

CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: DEMOCRACIA Y SOBERANÍA POPULAR SIN PUEBLO

GUARANTEE BASED CONSTITUTIONALISM: DEMOCRACY AND POPULAR SOVEREIGNTY WITHOUT THE PEOPLE

JULIÁN GAVIRIA MIRA*

RESUMEN: Este artículo tiene como propósito estudiar la defensa del control de constitucionalidad adelantada por el “constitucionalismo garantista” de Luigi Ferrajoli y la forma en que esta se relaciona con su concepción de la democracia (una forma de democracia que, se concluirá, muestra un fuerte sesgo antipopular). Para ello, se tendrán en cuenta cuatro aspectos especialmente relevantes en la teoría del derecho y de la democracia garantista, en los que es posible identificar la configuración de un modelo constitucional en el cual los elementos democráticos se ven fuertemente debilitados. El primer aspecto es la separación que hace Ferrajoli entre forma y sustancia (entre el “cómo” y el “quién” por un lado, y el “qué” por el otro); el segundo es la negación de la existencia de conflictos entre derechos fundamentales y la afirmación del carácter cognoscitivo de la labor del juez en contraposición con la labor discrecional del legislador; el tercero es la visión pesimista de la política defendida por Ferrajoli que contrasta con su optimismo frente a la labor desempeñada por los jueces; por último, el cuarto elemento es el carácter fuertemente paternalista de su concepción sustantiva de la democracia que toma forma en la justificación hecha por el autor de la constitucionalización de los derechos fundamentales, amparada en las ideas de derechos vitales, paz social, soberanía popular y aplicación de la ley del más débil.

Palabras clave: Constitución, democracia, garantismo, derechos constitucionales, control de constitucionalidad.

ABSTRACT: This work seeks to analyse the defence of constitutional review made by the Italian legal theorist Luigi Ferrajoli and how it is related with his conception of democracy (a conception marked by anti-popular elements). In order to do this, it takes four particularly relevant aspects in Ferrajoli’s reconstruction of democracy (understood as substantive democracy) and its relationship with constitutional review, namely (i) the idea of separation between form and substance, (ii) the denial of conflict between rights and the absence of judicial discretion, (iii) the pessimistic view of politics (that contrast with Ferrajoli’s optimist view about judicial work) and, finally, (iv) the paternalistic elements imbedded in his conception of democracy.

Keywords: Constitution, democracy, guarantee-constitutionalism, constitutional rights, constitutional review.

* Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de la Universidad EAFIT (Medellín) y miembro del Grupo de Investigación Derecho y Poder. Dirección postal: Carrera 49 N° 7 Sur-50, Bloque 27. Dirección electrónica: julian.gaviria@derechoyjusticia.net. Este trabajo fue elaborado en el marco del proyecto de I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad de España, titulado “Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos” (DER2015-69712-C2-2-R) (MINECO/FEDER, UE) y hace parte de la investigación doctoral desarrollada por el autor en el Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid y financiada por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República de Colombia (COLCIENCIAS) - Convocatoria 568 para estudios de Doctorado en el Exterior. El autor agradece a José María Sauca Cano, a Ana Catalina Arango Restrepo y al revisor anónimo designado por la Revista Chilena de Derecho por los valiosos comentarios a las versiones anteriores de este artículo.

INTRODUCCIÓN

En el mundo latino Luigi Ferrajoli ha sido uno de los teóricos más influyentes en los estudios que abordan los vínculos existentes entre democracia y constitución. El profesor italiano ha elaborado una defensa positivista del control de constitucionalidad que se separa de los argumentos esgrimidos por autores como Robert Alexy o Ronald Dworkin y se distancia de esta manera del “constitucionalismo principialista”.

Este artículo tiene como propósito estudiar la defensa del control de constitucionalidad adelantada por el “constitucionalismo garantista” de Luigi Ferrajoli y la forma en que esta se relaciona con la concepción ferrajoliana de la democracia (una forma de democracia que, se concluirá, muestra un fuerte sesgo antipopular). Para ello, se tendrán en cuenta cuatro aspectos especialmente relevantes en la teoría del derecho y de la democracia garantista, en los que es posible identificar la configuración de un modelo constitucional en el cual los elementos democráticos se ven fuertemente debilitados. El primer aspecto es la separación que hace Ferrajoli entre forma y sustancia (entre el “cómo” y el “quién” por un lado, y el “qué” por el otro); el segundo es la negación de la existencia de conflictos entre derechos fundamentales y la afirmación del carácter cognoscitivo de la labor del juez en contraposición con la labor discrecional del legislador; el tercero es la visión pesimista de la política defendida por Ferrajoli que contrasta con su optimismo frente a la labor desempeñada por los jueces; por último, el cuarto elemento es el carácter fuertemente paternalista de su concepción sustantiva de la democracia que toma forma en la justificación hecha por el autor de la constitucionalización de los derechos fundamentales, amparada en las ideas de derechos vitales, paz social, soberanía popular y aplicación de la ley del más débil.

1. DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL

La teoría de la democracia de Luigi Ferrajoli ha sido construida en torno a la distinción entre democracia formal o procedimental y democracia sustancial, es decir, entre una concepción de la democracia como método de toma de decisiones y una concepción de la democracia que atiende a los contenidos o sustancia de las decisiones que se toman a través de los procedimientos democráticos¹. Este primer numeral tendrá como objeto el análisis de estas dos formas de concebir la democracia y servirá, a su vez, como introducción al estudio de los cuatro elementos de la defensa ferrajoliana del control de constitucionalidad que se abordarán en los numerales 2., 3., 4., y 5.

El debate acerca de la legitimidad del control de constitucionalidad (desde una perspectiva ferrajoliana) puede ser reconstruido haciendo referencia a la manera en que el autor italiano entiende las relaciones entre una y otra forma de democracia. Para Ferrajoli, las concepciones formales y sustanciales de la democracia no solo son modelos alternativos que defienden formas no compatibles de entender el gobierno democrático, sino que representa (la primera) una concepción ligada al pasado y (la segunda) al presente y al futuro, razón por la cual la contraposición entre democracia sustancial/democracia formal toma la forma

¹ Ver FERRAJOLI (2011b) pp. 9-57.

de una contraposición entre progreso/retroceso. La concepción sustancial de la democracia no solo se contrapone a la concepción formal, sino que significa la superación de un modelo de democracia que se puede considerar como insuficiente². La democracia sustancial es una especie de modelo reforzado de la democracia formal que complementa la democratización del “ser” del derecho con la democratización de su “deber ser”. De igual manera que la teoría del derecho ferrajoliana (el constitucionalismo garantista) es una superación del paleo-iuspositivismo de autores como Kelsen o Hart, la democracia sustancial que toma forma en una constitución democrática supera al viejo modelo de democracia formal al sumar a la racionalidad formal (logro del positivismo jurídico) una racionalidad sustancial basada en los derechos fundamentales.

Esta innovación jurídica toma forma en el Estado constitucional de derecho que es el principal objeto de estudio de la teoría garantista. Para comprender los alcances de esta evolución del constitucionalismo, el garantismo propone una aproximación doble que implica asumir dos perspectivas distintas acerca del fenómeno constitucional. El Estado constitucional de derecho se puede estudiar a través de las herramientas que brinda una teoría (formal) del derecho o a través de las categorías propias de una teoría (normativa) de la democracia.

La teoría del derecho, tal como es concebida por el garantismo, es una teoría formal con capacidad explicativa que deja de lado todo juicio de valor sobre su objeto de estudio. Esto quiere decir que al garantismo, en cuanto teoría del derecho, le interesa comprender el fenómeno consistente en el Estado constitucional de derecho tal como es, independiente de si lo considera una buena forma de organización del poder estatal³. Desde este punto de vista teórico-jurídico, el Estado constitucional sería una forma de organización del poder público caracterizada por incluir una serie de normas supraordenadas que determinan la validez de las demás normas que conforman el sistema jurídico. Pero, a diferencia del antiguo Estado de derecho, el Estado constitucional incluye entre estos parámetros de validez expectativas positivas y negativas que toman forma en los derechos de libertad y derechos sociales.

