



152

Garantismo y neoconstitucionalismo

ADRIÁN RENTERÍA DÍAZ

DERECHO CONSTITUCIONAL

Marzo de 2011

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2011, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, tels. 5622 7463 y 64 exts. 703 o 704, fax 5665 3442.

www.juridicas.unam.mx

15 pesos

DR © 2011.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

CONTENIDO

I. Premisa general	1
II. Los derechos antes del garantismo	2
III. La idea de garantismo	5
IV. Garantismo penal y garantismo de los derechos: las garantías	7
V. El neoconstitucionalismo	12
VI. Las garantías en el neoconstitucionalismo	17

I. PREMISA GENERAL

Tanto se ha difundido el término ‘garantismo’ en los últimos años en la literatura de la filosofía del derecho y de la filosofía política, al menos en el ámbito hispanoamericano, que corre casi el riesgo de convertirse en un lugar común, en una de esas ideas que a fuerza de usarse, en ocasiones con bastante “desenvoltura” y en condiciones muy heterogéneas¹, casi consuman su contenido semántico, terminando por transmitir significados diferentes y hasta opuestos o bien no transmitiendo ninguno. Así, frente a caracterizaciones que ponen el acento en su dimensión general, relativa a los derechos fundamentales y sus garantías en el Estado constitucional de Derecho, encontramos otras que del garantismo circunscriben su significado como técnica de protección de las personas en el ámbito del Derecho penal mediante la ejecución, entre otras cosas, del principio de estricta legalidad. Pasando por otras más, también de carácter general, donde se sostiene que el garantismo “establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas”². Es evidente, me parece, que si no frente a áreas de significado contrapuestos, quizá sería excesivo sostenerlo, sí se puede afirmar que existe una galaxia de nociones diferentes de garantismo que a partir de un núcleo de significado más o menos común, en el sentido originario de proteger y tutelar, se mueven dentro de espacios conceptuales no coincidentes el uno con el otro. En efecto, hablar del garantismo en relación al principio de estricta legalidad en el Derecho penal supone una visión más restringida, conceptualmente, del paradigma garantista con respecto a la esfera más amplia de los derechos fundamentales de las personas; y aún más amplia, en cuanto que incluye las dos anteriores, es la idea de garantismo como la puesta en acto de estrategias para tutelar a las personas frente a los posibles excesos del poder público y a las agresiones por parte de otras personas³.

En mi opinión, moverse con agilidad y destreza en este espectro de significados es menos fácil de cuanto se tiende a pensar, no tanto, principalmente, para quién utiliza el término que nos ocupa sino más bien para quiénes son los destinatarios de discursos en los que aparece. Mi obje-

Una versión anterior de este trabajo fue presentado en el Taller Consolider de Teoría del Derecho del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid (25 febrero 2010). Roberto Marino Jiménez Cano ha leído el texto y me ha hecho algunas observaciones acerca de algunos italianismos. Le quedo muy agradecido por ello, sin que esto signifique que los posibles errores se le puedan atribuir a él.

El autor es profesor Titular de Filosofía del derecho y de Teoría general del derecho. Facoltà di Giurisprudenza – Università degli studi dell’Insubria (Como, Italia).

¹ Un ejemplo de un uso desenvuelto, y tendencioso, de la idea del garantismo lo notamos hoy en Italia cuando para justificar reformas que tienen que ver con la libertad de prensa, cuando en los medios de comunicación se hacen públicas noticias acerca de personas sujetas a indagaciones policiales, se sostiene que la limitación de las escuchas telefónicas, y de su difusión en los medios de comunicación obedece a los principios garantistas y a los de protección de la privacidad de los individuos, y no, como por otra parte es evidente, a meros intereses y cálculos personales.

² M. Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, a cargo de M. Carbonell P. Salazar, Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Madrid, 2005, pp. 21-39.

