislador.

Ahora bien, una de las funciones del garantismo es denunciar las lagunas y antinomias que se presentan en el sistema jurídico; situación que lleva a que Ferrajoli no

crea que se deban solucionar dichos problemas por medio de la participación democrática, sino que es el juez quien debe depurar todas estas patologías, pues el garantismo representa la otra cara del constitucionalismo, en especial aquella que se encarga de “*formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente*”³². En otras palabras, hay cosas que una democracia debe respetar, como el derecho de las minorías, el derecho de los disidentes, derechos fundamentales inmodificables en las constituciones actuales tales como la dignidad humana o la prohibición de la tortura. Cuando una democracia adopta la forma de democracia constitucional de derecho, la posible violación de los derechos por parte de los poderes públicos y privados queda sometida a los límites que estos interponen a tales poderes; de “*allí su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares...*”³³.

De esta forma el garantismo se ofrece como un mecanismo que está al servicio de los derechos fundamentales tanto en su dimensión formal como sustancial. Indica quién manda, qué se manda y cómo se manda. En el

29 Para Marina Gascón el garantismo puede ser analizada bajo tres acepciones: “en la primera designa un modelo normativo de derecho –el modelo del Estado de derecho–; en la segunda el garantismo es una teoría jurídica –la del iuspositivismo crítico como opuesta al iuspositivismo dogmático–; y en la tercera, el garantismo es una filosofía política –la que fundamenta el Estado hacia la protección y garantía de los derechos. Gascón Abellan, Marina, “La teoría general del garantismo”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, Trotta, 2005, pág. 22.

30 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tenos, 1972, libro XI, Cap. IV, pág. 150.

31 Bobbio entiende la legitimidad desde su clásica formulación de gobierno sub leges y gobierno per leges. Lo primero se expone por medio de leyes generales y abstractas; los poderes deben estar sometidos a derecho. Las normas se someten a un control de legalidad, lo mismo que todos los poderes. La segunda expresa las normas como voluntad de la ley general, la relación del poder con los ciudadanos y las formalidades que debe seguir. Estas normas que, debe seguir el legislador describen la legitimidad del estado de derecho. N. Bobbio, *El futuro de la Democracia*, Plaza y Janés, 1983, pág 201.

32 Ferrajoli, L. “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Revista Isonomía* 16, 2002, pág. 16.

33 Ferrajoli, *Fundamentación de los derechos fundamentales...*, op.cit., pág. 291.

garantismo se tiene presente el respeto por el procedimiento democrático y por la producción de las leyes como condición necesaria para asegurar la validez –qué se manda y qué no se debe mandar– validez sustancial y la vigencia, requisito formal de producción de las normas; lo que significa, según Ferrajoli, que “*si bien una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustanciales sobre la producción*”³⁴. Pero ¿quién determina tal coherencia? En este caso, como ya se ha mencionado anteriormente, es el juez ferrajoliano quien tiene la última palabra incluso frente al legislador. Vale la pena que Ferrajoli desarrollara, en este aspecto, una teoría de la aplicación de normas al caso concreto; aspecto no abordado aún por el autor.

Bajo estos parámetros, Ferrajoli señala la existencia de cambios estructurales en la forma de entender el derecho y la democracia constitucional, que le sitúan en una posición diferente o matizada al modelo positivista clásico. Para el autor, el Estado de derecho exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas formales y sustanciales. Es decir, las que se vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes –lo formal–, y las

Para Ferrajoli existen cambios estructurales, tanto en la perspectiva del derecho como en la democracia, o lo que él ha denominado “el modelo garantista de la democracia constitucional”

categorías específicas referidas a la protección y garantía de los derechos –lo sustancial–³⁵. Por las reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir –formas de gobierno–, y por las reglas qué se debe y qué no se debe decidir –estructuras de gobierno–, se legitiman los procedimientos democráticos que se manifiestan en lo sustancial, en forma de soberanía popular, y en lo formal, en la validez interna del ordenamiento jurídico, como mecanismo de defensa legalizada para proteger tanto la democracia como los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se encuentran incluidos en dichas reglas, regulando qué no se debe decidir, imponiendo de esta forma un “límite” –como ya se ha mencionado– al poder, contraponiéndose así a los Estados absolutos y convirtiéndose en garantía de los ciudadanos ante éste. Afirma el autor, que es una de las formas de controlar

34 “Sobre la definición de democracia. Una discusión con M. Bovero”, en *Revista Isonomía*, Nro. 19, 2003, pág. 230.