Esta es pues la diferencia básica entre la democracia formal y la democracia sustancial. En la primera bien puede darse un grupo de normas supraordenadas que sirvan de criterio de validez de las demás normas, pero estas consisten en criterios formales que establecen los órganos habilitados para tomar ciertas decisiones y los procedimientos a través de los cuales pueden hacerlo. A esto se refiere Ferrajoli como el “quién” y el “cómo” de la democracia. En la segunda forma de democracia, las normas que sirven como criterios de validez no solo incluyen estos criterios formales, sino que suman a estos, criterios sustanciales consistentes en expectativas positivas y negativas. Estas expectativas determinan el “qué” de la democracia y conforman las llamadas esferas de lo indecible (lo “indecible que” y lo “indecible que no”)⁴. Tanto la forma como la sustancia de la democracia está determi-

² Sobre la insuficiencia de la democracia formal ver FERRAJOLI (2011b) pp. 10-13.

³ Sobre las características de la teoría del derecho tal como es concebida por el garantismo ver FERRAJOLI (2011a) pp. 3-80 y (de forma más resumida y tratadas en relación con la problemática del Estado constitucional) ver FERRAJOLI (2011d) pp. 323-330.

⁴ Ver FERRAJOLI (2011b) pp. 16-21.

nada por los derechos fundamentales. El “quién” y el “cómo” está fijado por los derechos de autonomía pública (derechos-poder o derechos secundarios), mientras que el “qué” es establecido a través de derechos de libertad y derechos sociales (derechos sustantivos o derechos primarios)⁵.

Ahora, el garantismo niega que haya tensión alguna entre los derechos-poder y los derechos sustanciales constitucionales. Al ser ambas normas supraordenadas, no existiría entre ellos relaciones de jerarquía. Pero esta posición se ve matizada por el hecho de que uno y otro tipo de derechos tienen una diferente naturaleza, siendo los derechos primarios vínculo y límite de los derechos secundarios. Como se dijo hace un momento, los derechos sustanciales establecen aquello que no se puede decidir y aquello que es obligatorio decidir a través del ejercicio de los derechos-poder. En un Estado constitucional de derecho (a diferencia de formas pasadas de organización política) los derechos políticos se encuentran sometidos a los límites impuestos por los derechos de libertad y los derechos sociales.

En un sistema como el descrito se entiende como lógico el establecimiento de garantías para su correcto funcionamiento. Dado que los derechos primarios establecen límites jurídicos al ejercicio de los derechos secundarios, deben ser los jueces (cuya función es aplicar el derecho) los encargados de determinar cuándo dichos límites han sido transgredidos. En una democracia constitucional no habría pues tensión entre participación política y derechos sustantivos; tal fenómeno no sería otra cosa que el correcto funcionamiento de un sistema normativo con diferentes niveles en los cuales el nivel superior está formado por derechos de diferente naturaleza. Que los jueces, que tienen como principal ocupación aplicar el derecho, garanticen el correcto funcionamiento del sistema a través del control de las extralimitaciones en el ejercicio de los derechos-poder, es una consecuencia esperada de la misma forma en que se ha estructurado el sistema jurídico.

Desde la perspectiva no ya de la teoría (formal) del derecho, sino desde la teoría (normativa) de la democracia, la democracia constitucional se analiza a través del estudio de las razones que justifican la existencia del Estado constitucional de derecho, con sus normas supraordenadas y su sistema de garantías jurisdiccionales⁶. Para entender de mejor manera en qué consiste esta aproximación axiológica a la constitución y al Estado de derecho, es conveniente comenzar por distinguir entre dos tipos de derechos: los derechos fundamentales y los derechos vitales.

El concepto de derechos fundamentales hace referencia a las características formales de ciertos derechos que aparecen en los textos constitucionales. Son, pues, aquellos universalmente otorgados a categorías de personas, es decir, derechos que se atribuyen en igual forma y medida a clases de sujetos⁷. Estas clases de sujetos se corresponden con los estatus de persona, ciudadano y capaz de obrar⁸. La categoría de derechos vitales, por el contrario, no se refieren de manera exclusiva a las características formales de los derechos constitu-

⁵ Ver FERRAJOLI (2011b) pp. 21-26.

⁶ Ver FERRAJOLI (2011b) pp. 10.

⁷ Este intento por definir los derechos fundamentales como todo derecho otorgado de manera universal ha sido criticado por GUASTINI (2001) pp. 60-61, RUIZ MANERO (ver FERRAJOLI y RUIZ MANERO (2012) pp. 114 y ss.) y ALTERIO (2011) pp. 13-16 y ALTERIO (2012) p. 4.

⁸ Ver FERRAJOLI (2011a) pp. 684 y ss.

cionales, sino que indaga por la “razón social” que justifica que algunos derechos deban ser garantizados “no para algunos sino para todos”⁹.

Un derecho debe ser protegido como fundamental, es decir, otorgado de manera universal, cuando este proteja o haga realidad la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil¹⁰. El garantismo considera a los derechos fundamentales afirmación de la igualdad, pues estos determinan aquello en lo que debemos ser tratados como iguales en tanto ciudadanos, personas o capaces de obrar. Los derechos civiles afirmarían nuestra igualdad civil, los derechos políticos nuestra igualdad política, los derechos de libertad nuestra igualdad liberal y los derechos sociales nuestra igualdad social¹¹. Los derechos fundamentales, al contrario que los derechos patrimoniales, son “normas téticas [que] constituyen la base de la igualdad, [mientras que] las normas hipotéticas constituyen la base de la desigualdad jurídica”¹².

Los derechos fundamentales se constituyen también en base de la democracia, sea formal o sustancial, debido a que son necesarios para su establecimiento. Dado que los derechos civiles y políticos determinan el quién y el cómo, son ellos (como derechos-poder, de autonomía o secundarios) la base de la democracia formal. De igual manera, los derechos de libertad y los derechos sociales, que establecen expectativas positivas o negativas y que vinculan al poder político, es decir, establecen límites a los derechos de autonomía, son ellos mismos la base de la democracia sustancial¹³.

El tercer fundamento axiológico de los derechos fundamentales es la capacidad que tienen estos de garantizar la paz social. Para Ferrajoli, “[e]s lícito [...] establecer una correlación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantía a favor de todos estos derechos, la paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y estremecedores cuanto más amplias y efectivas sean las garantías de los mismos”¹⁴.

Por último, los derechos fundamentales adquieren su fundamento ideológico en tanto se convierten en la ley del más débil, en contraste con el estado de naturaleza y la ley del más fuerte: “si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su

⁹ FERRAJOLI (2011a) p. 840.

¹⁰ La defensa del fundamento de los derechos fundamentales en el modelo garantista se encuentra en FERRAJOLI (2001) pp. 329-370.

¹¹ Ver FERRAJOLI (2001) p. 332.

¹² FERRAJOLI (2001) p. 329.

¹³ Tanto la democracia política o formal, como la democracia sustancial tienen como elemento común la existencia de derechos políticos, razón por la cual “la democracia es, ante todo y necesariamente, ‘política’; [...] la dimensión política es coesencial a la democracia; [...] la democracia es siempre –también o tan solo– ‘democracia política’. La dimensión política, en otras palabras, no es una más de las cuatro dimensiones de la democracia, como sí, en su ausencia, siguiera siendo lícito hablar de ‘democracia civil’, ‘liberal’, ‘social’ o ‘sustancial’” FERRAJOLI (2001) p. 343. A pesar de la centralidad de la democracia política en cualquier concepción de la democracia aceptable, Ferrajoli considera que una democracia sustancial es superior a una simplemente formal debido a que “la existencia misma de la democracia que he llamado ‘formal’ –esto es, la democracia ‘política’ y la ‘civil’– no quedaría garantizada sin los límites que le imponen los derechos fundamentales, siendo su destino resultar subvertida, como se ha dicho, por la ilimitada potestad del pueblo de suprimir –y la de cada uno de disponer de forma autónoma de– los propios derechos políticos y civiles”. FERRAJOLI (2001) p. 345.