³ Las dos primeras constituyen, podríamos decir, dos teorías particulares del garantismo, mientras la tercera es una teoría general del garantismo. Véase sobre esta última: M. Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, cit., quien afirma que se trata de la unión de una tesis metodológica, de un análisis meta-jurídico y jurídico, y de una doctrina de filosofía política (p. 22).

tivo en un contexto de este tipo, luego, es tratar de establecer algunas coordenadas teóricas, necesarias a mi juicio, para orientarse en la problemática que el garantismo afronta con instrumentos conceptuales claros. No es, desde luego, un objetivo novedoso, pero creo sin embargo que de cualquier manera posee una adecuada dignidad teórica, al menos por la importancia de los temas y los problemas que están detrás del garantismo en sus relaciones con la estructura que hoy en día han asumido nuestras cartas constitucionales, después de la Segunda guerra mundial. El camino que seguiré es el siguiente. Primeramente, trataré de reconstruir, a partir de algunas consideraciones de carácter histórico, un concepto de garantismo articulado en las tres vertientes que ya han sido brevemente enunciadas. Después de ello, haré algunas referencias, necesariamente un tanto esquemáticas, al neoconstitucionalismo como movimiento teórico dentro del cual se inserta el garantismo en su determinación más consolidada. Y, finalmente, aportaré algunos argumentos en favor de la idea de que es precisamente en el momento histórico que ha dado lugar al movimiento teórico conocido como neoconstitucionalismo donde se articulan y confluyen en un conjunto armónico las tres ideas de garantismo ya mencionadas, y donde, además, se puede cabalmente comprender el papel del garantismo, en términos generales, como una estrategia, teórica pero también normativa, para tutelar los derechos de las personas.

II. LOS DERECHOS ANTES DEL GARANTISMO

El verbo ‘garantizar’, como es fácil notar, en el lenguaje cotidiano denota un tipo de acciones que se pueden declinar en varias maneras, todas ellas relacionadas entre sí: afirmar, sostener, proteger, tutelar⁴. En su tránsito del lenguaje cotidiano al lenguaje del Derecho, que no es más sólo un lenguaje de este tipo⁵, el verbo ‘garantizar’ conserva una parte importante de su sentido original, si bien, naturalmente adquiere una mayor precisión, como por otra parte sucede, o debería suceder, con todos los términos del lenguaje jurídico. Con el vocablo ‘garantismo’, entonces, se suele indicar una esfera de las acciones humanas que merecen (o que tienen de hecho) una tutela jurídica, una protección mediante normas jurídicas. De alguna manera, del garantismo es posible rastrear sus raíces en la filosofía racionalista del movimiento ilustrado que se desarrolla en Europa a partir del siglo XVIII, y más atrás aun en el contractualismo del siglo XVII como teoría del nacimiento del Estado moderno. El contractualismo hobbesiano que encuentra su expresión más acabada en el *Leviatán* y en el *De cive*, si se le considera fuera de los esquemas más comunes, es decir en su teoría del absolutismo político, en efecto posee algunos elementos, por ejemplo su raíz iusnaturalista⁶, que evidencian cómo a pesar de todo la construcción artificial que es el Estado, a la cual acceden los hombres mediante el contrato social, por ello mismo obedece a intereses que no se dejan del todo en manos del Estado sino que permanecen en la esfera de las personas. El derecho a la vida, dice Hobbes, denota una instancia del interés de las personas, las cuales están autorizadas, por las condiciones del contrato social, a rebelarse contra el Estado

⁴ Cfr. M. Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, cit.

⁵ Sino, al contrario, es un lenguaje parcialmente técnico, es decir una vía a mitad entre el lenguaje cotidiano y el lenguaje formalizado de algunas ciencias. M. JORI lo llama ‘lenguaje administrado’: Cfr. “Semiotica giuridica”, en M. Jori – A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, 2a. ed., Turín, 1995, pp. 305-348, especialmente 332-339.