35 Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., pág. 113. “En el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la *responsabilidad de elegir los únicos significados válidos*, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas”. *Ibíd.*, pág. 123. Una idea parecida a este planteamiento lo desarrolla R. Alexy con su idea de la ponderación y con la fórmula del peso, así por ejemplo dice: “De acuerdo con la fórmula del peso, si se constata que una intervención muy intensa en los derechos fundamentales no puede justificarse por ninguna razón sustancial, dicha intervención vulnera claramente el derecho fundamental”. R. Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, pág. 35.

la "tiranía" de las mayorías, por el hecho de resultar vencedores por elección popular³⁶. De esta forma, Ferrajoli integra Estado de derecho y democracia desde las libertades negativas – derechos individuales y de autonomía– y desde las libertades positivas –participación política–.

Dentro de estas garantías se encuentran los derechos fundamentales, quienes como ya se ha dicho son un límite a los órganos estatales en cuanto no se les puede atribuir relatividad, sino que los "obliga" a hacer lo que es 'lícito' y a evitar lo que no es 'lícito' decidir, en cuanto a su garantía. Para él, una concepción garantista de los derechos y las libertades dotaría a la validez jurídica de mayor fuerza normativa, de tal manera que quedaría configurada como referente obligado de los poderes públicos, en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias. Por ende, las actuaciones y las decisiones de los jueces, la Administración y el legislador mismo estarían limitados y vinculados por la formalidad de los procedimientos legalmente estatuidos –principio de legalidad–, y, además, estarían condicionados al juicio de coherencia con los contenidos sustantivos de la Constitución y el ordenamiento jurídico – principio material–. Ahora bien, es de anotar que se le ha criticado mucho a Ferrajoli el hecho de poner los derechos por encima de la democracia, lo que lleva a proponer un papel demasiado preponderante del juez en la aplicación de los derechos fundamentales. Tal postura defendida por Ferrajoli ha llevado a que su teoría sea criticada por dar mucha prelación

a la garantía de los derechos, incluso por encima de los principios democráticos. Dice Marina Gascón que, "En suma, a diferencia de lo que ocurre en el estado absoluto, donde tienen un poder de disposición tanto el legislador como el juez –en la calificación de los hechos–, en el Estado garantista el legislador no tiene un poder de disposición, pues esta limitado por los bienes y valores constitucionales, pero sí lo tiene el juez, como poder de censura de la ley"³⁷. En este mismo sentido, cuando Ferrajoli le atribuye a la autonomía privada la función de límite a la autonomía política está, a mi entender, supeditando la democracia a los derechos de autonomía; antepone la autonomía privada a la autonomía pública.

En este aspecto existe una separación entre la teoría de Ferrajoli y la habermasiana. Como ya se expuso, para el primero el Estado de derecho se construye desde contenidos garantistas, donde los jueces toman en última instancia las decisiones valorativas; en el segundo las decisiones las deben tomar los tribunales constitucionales, siguiendo las deliberaciones públicas y los procesos democráticos³⁸. Podría decirse que para este autor, los derechos se fundamentan a través de un procedimiento razonable práctico de formación de la opinión, de modo tal que los derechos descansan en el contenido normativo y en la autonomía política, desde la fuerza legitimadora de unos procesos discursivos y argumentativos.