¹⁴ FERRAJOLI (2001) p. 356.

libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal”¹⁵.

Esta doctrina de los derechos fundamentales axiológicamente justificados se refleja en los llamados por Ferrajoli derechos vitales, es decir, “aquellos derechos fundamentales que son tales porque su violación compromete, directa o indirectamente, la paz y consiguientemente la vida de sus titulares”¹⁶. Si bien no todo derecho fundamental está axiológicamente fundamentado (como sería el caso del derecho al porte de armas en los Estados Unidos), todo derecho vital sí lo está en tanto son vitales solo aquellos derechos universalmente otorgados que tienen como fundamento el mantenimiento de la paz social. Los derechos vitales son siempre universalmente atribuidos, por lo que son fundamentales, pero dado su vínculo directo con la preservación de la paz social, son la razón que fundamenta toda institución política considerada democrática.

Esto último es lo realmente relevante de la inclusión de los derechos vitales como una tipología propia. Estos definen, en la teoría de la democracia garantista, el carácter democrático de las instituciones políticas y de la misma constitución, son la razón social de toda constitución democrática y su negación es a la vez la negación del sistema democrático mismo¹⁷.

Desde el punto de vista de la filosofía política, la democracia formal es vista por el garantismo como una concepción pobre de la democracia, toda vez que basa su fundamento –de manera exclusiva– en los derechos de autonomía, dejando de lado los demás derechos vitales. Su pobreza se debería entonces a que, en primer lugar, es incapaz de garantizar la paz social y, en segundo lugar, descansaría sobre el error teórico de concebir las relaciones entre los derechos de autonomía y los derechos sociales y de libertad como una relación de tensión o enfrentamiento. Para el garantismo no hay enfrentamiento entre derechos de autonomía (o secundarios) y derechos sociales y de libertad (o primarios), sino que se ubican en planos diferentes. Hay una relación estructural en la que los derechos primarios son establecidos como “límite y vínculo” a la democracia formal constituida por los derechos secundarios¹⁸.

El llamado hecho por los procedimentalistas (defensores de la democracia formal) al autogobierno como verdadero núcleo de la democracia y a los principios de igual participación y respeto por la autonomía (individual o colectiva), es considerado por el garantismo como una mistificación basada en la falsa idea de pueblo como macrosujeto colectivo

¹⁵ FERRAJOLI (2001) p. 362. La posibilidad de sustraer la vida, libertad y supervivencia de los más débiles de “la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos” dependerá de considerar a los jueces, como veremos más adelante, como un poder neutro o un no-poder encargado de labores de mera aplicación de normas jurídicas previas.

¹⁶ FERRAJOLI (2011a) p. 839.

¹⁷ Ver FERRAJOLI (2011a) pp. 841 y ss.; FERRAJOLI (2011B) pp. 88 y ss. Este reconocimiento de los derechos vitales como razón social de la constitución tiene implicaciones teórico-jurídicas importantes, pues estos derechos limitan también la posibilidad de reforma de la misma constitución. Incluso en aquellas constituciones en que no se establezcan de manera explícita los límites a su propia reforma, los derechos fundamentales se convierten en límites implícitos a la reforma constitucional, FERRAJOLI (2011b) pp. 88-89.

¹⁸ Ver FERRAJOLI (2001) pp. 354-355.

con voluntad propia¹⁹. La alternativa a esta idea es la noción de democracia basada en la igualdad de derechos. Lo que hace a un gobierno democrático, dicen los garantistas, no es que el pueblo tome las decisiones sobre la organización social y sobre cuales son sus derechos y cuales las exigencias que de estos se derivan, sino el respeto por los derechos previstos en la constitución; no es por la participación en la conformación del poder público, sino la suma de los derechos de todos y su respeto lo que justifica el calificativo de democrático de cualquier gobierno.

2. LA SEPARACIÓN ENTRE FORMA Y SUSTANCIA

Una de las distinciones básicas que ofrece la teoría ferrajoliana de la democracia, como acaba de verse, es la diferenciación entre la forma (el cómo y el quién) y la sustancia (el qué). Esta distinción no está, sin embargo, libre de dificultades. En ella no solo se identifica la democracia formal con el quién y el cómo, sino que parece pasarse por alto que la democracia en su versión sustancial no solo introduce elementos materiales (los derechos sustanciales) destinados a delimitar los derechos-poder, sino que al establecer nuevas instituciones que tienen por objeto la guarda de dichos límites, establece nuevos poderes regidos a su vez por elementos formales, es decir, da lugar a nuevos “quiénes” y nuevos “cómos”. Para decirlo de forma sucinta, la democracia sustancial no logra sustraer los derechos fundamentales tanto a “la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos”.

En toda decisión (sea esta fruto de funciones de gobierno o funciones de garantía²⁰) pueden identificarse siempre elementos formales. Es claro, por ejemplo, que para el ejercicio de las funciones de garantía se establece también un quién y un cómo. Se determinan quién decide (la justicia constitucional) y cómo (sentencias motivadas y decididas por mayoría). A pesar de esto, el garantismo parece entender que el quién y el cómo está limitado a regular la toma de decisiones por mayorías parlamentarias, pero que dichas categorías no tienen ninguna relación con la toma de decisiones por las mayorías judiciales.

Esto muestra que el garantismo deja de lado la importante discusión sobre el funcionamiento de las instituciones necesarias para el cumplimiento de las garantías secundarias derivadas de la inclusión de los derechos como parámetros de validez de las normas jurídicas. El qué y el cómo se decide sigue jugando un papel vital en la democracia constitucional no solo en lo que se refiere a las decisiones del órgano representativo –a las cuales Ferrajoli no les niega su importancia–, sino también en las mismas funciones de garantía de los parámetros materiales de validez (los derechos). Saber cuales son los límites que imponen los derechos, establecer la esfera de lo indecidible, implica decidir sobre lo que el derecho

¹⁹ Para una crítica de la posición defendida por Ferrajoli apoyada en la idea de autonomía, ver PINTORE (2001).

²⁰ Las funciones de gobierno estarían vinculadas a la esfera (discrecional) de lo decidible y se corresponderían con las funciones legislativa y administrativa. Por su parte, las funciones de garantía estarían ligadas a la esfera de lo indecidible (que o que no) y se correspondería con el ejercicio de las garantías primarias y secundarias FERRAJOLI (2011a) p. 825.

y la constitución dicen o no²¹. Con esto, como bien indica Bayón, “lo que en realidad se nos está proponiendo es sustraerlos al poder de decisión de la mayoría simplemente para encomendarlos a un poder de decisión diferente”²². La tesis de que los derechos fundamentales son límites que se encuentran por fuera de la capacidad de decisión de cualquier poder (público o privado) simplemente no aplica. Finalmente, “[l]o no decidible de que habla Ferrajoli resulta, en realidad, siempre decidido”, como afirma Pintore²³.

Este traslado de poder exige, entonces, algún tipo de justificación que vaya más allá del solo hecho de afirmar que los derechos de libertad y derechos sociales imponen límites a los derechos poder y que, por lo tanto, el establecimiento de garantías secundarias como el control de constitucional sería apenas una consecuencia lógica de dicho reconocimiento. Si aceptamos, con Bayón y Pintore, que otorgar a los jueces el poder de revisión de las leyes conlleva la creación de un nuevo poder, se hace entonces necesario dar razones que justifiquen su establecimiento. La sola afirmación de que es necesario crear instituciones que tengan por objetivo cumplir con las obligaciones derivadas de las garantías secundarias destinadas a proteger los derechos fundamentales apenas abre el debate sobre cuales deben ser esas instituciones. Es completamente lícito proponer la institucionalización de un modelo de justicia constitucional pero, dado que esto significa dar la facultad de decidir (también por mayoría) a un determinado grupo de jueces (establecer, de nuevo, un quién y un cómo), es necesario dar nuevos argumentos que nos hagan pensar que dicho grupo decidirá (en algún sentido) de mejor manera que los representantes de los ciudadanos en las asambleas legislativas.

3. PONDERACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

El segundo problema al que se enfrenta Ferrajoli al momento de justificar la justicia constitucional es la forma en que concibe o, de manera más precisa, niega la posibilidad de ponderación entre principios en conflicto. Dicho de forma simple, lo que afirma el garantismo ferrajoliano es que no es cierto que se presenten conflictos entre derechos constitucionales que exijan para su solución algún tipo de ponderación. Esta cuestión es importante para el objetivo garantista de presentar a la justicia constitucional como una especie de

²¹ El establecimiento de lo que el derecho exige y la diferenciación entre la *iuris-dictio* y la *legis-latio* es, como afirma Andrea Greppi, una tarea que se comprueba sumamente compleja dado que “la frontera entre sintaxis y semántica constitucional [entre los procedimientos y los derechos] se vuelve inestable y acaba situándose en el centro mismo de la controversia política”. GREPPI (2012) p. 125.

²² BAYÓN (2004) p. 88. Esta posición era criticada por Walzer en *Philosophy and Democracy*, quien afirmaba al referirse a la posición de los filósofos frente a la democracia: “[E]l filósofo heroico puede argumentar que nunca puede haber un derecho a equivocarse (no, al menos, una vez sabemos o podemos saber qué es lo correcto). Esto es, al menos de manera incipiente, un argumento acerca de la distribución de poder político y tiene dos implicaciones. La primera, que el poder del pueblo debe estar limitado [...] y segundo, que a alguien más se le debe otorgar poder para revisar lo que el pueblo hace y tomar medidas cuando transgrede los límites [de lo correcto]. ¿Quién? En principio, supongo, cualquiera que sepa la verdad acerca de lo correcto. Pero en la práctica, en un orden político operante, tendrá que encontrarse algún grupo del cual se pueda presumir que sabe la verdad mejor –o de manera más consistente– que el pueblo como un todo”. WALZER (1981) p. 387.

²³ PINTORE (2001) p. 263.

poder nulo y exige para su comprensión introducir el debate que se ha presentado entre las vertientes principialistas y garantistas del constitucionalismo.

El debate comienza (o puede decirse que comienza) con la manida distinción entre reglas y principios, pero adquiere sus tintes particulares al introducir Ferrajoli en el análisis de la cuestión los llamados “principios regulativos”. Los derechos constitucionales, afirma Ferrajoli, tienen un doble carácter: son a la vez reglas y principios. En tanto reglas tienen un contenido deóntico que establece facultades, obligaciones o prohibiciones, lo que quiere decir que pueden ser observados o violados y que sus violaciones tienen consecuencias jurídicas. En tanto principios, los derechos constitucionales encarnan “los fines, los valores y las opciones ético-políticas que el ordenamiento trata de perseguir”²⁴ y ofrecen razones y argumentos en el razonamiento jurídico y político.

La discrepancia que se presenta entre el principialismo de autores como Dworkin, Alexy, Atienza o Moreso y el garantismo de Ferrajoli se resume, según el autor italiano, en que los primeros conciben los derechos constitucionales de una forma “débil” según la cual estos son objeto de argumentación y ponderación y no de aplicación (como sería el caso de las reglas)²⁵. Los principialistas fijan su atención en el contenido valorativo de los derechos constitucionales. Estos derechos expresan los fines y valores que busca realizar el sistema jurídico y, a diferencia de las reglas, “no aclaran qué acciones en concreto materializarían o frustrarían aquellos valores”²⁶. A esto es a lo que se refieren Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero cuando dicen que “mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas”²⁷.

Esta diferencia estructural entre reglas y principios es la que hace necesaria, según los autores principialistas, la ponderación como herramienta propia del razonamiento jurídico. Los derechos constitucionales, al expresar principios que pueden entrar en conflicto entre sí, exigen una ponderación o balanceo “de las razones que, en uno y otro conjunto de circunstancias genéricas, respaldan a los principios en conflicto”²⁸. La ponderación, desde el punto de vista principialista, es un proceso que tiene como base los principios constitucionales, pero que “desemboca en la formulación de una regla que establece, dadas ciertas circunstancias genéricas, la prevalencia de uno de los principios sobre el otro, es decir, que,

²⁴ FERRAJOLI (2013) p. 563.

²⁵ FERRAJOLI (2012) p. 800. Al respecto dice Ferrajoli: “Creo que esta es la posición de los que asumen la constitución no como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete”. FERRAJOLI (2011c) p. 42. Luego, en el mismo artículo afirma: “es fundamentalmente en la tesis de que los principios y los derechos expresados en ellos se hallan generalmente en conflicto, donde los sostenedores del constitucionalismo principialista fundan el papel sustancialmente creativo de la ponderación jurisdiccional, en virtud de la cual los principios se pesan pero no se aplican a casos concretos subsumibles en ellos, de modo tal que, también en sede judicial, la garantía de uno se daría siempre a expensas de la garantía de otro”. FERRAJOLI (2011) p. 49.

²⁶ BAYÓN (1996) p. 46.

²⁷ ATIENZA y RUIZ MANERO (2004) p. 31.

²⁸ RUIZ MANERO (2012) p. 831.

dadas esas circunstancias genéricas, debe ser concluyentemente lo ordenado por alguno de los principios en concurrencia”²⁹.

El modelo de ponderación principialista ubica al juez en una posición central en la que debe sopesar razones de fondo y decidir teniendo en cuenta estas razones. No le basta con determinar si el caso particular puede ser subsumido en el caso genérico establecido por una regla. Para el garantismo esto implicaría un resquebrajamiento del Estado de derecho, pues el juez no se limitaría a decir el derecho, sino que se encargaría también de dar la ley (esta es la distinción recalcada por Ferrajoli entre *iuris-dictio* y *legis-latio*). De igual manera, significa un debilitamiento de los derechos constitucionales pues la ponderación principialista implica que dichos derechos no sean tratados como normas deónticas (que establecen facultades, obligaciones o prohibiciones), sino principios morales abiertos a la argumentación.

La alternativa propuesta por el garantismo pasa por una diferente concepción de los derechos constitucionales. Como se dijo unos párrafos atrás, los derechos constitucionales son entendidos como principios regulativos, lo que quiere decir que tienen el doble carácter de reglas y principios. Al momento de discutir la ponderación, lo que reviste más importancia es su carácter de reglas³⁰. Para Ferrajoli, el hecho de que los derechos sean reglas deónticas implica que estos pueden ser o no observados y, en caso de no serlo, estas violaciones deben ser controladas por los jueces. En este sentido, los principios regulativos, al igual que cualquier otra regla, pueden ser inobservados, es decir, pueden ser violados y de ello se deriva “como consecuencia jurídica, para la jurisdicción, la obligación de aplicarlas, en virtud de [...] las *garantías secundarias*, esto es, la obligación de anular o inaplicar las leyes en contradicción con aquéllos”³¹.

¿Qué ocurriría entonces con los conflictos entre derechos que tanto preocupan a los principialistas? Ferrajoli considera que lo que se puede llegar a presentar es un concurso de normas y que lo que se debe determinar en este tipo de casos es la norma especial, como ocurriría en un caso similar en el que varias reglas se presentaran, en principio, como aplicables al caso. La labor del juez no sería la de sopesar razones de fondo y determinar, después de un ejercicio reflexivo, cuál principio debe tener precedencia dadas las circunstancias del caso, sino determinar cuál de los principios regula de manera especial el caso concreto y, una vez establecido esto, subsumir el caso particular en el caso general y derivar la consecuencia jurídica.

Con un ejemplo puede verse la manera como los principios regulativos son entendidos como reglas deónticas. Luis Prieto Sanchís, al hablar de las críticas dirigidas por Ferrajoli a los constitucionalistas principialistas, da un ejemplo en el que, según Prieto, es claro que es necesaria la ponderación³². En el caso propuesto se presenta el conflicto entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación al momento de establecer si son lícitas o no

²⁹ RUIZ MANERO (2012) p. 823.