⁶ Cfr. T. Hobbes, *Leviathan, or the matter, form and power of the commonwealth laws of England* (1651). Trad. it. *Leviatano*, (a cargo de T. Magri), Riuniti, Roma, 1976, p.181.

cuando éste no se los garantice⁷. Primero en Hobbes, quien abandona toda forma de justificación teológica del Estado, al contrario de Jean Bodin, pero también después en Locke y en toda la tradición contractualista, se coloca entonces en el centro de la esfera de la política una situación de ventaja de las personas que no es posible conculcar, so pena de venir a menos las condiciones que permiten la existencia del mismo Estado.

El largo recorrido que tiene inicio con la perspectiva que no ve más al hombre como un animal social por naturaleza, según la idea que se suele atribuir a Aristóteles, sino como un individuo que vive en sociedad porque considera que tal estructura le garantiza de mejor manera su propia existencia, llega a una suerte de conclusión ideal cuando el Estado, como institución política, asume la forma de, y se consolida como, un Estado de Derecho, por allá en la segunda mitad del siglo XIX. Es entonces, sin lugar a dudas, cuando la larga serie de reivindicaciones de los individuos, comenzando por el derecho a la vida, encuentra su expresión político-jurídica e institucional más acabada, en la cual el imperio de la ley, y por consiguiente del poder legislativo, encarnan la idea máxima de evolución jurídica, capaz de garantizar los derechos de las personas y, por consiguiente, también la paz social con todos sus efectos benéficos sobre el cuerpo social. El derecho a la vida en todas sus expresiones, a la propiedad, a la libertad religiosa, a la representación política, constituyen formas jurídicas de protección de una esfera de las personas que a partir del nacimiento del Estado moderno pueden verse como el resultado de un lento pero constante proceso mediante el cual el naciente individualismo pone frenos al inicial absolutismo estatal.

Sin embargo, como es sabido, si por un lado el Estado legislativo (o liberal) de Derecho – de esto estamos hablando- constituye históricamente un punto de llegada fundamental en la reivindicación de derechos por parte de los individuos, por otra parte, paradójicamente, el momento de su consolidación coincide con la conjunción de los elementos que le decretarán su caída. Y su caída se comienza a preparar precisamente cuando asistimos a un ulterior cambio de paradigma en lo que respecta a la idea de individuo como actor en la esfera política. La idea de individuo en el Estado legislativo de Derecho es la representación sustancial de un equilibrio perfecto entre los principales actores políticos en la sociedad democrática de fines del siglo XIX, o sea la de un individuo que tanto si es el representante de la voluntad popular cuanto si es el representado (quien elige el primero) tiene exactamente los mismos intereses. En el Estado legislativo de Derecho, cuyas expresiones jurídico-institucionales son las Constituciones flexibles de ese período, representantes y representados constituyen, en efecto, una voluntad común, en cuanto –es evidente- los derechos políticos están reservados a un cierto tipo de individuo: hombre, alfabetizado, con una renta suficiente para colaborar con el funcionamiento estatal. De suerte tal, dadas estas condiciones, que, *a fortiori*, el representante, quien debe tomar las decisiones jurídicas vinculantes para toda la colectividad social, no puede decidir contra sus propios intereses, pues éstos coinciden exactamente con los intereses de quienes lo han elegido.

Es por eso⁸ que el período histórico caracterizado por esta sustancial coincidencia, la cual por otra parte determina que la posibilidad de ejercitar alguna forma de control sobre la actividad del legislador no fuera ni siquiera imaginada, genera, en el terreno jurídico-político, la consolidación de una importante fase de la vida humana y de la formación de los derechos, y, en el terreno

⁷ Cfr. *Leviatano*, cit., pp. 154, 209-20. Y también *Elementha Philosophica De Cive* (1642). Uso la trad. it. a cargo de T. Magri, *De Cive*, Riuniti, 2a. ed., Roma, 1981, pp. 131-132, 154, 209-210.