Ante esta crítica el autor considera que la concepción de validez de las normas que promueve el garantismo en la democracia

36 Ibid., pág. 858.

37 M. Gascón, "La teoría general del garantismo", en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli...*, op.cit., pág. 30.

38 Ver al respecto, Durango Gerardo, *Derechos fundamentales y democracia deliberativa. Una aproximación a la teoría habermasiana*, Temis, Bogotá, 2006.

constitucional refleja un reforzamiento del papel de la jurisdicción como protección de los derechos y en una nueva legitimación democrática del poder judicial y de su independencia de los demás poderes del Estado; por lo que la jurisdicción puede cumplir una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos. Sería un límite a los órganos estatales en cuanto no se pueden atribuir relatividad, sino que los "obliga" a lo que es "lícito" decidir en derechos fundamentales. Por tanto, el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales está no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación, sino que se pacte en él la no exclusión de ninguno de los derechos.

Ahondando más en las críticas mencionadas anteriormente, Ferrajoli diferencia la mera legalidad de la estricta legalidad. La primera se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad; la segunda, por el contrario, exige a la propia ley que condicione determinados contenidos sustanciales a la legitimidad del ejercicio de cualquier poder en ella instituido. De esta manera, la estricta legalidad³⁹ de los poderes públicos actúa conforme a derecho de los poderes del Estado. La legalidad no puede ir en contravía de ciertos principios estructurales del basamento del orden jurídico y político. De allí que en el Estado social y democrático de derecho, los derechos fundamentales cumplan la función de legitimar el orden institucional político –lo material– como también de legalizar al mismo

Estado por medio de la actuación acorde de unas normas acentuadas en sí –lo formal–. Estos dos momentos tienen sentido de ser cuando, desde procesos de participación ciudadana, encuentran respaldo de los ciudadanos en la consolidación y ejercitación de los mecanismos dispuestos democráticamente, así como de la lectura que realiza el orden institucionalizado de estos mecanismos de participación.

Parece ser, para concluir, que Ferrajoli se inclina por una propuesta positivista de los derechos fundamentales –normas iuspositivas– que intenta explicar qué y cuáles son los derechos fundamentales –que debe ser analizada por la dogmática, lo que permite identificar su estructura, informar sobre su contenido y accionar los mecanismos para su garantía y su tutela– y cuáles deberían ser los derechos fundamentales –debe ser respondida por las diversas teorías normativas–. Nuevamente, para este autor la validez de las normas no depende sólo de la forma de producción a través de los procedimientos democráticos, sino, en especial, de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales y con lo que ha denominado garantías primarias y secundarias. Es enfático por tanto al decir que: "El progreso de la democracia se mide precisamente por la expansión de los derechos y de su justiciabilidad"⁴⁰. Y agrega: "*El progreso de lo que he llamado democracia sustancial se produce, además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, también a través de la ampliación del estado de derecho al mayor ámbito de vida y de esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelen y*

39 La legalidad para Ferrajoli, se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder en ella instituido.

40 Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op.cit.*, pág. 919.

sean satisfechos los derechos fundamentales de la persona”⁴¹. Así, la democracia ayuda a garantizar el reclamo por los derechos y éstos garantizan a la vez la democracia: una ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, que son esencialmente los derechos de libertad, y las otras aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y alimentan su desarrollo y realización⁴². Por consiguiente la garantía de los derechos fundamentales y sus correlativas instituciones de protección son

elementos esenciales para que puedan desarrollarse adecuadamente los procedimientos democráticos. Ahora bien, la fuerte atribución que Ferrajoli le asigna a las garantías y al juez constitucional lleva a un interrogante clave en este trabajo: ¿quién aplica los derechos tiene la misma potestad para modificarlos? Ferrajoli no ofrece claridad para tratar de dilucidar este interrogante; es una explicación que no ofrece el autor y que se deberá explorar en otro posible trabajo⁴³.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, J. La Constitución en el Estado constitucional. Bogotá: Temis, 2004.