³⁰ Los principios regulativos consisten en “expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites o vínculos, es decir garantías, consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación”. FERRAJOLI (2011c) pp. 37-38.

³¹ FERRAJOLI (2012) p. 803.

³² PRIETO SANCHÍS (2011) p. 239.

las medidas de discriminación positiva a favor de grupos desfavorecidos. En este caso, el principio de no discriminación prohíbe la diferente asignación de derechos y obligaciones por razones de sexo, raza, nacionalidad, etc. (pues, como dice la Constitución Colombiana –en adelante *C.C.*– en su artículo 13, inciso 1° –equivalente al artículo 14 de la Constitución Española, en adelante *C.E.*–: “Todas las personas [...] gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”), por lo que su aplicación exigiría que dichas medidas de discriminación positiva o inversa fueran tenidas como contrarias a la Constitución y, por tanto, inválidas. El principio de igualdad, por su parte, al exigir no solo la igualdad formal, sino también el establecimiento de condiciones que hagan real el igual respeto a todos y cada uno de los miembros de la comunidad política, defiende el establecimiento de tales medidas, siguiéndose de su aplicación que los casos de discriminación positiva pudieran ser considerados válidos si se presentan ciertas circunstancias³³.

Dado que de la aplicación de cada uno de los dos principios de rango constitucional en conflicto se llega a decisiones contrarias, se debe determinar cuál debe ser, para el caso concreto, el principio aplicable. Los criterios de especialidad, jerarquía o temporalidad, que ayudan al momento de resolver las antinomias entre reglas, no servirían para resolver el caso descrito, razón por la cual sería necesario ponderar entre los dos principios en liza y determinar cuál debe ceder y cuál debe ser aplicado.

Esta descripción, alega Ferrajoli, es incorrecta. Los principios regulativos no pueden ser ponderados sino simplemente observados o no observados. En el ejemplo propuesto por Prieto Sanchís, lo que habría sería la simple aplicación del principio de igualdad que, dado que se entiende no solo como igualdad formal sino también sustancial, las medidas de discriminación positiva no serían otra cosa que una garantía del principio de igualdad. “En efecto, el principio de igualdad es una norma que impone la no discriminación de las diferencias personales como las diferencias de sexo, raza y similares. Sin embargo, si atendemos a los hechos, debemos reconocer que estas discriminaciones son practicadas en la realidad en violación de su prohibición” por lo que “las medidas como las acciones positivas a favor de los sujetos discriminados no solo no son violaciones del principio de igualdad sino que, al contrario, son garantías de efectividad de dicho principio impuestas como debidas”³⁴.

En el caso de la libertad de expresión y sus posibles interferencias con el derecho al honor, la reconstrucción del constitucionalismo principialista, después de establecer que el derecho al honor implica que ninguna persona o institución, pública o privada, puede atacar el honor y la intimidad personal y familiar de sus titulares (artículos 15, 21 y 42 *C.C.* y 18.1 *C.E.*), y que la libertad de expresión exige que toda persona pueda expresar su pensamiento, sin que encuentre interferencias por parte del Estado o de cualquier otra institución o persona (artículos 20 *C.C.* y *C.E.*), reconoce que la aplicación en un caso determinado de cada uno de los principios podría llevar a la inaplicación del otro. Para resolver este problema, los constitucionalistas principialistas recurren a la ponderación o balanceo

³³ Así los establece el artículo 13, inciso 2° *C.C.* (equivalente al 9.2 *C.E.*): “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

³⁴ FERRAJOLI (2011d) p. 353.

para determinar si dadas las circunstancias del caso concreto, tiene más peso el derecho al honor o la libertad de expresión.

El constitucionalismo garantista, por su parte, diría que nos encontramos ante dos reglas, y una de ellas debe ser preferida a la otra dado su carácter especial. En el caso estudiado, tendríamos como regla o norma general, la libertad de expresión, y como regla o norma especial, el derecho al honor. Sopesadas las circunstancias concretas se deberá determinar si los hechos juzgados son subsumibles en la norma especial, caso en el cual deberá ser aplicada; si por el contrario esto no ocurriera, se aplicaría la norma general (en este caso la libertad de expresión)³⁵.

No habría ponderación entre normas, sino una “ponderación equitativa compleja”, es decir, el balance equitativo que se debe hacer cuando hay un concurso de normas que no se da “entre reglas o principios sino entre hechos o circunstancias de hecho; no excluye la subsunción, es decir, la *iuris-dictio* sino que simplemente la precede como ejercicio de *iuris-prudentia* del mismo modo como la aceptación y valoración de los hechos precede siempre, lógicamente, a su calificación jurídica”³⁶.

Contrastada esta ponderación equitativa compleja con la simple ponderación defendida por los principialistas, es tentador pensar que la distancia que las separa no es tan relevante. Toda ponderación, esto siempre se ha dicho, exige el estudio de las circunstancias concretas del caso, sin lo cual no sería posible hacer ponderación alguna pues, en abstracto, ambos principios tienen igual peso. Al establecer en los ejemplos citados el contenido del principio de igualdad y al subsumir los hechos en la norma que consagra el derecho al honor que actúa como norma especial, lo que se lleva a cabo es una actividad bastante similar a la ponderación principialista (aunque aquí dicha labor se lleva a cabo al momento de definir en qué consiste el derecho a la igualdad). Determinar si en el caso de un diputado o un miembro del Gobierno, su intimidad personal o familiar debe ser garantizada dado que es subsumible en la norma que consagra el derecho al honor o, ya que no es así, debe ser aplicada la norma general de la libertad de expresión, es muy cercano a decir que dos prin-

³⁵ FERRAJOLI y RUIZ MANERO (2012) pp. 109-110. Téngase en cuenta que la operación jurídicamente relevante (y discutible) en este caso sería la de establecer cuál norma es especial y cuál es general. Guastini advierte, recurriendo a este mismo ejemplo, que en casos en los cuales se presenta una antinomia entre dos normas cuyos ámbitos de aplicación no guardan entre sí una relación género-especie, “el criterio de especialidad no puede aplicarse sino después de haber establecido, entre las dos normas en conflicto, una relación jerárquica, y precisamente una *relación axiológica*, es decir, una relación de valor”. GUASTINI (2014) pp. 135-136. Así, previo a este ejercicio valorativo, tenemos la posibilidad de afirmar (a) que la libertad de prensa es la norma general y que el derecho a la intimidad es la norma especial, o bien (b) que el derecho a la intimidad es la regla general y la libertad de prensa la norma especial. Pero para decidir cuál norma debe ser entendida como especial “presupone en cualquier caso una jerarquía de valores entre las dos normas en cuestión [...]”. De otro modo, la antinomia sería insoluble”. GUASTINI (2014) p. 136. Esta jerarquización que implica un juicio de valor es la que Ferrajoli oculta a través de su propuesta de una ponderación equitativa que, en teoría, debería ser una alternativa a la ponderación principialista.

³⁶ FERRAJOLI (2011d) p. 356. En “Constitucionalismo principialista”, aclara Ferrajoli: “[la ponderación] tiene por objeto no las normas aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables” FERRAJOLI (2011c) pp. 47-48.

principios que regulan una misma conducta dictan soluciones jurídicas contradictorias y que, después de ponderar teniendo en cuenta las circunstancias propias del caso, se decide si, en esas circunstancias, se debe dejar de lado uno de los principios o el otro, o que los principios, correctamente entendidos, exigen una u otra solución³⁷.

Pero, como bien lo afirma Ruiz Manero³⁸, el debate entre garantismo y principialismo va más allá de una simple discusión sobre palabras que es posible superar haciendo las aclaraciones de rigor. El desacuerdo se da porque, en efecto, la concepción ferrajoliana de los principios difiere de la concepción principialista. No porque esta última, como dice Ferrajoli, no reconozca el valor jurídico de los principios (su carácter deóntico), sino porque el garantismo, al igualar reglas y principios, desconoce la estructura propia de estos últimos y niega, de esta forma, las importantes consecuencias que de ello se deriva para el derecho.