⁸ Naturalmente junto con otras causas, como la revolución industrial, la fé en el progreso, etc.

histórico-cultural, después de las guerras europeas de los primeros años de la segunda mitad del siglo XIX, una fase de relativa estabilidad, de tranquilidad, de paz. Tranquilidad y paz que sin embargo, en el mismo tiempo en que se consolidan, por las mismas razones están destinadas a terminar, como se decía antes, en virtud de la nueva idea de individuo como actor en la arena política. En efecto, las reivindicaciones de representación política así como del reconocimiento como sujetos dotados de todos los derechos, incluidos los políticos que hasta entonces excluían a una buena parte de la población del mundo, se hacen cada vez más fuertes, en razón de cambios profundos que atraviesan el tejido social, y que de ahí a pocos años habrán de transformar completamente las reglas de la vida organizada en sociedad⁹. Los cambios de que hablo son bien conocidos, y tienen como punto de partida los efectos, quizá no deseados, de la Revolución Industrial, la alfabetización, la concentración de la población en las ciudades, lo que tiene como resultado final la toma de conciencia de la exclusión a la que son sometidos los individuos en cuanto a una parte consistente de sus derechos: los hombres analfabetos o con un ingreso exiguo o nulo y, sobre todo, las mujeres.

No se trata, no se trata aún al menos, de la rebelión de las masas a la que se refiere Ortega identificando en ella un riesgo para la sociedad, sino de una irrupción en la arena pública de los grupos humanos hasta entonces excluidos del goce de algunos derechos que eran patrimonio exclusivo sólo de una parte de la sociedad. La larga –y sangrienta- lucha que conducirá a la extensión de todos los derechos (de libertad, civiles, políticos, sociales) tiene inicio, en suma, precisamente cuando parece haberse alcanzado un momento de relativa calma histórica, un primer fin de la historia podríamos decir usando críticamente la expresión de Fukuyama¹⁰. Las reivindicaciones decimonónicas por los derechos civiles, a las que se suman las revoluciones sociales de los primeros años del siglo XX no son otra cosa que manifestaciones de la lucha que tiene como fin el reconocimiento de la igualdad de las personas, por un lado, y de sus diferencias -de género, de clase-, por el otro, para que a todos, y a todas, se les aseguren las mejores condiciones de participación en la esfera pública. Todo ello sufre, en Europa, una decidida aceleración con, primero, la atribución del sufragio a los individuos de sexo masculino sin distinción alguna en cuanto a la clase social o a la instrucción, pues, como es fácil notar, de esa manera el equilibrio entre representados y representantes se derrumba; y, después, con las revoluciones antiburguesas (la mexicana de 1910, la soviética de 1917) las cuales son el corolario que se perfila con terror, naturalmente para las clases privilegiadas hasta entonces, por su fuerte carga social, que va más allá del mero reconocimiento de los derechos políticos.

El período de entreguerras del siglo pasado constituye luego el terreno de cultivo en el que se gestan y se manifiestan con mayor fuerza las reivindicaciones de las personas, y la resistencia a ellas que habrán de encontrar su máxima fuerza expresiva –y expansiva- no menos que dramática en la Segunda guerra mundial, en la lucha de las fuerzas del Eje contra las democracias y el socialismo. La sangre vertida en los campos y en las ciudades europeas, cuya huella vemos claramente en la memoria histórica de Lisboa a Moscú de Londres a Atenas, es el factor decisivo para que sobre las cenizas de la guerra tome cuerpo y se desarrolle una nueva idea de arreglo social, una nueva concepción de las estructuras institucionales. En efecto, si el aparato institucional

⁹ Luigi Ferrajoli da buena cuenta de esta fase de la historia humana, en lo que hace a las reivindicaciones que luego se convierten en derechos reconocidos jurídicamente, en “El principio de igualdad y la diferencia de género” de próxima publicación en un volumen coordinado por Rodolfo Vázquez.