ALEXY, R. Prólogo a El concepto de los derechos sociales fundamentales. En: Rodolfo Arango, Universidad Nacional de Colombia, 2005.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, trad. de Carlos Bernal Pulido.

_____. "Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo, Trotta, 2003.

_____. La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral, Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. "Sobre la constitución del Estado constitucional", Doxa 24, 2001.

42 ibíd, pág. 947. En su texto *Fundamentación de los derechos fundamentales*, agrega Ferrajoli a su propuesta de la democracia cuatro modelos, dependiendo de los derechos fundamentales que proteja, así:

a) democracia política –autonomía política–

b) democracia civil –autonomía privada–

c) democracia liberal –derechos de libertad– y,

d) democracia social –derechos sociales–. Ibíd, Ferrajoli *Fundamentación de los derechos fundamentales...*, op.cit., pág. 104.

43 Remito el lector interesado en este tema al cap. II de mi libro *Derechos fundamentales y democracia deliberativa...*, op. cit.

- _____. "La tesis del caso especial". Revista Isegoría Nro. 21, 1999.
- _____. Teoría del discurso y derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- ARAGÓN, M. Constitución y democracia. Madrid: Tecnos, 1989.
- ASÍS ROIG, Rafael. Derechos humanos, inmigración y solidaridad. En Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, nro. 7/2003.
- BERNAL, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2003.
- BOBBIO, N. Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política. F. C. E. 2000.
- _____. El tiempo de los derechos. Sistema, 1991.
- _____. El futuro de la democracia. Plaza y Janés, 1983.
- BÖCKENFÖRDE, E. Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia. Trotta, 2000.
- DURANGO, Gerardo Derechos fundamentales y democracia deliberativa. Bogotá: Temis, 2006.
- DWORKIN, R. Los derechos en serio. Ariel, cuarta reimpresión, 1999.
- FERRAJOLI, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, 2001.
- _____. Derechos y garantías, la ley del más débil, Trotta, 1999.
- _____. "El Estado constitucional de derecho hoy", Perfecto Andrés Ibáñez (ed.). En: Corrupción y Estado de derecho, Trotta, 1996.
- _____. Derecho y razón, teoría del garantismo Penal, Trotta 1995.
- FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIORAVANTI, M. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones, Trotta, 1996.
- GARCÍA AMADO, J. ¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales? En: Revista Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Nro.7/2003.
- _____. Habermas y el derecho. En: El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales, Dykinson, 2001.
- GUASTINI, Ricardo. Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho. Gedisa, 1999.

GÜNTHER, K. Un concepto de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. En: Revista Doxa Nro. 17, 1995.

HÄBERLE, P. Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta, Tecnos, 2002.

HABERMAS, J. Tiempo de transiciones. Madrid: Trotta, 2004.

_____. Democracia, derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana. En: La Democracia en sus Textos, Alianza, 1999.

_____. Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law". En Arato, A. and Rosenfeld, M. (ed). Habermas on Law and Democracy. Berkeley, California University Press, 1998.

_____. El nexo interno entre Estado de derecho y democracia. En: José Antonio Gimbernat, (ed.) La filosofía moral y política de Jürgen Habermas. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.

_____. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, 1998.

_____. R. Dworkin y K. Günther. ¿Impera el derecho sobre la política?. La política, 1998.

_____. Justice and solidarity. In: Fisk, M, (edi.); Justice and solidarity. Press, New Jersey, 1993.

KRIELE, Martín. Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático. Trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes, 13^a. México: Edición, Porrúa, libro XI, 2000

PALOMBELLA, Gianluigi. Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional. Granada: Comares, 2000.

PECES-BARBA, Gregorio. Historia de los derechos fundamentales, Tránsito a la modernidad. Madrid: Dykinson, 1998.

WALDRON, J. Law and disagreement. Oxford University Press, 1999.

WEBER, M. El político y el científico. Alianza, 1967.

WELLMER, A. Finales de partida. La modernidad irreconciliable. Cátedra. 1996.

ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil, Trotta, 1995.