Para decirlo de manera breve —y siguiendo el esclarecedor artículo de Ruiz Manero³⁹— los principios (regulativos o en sentido estricto) comparten con las reglas el hecho de establecer de manera cerrada la consecuencia jurídica de su violación, pero se diferencian de estas últimas en que sus condiciones de aplicación se encuentran abiertas. No es cierto, como afirma Ferrajoli, que los principialistas nieguen el carácter jurídico de los principios, pues aceptan que de su desconocimiento se derivan unas determinadas consecuencias jurídicas. Lo que sí afirman los autores principialistas es que, dadas las características de los principios regulativos (el hecho de encontrarse abiertas sus condiciones de aplicación), no tienen, como las reglas, la pretensión de cerrar el debate a razones de fondo, sino que precisamente abren la deliberación en aquellos casos en que se encuentren en conflicto con otros principios.

La asimilación hecha por Ferrajoli cierra en falso el debate sobre las dificultades que se presentan en los Estados constitucionales de derecho en lo relativo a la rematerialización constitucional. En palabras de Manuel Atienza, “Ferrajoli, al considerar el Derecho esencialmente como un conjunto de normas, de reglas, tiende a pensar que en la aplicación del Derecho lo que existe es algo así como subsunción y discrecionalidad, al tiempo que es notablemente escéptico a propósito de la ponderación. O, dicho de manera quizás más matizada, dado que, en su opinión, no hay una diferencia cualitativa entre reglas y principios, no puede haber tampoco una diferencia relevante en cuanto a su utilización para resolver problemas prácticos. El resultado es una teoría poco desarrollada de la interpretación y de la argumentación jurídicas y una carencia de instrumentos teóricos con los que poder dar cuenta de un aspecto importante de nuestra práctica jurídica: la que concierne a los casos difíciles en materia de derechos fundamentales”⁴⁰.

³⁷ Estas semejanzas entre ambas teorías han llevado a José Juan Moreso a considerar que la distinción propuesta por Ferrajoli no es más que “una forma de hablar”, pues “[c]uando algunos autores sostienen que se ponderan las pautas para establecer cuál es aplicable a un caso concreto determinado, obviamente quiere decir que, en aquellas circunstancias de hecho, determinada pauta cede su aplicación a otra y, en este sentido, pierde su fuerza” MORESO (2011) p. 194. Una explicación detallada de la forma en que Moreso entiende la ponderación (como una forma de aplicación del derecho no contrapuesta a la subsunción). MORESO (2005). Una crítica a este planteamiento puede encontrarse en CELANO (2002) y SAUCA (2009) pp. 53-56.

³⁸ RUIZ MANERO (2012) pp. 827 y ss.

³⁹ RUIZ MANERO (2012).

⁴⁰ ATIENZA (2008) p. 2015.

El debate, sin embargo, va más allá de la falta de desarrollo de una teoría de la interpretación y de la argumentación jurídicas en la teoría garantista. El papel asignado a los jueces en la democracia constitucional dentro de la teoría garantista se debe, en parte, a su carácter de aplicadores del derecho. Como en los antiguos regímenes liberales, el enorme poder concedido al juez como vigilante no vigilado se deriva de una concepción cognitivista y deductivista de la jurisdicción, concepción que ha sido abandonada por el constitucionalismo principialista pero parece seguir presente en el constitucionalismo garantista⁴¹.

El modelo garantista, si bien comparte la matriz iusconstitucionalista al otorgarle una posición privilegiada a la justicia constitucional en el entramado de instituciones constitucionales, se diferencia del constitucionalismo principialista en la confianza que el garantismo tiene en la capacidad de los jueces no ya de razonar con base en principios —y por lo tanto ponderar teniendo en cuenta las circunstancias propias del caso— sino de subsumir el hecho concreto en el supuesto de hecho de la norma constitucional. La discrecionalidad es reconstruida como “subsunción de la *juris-dictio*, es decir, de los juicios sobre la invalidez de las leyes en contraste con los principios regulativos constitucionalmente establecidos, incluso en los casos en los que tales juicios, por la escasa determinación de los principios aplicados, resulten fuertemente opinables y controvertidos”⁴².

Si, en el plano de la teoría de la democracia, se pregunta por la justificación del establecimiento de una democracia sustancial en la que se otorgue a los jueces la custodia de los derechos fundamentales, la respuesta parecería venir por dos vías. La primera sería la defensa de los derechos fundamentales (como se verá más adelante) como traducción constitucional de los derechos vitales, como fragmentos de soberanía y como establecimiento de la ley del más débil frente a la ley del más fuerte. La segunda, es que, una vez justificada de esta manera la implementación de una democracia sustantiva, la tutela ejercida por los jueces se vería respaldada por su capacidad de conocer el contenido de estos derechos y subsumir los casos particulares en los casos generales dispuestos por las normas constitucionales.

Se presenta de nuevo la dificultad mencionada al inicio de este numeral. El problema al que se enfrenta la posición garantista es el papel que le da esta corriente a la subsunción en la tarea de interpretación constitucional. Ferrajoli basa su confianza en los jueces en la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de la jurisdicción en contraposición a la naturaleza discrecional del gobierno (quien recibe su legitimación, en la esfera pública, de “su adhesión a los intereses representados”) y es esta la que justifica el establecimiento de instituciones como la justicia constitucional. Tanto es así que “la naturaleza cognoscitiva de

⁴¹ Este rasgo fuertemente cognitivista (en lo relativo al derecho) de la teoría ferrajoliana ha sido resaltado por diversos autores. Alfonso Ruiz Miguel afirma que la insistencia en la subsunción como el método propio de la dogmática jurídica llevaría al garantismo a una especie de cognitivism judicial en donde “la discrecionalidad judicial existente ha de considerarse meramente fisiológica, es decir, esporádica y marginal”. RUIZ MIGUEL (2011) p. 287. De manera similar afirma Prieto Sanchís que “el extraordinario poder de censura que el garantismo deposita sobre los jueces, protagonistas de las que él llama garantías secundarias, quiere hacerse soportable a través de una visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir [...] en fin, los derechos se formulan como mónadas asiladas cuyos contornos aparecen perfectamente delimitados desde su enunciado constitucional, y basta con aplicarlos a los distintos supuestos de hecho” PRIETO SANCHÍS (2013) pp. 100-101.

⁴² FERRAJOLI (2011d) p. 352.

la jurisdicción sirve para configurarla, a diferencia de la legislación y de la administración, como ‘aplicación sustancial’ [...], esto es, como ‘afirmación’ de la ley”, razón por la cual “la jurisdicción enlaza con la voluntad popular no menos que la legislación: porque es aplicación de aquella voluntad política que [...] se ha manifestado en las leyes y más todavía en la estipulación constitucional de los derechos fundamentales como velo de la ignorancia que les proporciona su carácter de reglas generales y abstractas”⁴³.

La negación de la colisión entre principios y el papel que en la solución de estas colisiones juega la ponderación, permite al garantismo reducir a mínimos el problema que significa (desde el punto de vista de la teoría de la democracia) la revisión de la constitucionalidad de las leyes y la asignación a los jueces de este papel crucial en la estructura democrática, a la vez que se les niega a estos últimos el carácter de verdadero poder.

4. LA PESADILLA POLÍTICA Y EL NOBLE SUEÑO JUDICIAL

El tercer problema que puede observarse en la forma en que son concebidas por el garantismo las relaciones entre constitución y democracia, es su mezcla de un fuerte pesimismo frente a la política, al que combina un enorme optimismo frente a la función jurisdiccional. Esto puede entenderse de mejor manera si se recurre a la tradicional distinción entre concepciones agregativas y concepciones deliberativas de la democracia. Según el modelo deliberativo de la democracia “los participantes en el proceso democrático ofrecen propuestas sobre la mejor manera de resolver problemas o satisfacer necesidades legítimas [...] y presentan argumentos a través de los cuales buscan persuadir a otros de aceptar sus propuestas”⁴⁴. Por el contrario, para el modelo agregativo de la democracia los procedimientos mayoritarios habilitados por los derechos políticos se limitan a la suma de preferencias de los votantes o de sus representantes. En este modelo, la política democrática es descrita como un proceso competitivo en el cual los partidos políticos y candidatos a cargos de representación ofrecen programas de políticas públicas y buscan satisfacer el más amplio número de preferencias políticas, logrando ser elegidos aquellos candidatos, partidos o coaliciones que atraigan un mayor número de electores⁴⁵.