¹⁰ Cfr. F. Fukuyama, “The End of History”, en «The National Interest», 1989, republicado, ampliado, en 1992 como *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York, 1992.

de las Constituciones del Estado legislativo de Derecho, que se extienden hasta la conclusión de la Segunda guerra, constituye una expresión de arquitecturas político-institucionales que reflejan los arreglos típicos del siglo XX, es decir la omnipotencia del poder legislativo y el consiguiente carácter flexible de las Constituciones, las nuevas Constituciones, en primer lugar la italiana y la alemana, son la señal fuerte de un giro radical en cuanto a la concepción de arreglos institucionales capaces de evitar cuanto había sucedido paradigmáticamente con la Constitución de Weimar y el Estatuto Albertino italiano. Como se sabe la transformación radical que sufren tales cartas constitucionales, por medio de decisiones jurídicamente inobjetables por parte de los representantes legitimados para ello, en un régimen caracterizado por la igualdad jerárquica entre la ley y la Constitución, ocupa un espacio importante entre las causas del segundo conflicto mundial. Y es frente a ello, al carácter flexible de las Constituciones, que se opone firmemente la nueva idea de carta fundamental, con la institución de una neta distinción, no solo teórica sino práctica, entre las decisiones a cargo del poder legislativo –o las de cualquier poder público que emita medidas equiparables a la ley- y las normas establecidas en la Constitución. Tiene origen, así el constitucionalismo rígido, cuyos corolarios son, por un lado, la substracción de determinados espacios a la deliberación política –las estructuras fundamentales del Estado y los derechos de las personas en primer plano- y, por el otro, la creación de un control jurisdiccional de la ley a cargo de un órgano especializado (Corte constitucional, Tribunal constitucional, Corte suprema).

Esta rápida, y esquemática, reconstrucción de la historia europea desde el surgimiento de los Estados nacionales hasta las Constituciones de la posguerra, nos pone entonces en las condiciones de ubicar la esfera de los derechos de las personas en una perspectiva que evidencia su evolución histórico-jurídica, así como, y esto cobrará importancia enseguida, para reconocer el papel que juegan en las batallas ideológicas y políticas mediante las cuales los excluidos logran ser incluidos como actores y sujetos de la política. Asimismo, la reconstrucción nos permite además reconducir el tema de los derechos de las personas a una visión amplia en la que el tema del garantismo asume un papel de fundamental importancia.

III. LA IDEA DE GARANTISMO

Si estamos de acuerdo en que el garantismo, en una acepción muy lata, tiene que ver con procedimientos y estrategias jurídico-institucionales que tienen como resultado la previsión normativa de la protección y la tutela de los individuos en cuanto actores sociales, no es arriesgado afirmar que la temática relacionada con tal término, tal y como la podemos encontrar en la literatura jurídico-política actual¹¹, debe su consolidación a las reflexiones que Luigi Ferrajoli ha venido elaborando desde hace algunos años¹², y que han encontrado su completa articulación en *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*¹³. El significado, muy amplio, de garantismo como tutela y protección de las libertades del individuo contra toda forma de ejercicio arbi-

¹¹ Al menos en la literatura de lengua española y portuguesa. No es posible, por supuesto, dar cuenta aquí de la vasta producción en estas lenguas de los últimos 20 años.

¹² Sólo como muestra de sus trabajos más relevantes en este sentido “El derecho como sistema de garantías”, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, etc. etc.

¹³ Laterza, Roma-Bari, 2007. (La traducción al castellano es inminente en la editorial Trotta de Madrid. Sobre esta obra de Ferrajoli véase T. Mazzarese (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre Principia iuris de Luigi Ferrajoli*, en *Doxa*, 2008, 31.