Dado que se entiende la política democrática, según el modelo agregativo, como un proceso competitivo, en el que los diferentes actores (votantes, candidatos, partidos, etc.) actúan de manera estratégica, es natural que se entienda que el ejercicio de la política así concebida sea un riesgo constante para los derechos fundamentales. Basta que una mayoría, atendiendo solo a sus intereses, considere los intereses y necesidades de las minorías como obstáculos para la satisfacción de sus preferencias, para que termine por atropellar los derechos fundamentales de la minoría. Y esto ocurre, si se asume una concepción agregativa de la democracia, no porque esta opere de manera defectuosa. Es precisamente al funcionar los procedimientos mayoritarios como se espera de ellos –al responder solo a las preferencias de las mayorías– que estos se convierten en una amenaza para los derechos.

⁴³ FERRAJOLI (2011b) p. 209.

⁴⁴ YOUNG (2000) p. 22.

⁴⁵ YOUNG (2000) p. 19.

Si los procedimientos mayoritarios “no son otra cosa que una competencia entre intereses privados y preferencias”⁴⁶, no es de extrañar la fuerte desconfianza mostrada por Ferrajoli frente a los procedimientos habilitados por los derechos-poder. A esto se suma su visión sobre los conflictos entre derechos y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales estudiados en el numeral anterior. Si por un lado tiene una visión optimista frente a las capacidades cognitivas de los jueces, por el otro es sumamente pesimista frente a las capacidades políticas de los votantes y sus representantes.

Posiciones como la de Ferrajoli se acercarán bastante a lo que Zurn se refiere como la combinación de democracia mayoritaria y constitucionalismo minoritario, en donde “el principio de soberanía popular entendido como capacidad de agregar los intereses y deseos prepóliticos de los ciudadanos, [se combina] con el principio de límites constitucionales establecidos para proteger a individuos y minorías a la luz de presuntas verdades autoevidentes acerca de derechos”⁴⁷.

A diferencia del constitucionalismo principialista, que asume esta misma división de la política, el garantismo no ve en los tribunales un foro caracterizado por la habilidad de los jueces de razonar en torno a principios. No es la superior capacidad de los jueces de descubrir respuestas correctas acerca de los problemas morales que implica el actuar político (a la manera del juez Hércules dworkiniano), sino la capacidad de aplicar de manera subsuntiva los preceptos legales establecidos por el propio derecho.

Su forma de entender el funcionamiento de las instituciones políticas mayoritarias se convierte en la otra cara de una moneda en la que, por un lado, se concibe una jurisdicción de naturaleza cognoscitiva dirigida a la subsunción y, por el otro, un espacio político en el cual ciudadanos y representantes hacen uso de sus derechos-poder con el único objetivo de perseguir sus intereses privados.

5. LA SOBERANÍA POPULAR EN EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Como se había visto al momento de hablar de la confrontación forma/sustancia en el modelo de democracia sustantiva defendida por Ferrajoli, la democracia formal centra su defensa en la idea de autogobierno, “en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sea expresión de la ‘voluntad’ y la ‘soberanía popular’”⁴⁸.

En esta idea de autogobierno, autonomía o soberanía es en la que centra el garantismo sus más duras críticas. Pero antes de entrar en ellas, es oportuno estudiar la redefinición hecha por Ferrajoli del concepto de soberanía popular. En líneas generales, lo que afirma Ferrajoli es que la soberanía popular tiene dos caras, una negativa y otra positiva. En su sentido negativo la soberanía “equivale a una garantía negativa, es decir, a la prohibición para cualquiera de apropiarse de ella y usurparla: significa que la soberanía, al pertenecer

⁴⁶ YOUNG (2000) p. 22.

⁴⁷ ZURN (2007) p. 222.

⁴⁸ FERRAJOLI (2011b) p. 9.

al pueblo entero, que como se verá en su momento no existe como sujeto dotado de una voluntad unitaria, no pertenece a ningún otro y que ninguna persona individual o grupo de personas –monarca o parlamento, presidente elegido por el pueblo o asamblea representativa– puede ‘adueñarse de ella’, como escribió Benjamin Constant, para ejercerla contra alguno de sus miembros⁴⁹. En su sentido positivo, la soberanía popular se identifica con los derechos fundamentales, pues estos son “fragmentos de soberanía popular” correspondientes a todos y a cada ciudadano”, la soberanía popular “equivale a la suma de aquellos poderes y contrapoderes –los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales– que son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos”⁵⁰.

Como se había mencionado, decir que el pueblo es soberano es, en la exposición hecha por Ferrajoli, decir que se respetan los derechos fundamentales de aquellos que conforman el pueblo, es decir, las personas, los ciudadanos o los capaces de obrar. La existencia de la soberanía popular no está pues ligada a la participación de todos como iguales en el gobierno común, sino al respeto de los derechos de todos⁵¹.

Las asambleas representativas no son entonces, en el esquema presentado por el profesor italiano, el epicentro del ejercicio de la soberanía popular sino que, al contrario, se constituyen en un riesgo y amenaza para la misma, pues las mayorías que allí se conformen pueden atentar contra los fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales.

Se entiende entonces que para hacer de la soberanía algo real, es necesario establecer una garantía que vaya más allá de la prohibición de la “producción de normas que alteren o deroguen normas constitucionales”, es decir, de las “garantías constitucionales primarias”⁵², y se pase a las “garantías constitucionales secundarias”⁵³, esto es, al control judicial del cumplimiento de la constitución y de las expectativas negativas y positivas que significan los derechos sociales y de libertad. Los jueces se conciben entonces como guardianes de la soberanía y las mayorías parlamentarias como su amenaza. Para el garantismo, el paso de una democracia formal a una democracia sustancial tiene como consecuencia que “la soberanía deja de existir como *potestas legibus soluta* en manos de órganos o sujetos institucionales”⁵⁴, dado que reside en el pueblo o, más precisamente, se ve representada en los fragmentos

⁴⁹ Críticas similares sobre el abuso de la palabra pueblo para la justificación de la crítica mayoritaria puede verse en EISGRUBER (2001), KYRITSIS (2006) y KUMM (2007).

⁵⁰ FERRAJOLI (2011b) p. 14.

⁵¹ Compárese con la concepción de soberanía popular defendida por Habermas: “La idea de soberanía popular remite en su lectura procedimentalista a las condiciones sociales marco que posibilitan la autoorganización de una comunidad jurídica, pero que por su parte no están sin más a disposición de la voluntad de los ciudadanos”. HABERMAS (1998) p. 378.

⁵² Las “garantías constitucionales primarias” consisten “en la prohibición de la producción de normas que alteren o deroguen normas constitucionales, tanto si está condicionada como si no a la adopción del procedimiento agravado predisuesto para tal fin”. FERRAJOLI (2011b) 87.

⁵³ Las “garantías constitucionales secundarias” se refieren a “la obligación de anular las normas con rango de ley en contraste con las normas constitucionales sustanciales, así como de resolver los conflictos entre poderes generados por el desbordamiento más allá de los límites a ellos adscritos por las normas constitucionales formales sobre sus competencias”. FERRAJOLI (2011b) p. 87.

⁵⁴ FERRAJOLI (2011c) p. 27.

de soberanía que son los derechos, y pasa a convertirse en límites a lo que las instituciones pueden o no hacer.

La protección de los derechos fundamentales se ve como algo separado de los procedimientos habilitados por los derechos políticos, es decir, de la política democrática ordinaria, y se depositan todas las esperanzas en los jueces, cuya labor, amparada en una “visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir”⁵⁵, cumpliría la función de hacer realidad el ideal democrático de un pueblo soberano.

Los derechos como fragmentos de soberanía y como ley del más débil –en contraste con el estado de naturaleza y la ley del más fuerte– exigen el establecimiento de procedimientos de tutelaje. Para Ferrajoli, “si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal”⁵⁶. Toda defensa de los intereses legítimos de los más débiles se centra en la sustracción del debate público de los temas que les afecten y en la necesidad de trasladar la capacidad de decisión a los jueces.

Esta solución, sin embargo, no deja de ser sorprendente. Los más débiles sufren de esta situación debido a que se encuentran social y políticamente excluidos (dado que sus necesidades y legítimos intereses no son tenidos en cuenta en los lugares de deliberación y toma de decisión públicos y sus derechos son por esta razón violados). No se entiende cómo puede ser superada esta situación simplemente apelando a la protección paternalísticamente otorgada a través de mecanismos de los cuales no se tiene, en principio, razones para considerarlos más sensibles a las exigencias de los más débiles. Dado que la concepción de la democracia defendida por Ferrajoli se basa en la consideración de un funcionamiento meramente agregativo de las instancias de participación, no extraña que no dedique un lugar importante en su teoría a la inclusión de los más débiles en los procesos de deliberación y decisión públicos, y apele por el contrario a la sustracción de los temas para ellos más vitales, de la escena política.

La redefinición de la soberanía popular hecha por Ferrajoli y su defensa de los derechos de los más débiles se ven afectadas por una fuerte desconfianza hacia las formas democrático-representativas y termina por esto apoyándose en posiciones paternalistas. Como afirma Habermas, “[l]os derechos negativos de libertad y los derechos sociales pueden [...] venir otorgados en términos paternalistas”⁵⁷, negándosele a sus destinatarios la posibilidad de ser ellos mismos los que determinen la configuración de estos derechos. El modelo de democracia sustantiva defendida por Ferrajoli corre el riesgo, al reducir la idea de participación política a un mero ejercicio de facultades discrecionales orientadas a la satisfacción de preferencias, de convertir la democracia en una mera “agregación de intereses

⁵⁵ PRIETO SANCHÍS (2013) p. 100.

⁵⁶ FERRAJOLI (2001) p. 362.

⁵⁷ HABERMAS (1998) p. 143.

particulares prepolíticos” acompañada por un “goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados”⁵⁸.

6. CONCLUSIÓN. DEMOCRACIA SUSTANTIVA, SOBERANÍA POPULAR SIN PUEBLO

En los apartados anteriores se han estudiado cuatro aspectos relativos a la defensa garantista del control de constitucionalidad. En esta exposición se ha buscado mostrar la forma en que encajan elementos teóricos y normativos en una teoría de la democracia y la constitución definida (principalmente) por la labor de los jueces como garantes de derechos individuales. Estos elementos de la teoría ferrajoliana muestran, sin embargo, un panorama en el que la participación política se ve desdibuja en favor de una visión en la cual el juez (y, en particular, el juez constitucional) ocupa el lugar central del sistema en detrimento de los elementos representativos y participativos.

El intento de justificar este papel preponderante de los jueces en las actuales democracias constitucionales lleva al garantismo a negar el poder real que adquiere la justicia constitucional. Para ello, recurre a una separación entre forma y sustancia que oculta el traslado de poder de las legislaturas a los jueces, a lo que suma una concepción de la labor judicial y de aplicación del derecho (en particular de los derechos constitucionales) que es entendida como una operación de mera subsunción alejada de todo tipo de discrecionalidad. La negación de la ponderación defendida por el garantismo oculta la labor efectivamente creativa de los jueces y, de esta manera, da por superada las tensiones que se presentan en un Estado constitucional de derecho entre democracia y constitución.

Esta visión optimista de la labor de juez contrasta con una visión pesimista de los procesos democráticos, asumidos estos como una mera agregación de preferencias prepolíticas. El esquema general es cerrado por una concepción de la soberanía popular en la que esta es entendida como suma de derechos (los derechos como fragmentos de soberanía), aplicados de manera subsuntiva por los jueces.

La teoría de la democracia ferrajoliana, acompañada de su teoría del derecho, construye un modelo de democracia en el cual los elementos populares (representativos y participativos) son reducidos a su mínima expresión y la labor del juez es elevada al lugar de máximo y último garante de la democracia (en su tarea de protector no solo de la constitución, sino de la misma soberanía popular entendida como suma de derechos).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

⁵⁸ HABERMAS (1998) p. 634. Estas últimas citas vienen referidas a la necesidad de mantener una relación fluida entre los procedimientos democráticos y una opinión pública alimentada por una cultura liberal e igualitaria. Sin embargo, creo que expresan bien los riesgos de despolitización que están implícitos en la propuesta del constitucionalismo garantista.

- ALTERIO, Ana Micaela (2011): “La ‘esfera de lo indecible’ en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, enero, N° 13: pp. 3-36.
- ALTERIO, Ana Micaela (2012): “Una mirada política al ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: problemas desde los puntos de vista interno y externo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 26: pp. 1-22.
- ATIENZA, Manuel (2008): “Tesis sobre Ferrajoli”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31: pp. 213-216.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004): *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona, Ariel).
- BAYÓN, Juan Carlos (2004): “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la democracia*, N° 27: 41-49.
- BAYÓN, Juan Carlos (2004): “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en BETEGÓN, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 67-138.
- CELANO, Bruno (2002): “‘Defeasibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, *Diritti & questioni pubbliche*, agosto, N° 2: pp. 34-46.
- DWORKIN, Ronald (1996): “Objectivity and truth: You’d better believe it”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, N° 2: pp. 87-139.
- EISGRUBER, Christopher (2001): *Constitutional Self-government* (Cambridge, Harvard University Press).
- FERRAJOLI, Luigi (2001): “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (edit.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Trotta), pp. 287-381.
- FERRAJOLI, Luigi (2011a): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho* (Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2011b): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de democracia* (Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2011c): “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34: pp. 15-53.
- FERRAJOLI, Luigi (2011d): “El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34: pp. 311-360.
- FERRAJOLI, Luigi (2012): “El constitucionalismo: Entre principios y reglas”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35: pp. 791-817.
- FERRAJOLI, Luigi (2013): “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 36: pp. 559-570.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan (2012): *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación* (Madrid, Trotta).
- GREPPI, Andrea (2012): *La democracia y su contrario: representación, separación de poderes y opinión pública* (Madrid, Trotta).
- GUASTINI, Ricardo (2001): “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (edit.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Trotta), pp. 57-61.

- GUASTINI, Ricardo (2014): *Interpretar y argumentar* (Madrid, CEPC).
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta).
- KUMM, Mattias (2007): “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 2: pp. 1-32.
- KYRITSIS, Dimitrios (2006): “Representation and Waldron’s objection to judicial review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, N° 4: pp. 733-751.
- MORESO, José Juan (2005): “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta), pp. 99-122.
- MORESO, José Juan (2011): “Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34: pp. 183-199.
- PINTORE, Anna (2001): “Derechos insaciables”, en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (edit.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Trotta), pp. 243-265.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2011): “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principalista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34: pp. 229-244.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid, Trotta).
- RUIZ MANERO, Juan (2012): “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, ‘soluciones en abstracto’ y ‘ponderaciones equitativas’”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35: pp. 819-832.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2011): “Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34: pp. 275-288.
- SAUCA, José María (2009): “Cognitivism and the rule of law: En torno a los límites del formalismo” en *Estado de Derecho y decisiones judiciales* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 41-61.
- WALDRON, Jeremy (1999): *Law and disagreement* (Oxford, Clarendon Press).
- WALZER, Michael (1981): “Philosophy and democracy”, *Political theory*, Vol. 9, N° 3: pp. 379-399.
- YOUNG, Iris Marion (2000): *Inclusion and democracy* (Oxford, Oxford University Press).
- ZURN, Christopher (2007). *Deliberative democracy and the institutions of judicial review* (Cambridge, Cambridge University Press).