trario del poder¹⁴, si tiene un significado relativamente claro, en el desarrollo de las instituciones políticas desde el nacimiento del Estado hasta los primeros decenios del siglo XX, al contrario, en las Constituciones de la segunda posguerra ha venido asumiendo aquí y allá diferentes acepciones. Ferrajoli, por ejemplo, ya en *Derecho y razón* enunciaba su propósito fundamental de contribuir a la reflexión acerca de la crisis de legitimidad de los sistemas penales actuales en relación a sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos¹⁵. Y evidenciaba además su finalidad principal, en ese importantísimo volumen, de revisar los elementos teóricos del modelo garantista de legalidad así como nos ha sido heredado por la tradición ilustrada, alrededor de la reflexión sobre los tres fundamentos del Derecho penal. En el prólogo a la edición en español el mismo Ferrajoli daba cuenta además del contenido de tal volumen como una “propuesta de un derecho penal mínimo y una refundación garantista de la jurisdicción penal” y como una “contribución a la reflexión sobre las alternativas democráticas a esta crisis que sacude al mismo tiempo a la razón jurídica y al estado de derecho”¹⁶.

Lo anterior constituye una buena razón para sostener que el garantismo en su acepción más amplia, es decir considerado como una teoría general del garantismo, tiene su punto de partida en el garantismo específicamente penal, a partir de los vínculos y garantías que el pensamiento ilustrado imaginaba como instrumentos de tutela contra la arbitrariedad punitiva del poder estatal, y que se desarrolla actualmente mediante la revisión (y la propuesta) ferrajoliana que pone en evidencia la debilidad de tal esquema en cuanto epistemológicamente inaceptable y jurídicamente impracticable¹⁷. Esta impresión, de que el garantismo nace como garantismo penal, está corroborada además por las palabras del mismo Ferrajoli, cuando en el desarrollo de su teoría general del garantismo, afirma que “la orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de ‘garantismo’ nació en el campo penal como una respuesta a la divergencia entre la normatividad de las normas constitucionales de un ordenamiento y la falta de efectividad de las normas jerárquicamente inferiores”¹⁸. En efecto, los tres significados de garantismo (como modelo de Derecho, como teoría del Derecho y como filosofía política) que Ferrajoli distingue¹⁹ tienen en primera instancia una connotación exquisitamente penalista²⁰, si bien, como él mismo agrega, poseen también un “alcance teórico y filosófico general” porque los elementos que denotan²¹ caracterizan no sólo el Derecho penal sino todo el ordenamiento jurídico. De manera tal que no sólo en el Derecho penal sino en todos los ámbitos en los que entran en juego la tutela de derechos y libertades de las personas, es posible reflexionar acerca de instrumentos y técnicas de garantía.

¹⁴ Así N. Bobbio, “Prefazione” a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. VII. (“Prólogo”, p. 13 de la traducción castellana, de P. Andrés. Ibáñez y otros, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, varias ediciones.)

¹⁵ Cfr. *Derecho y razón*, cit., p. 21.

¹⁶ *Ibid*, p. 10.

¹⁷ *Ibid*, p. 23.

¹⁸ *Ibid*, p. 851.

¹⁹ *Ibid*, pp. 851 y ss.

²⁰ *Ibid*, p. 894

²¹ El carácter vinculado del poder público en el Estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes (p. 854)

En *Principia iuris*²², casi 20 años después de *Derecho y razón*, Ferrajoli agrega algunas líneas acerca del significado del garantismo que son sumamente importantes por su claridad. En primer lugar él subraya el carácter originario de tal término en algunas instituciones del derecho privado romano, donde aun faltando el concepto y el léxico ligados a la palabra ‘garantía’ eran conocidas casi todas las fórmulas negociales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones²³. En segundo lugar nota el hecho de que ‘garantía’ es una palabra con orígenes en el alemán antiguo (*waren, waeren*)²⁴ de la cual deriva el término italiano ‘*guarentigia*’ entendido como garantía asegurada por ley. Por último, evidencia que ‘garantía’ en la teoría de las obligaciones es el resultado de la obra de la pandectística alemana del siglo XIX. Ferrajoli, correctamente, sin embargo, subraya que la ampliación del significado de ‘garantía’ más allá del Derecho privado, que conduce al neologismo ‘garantismo’, es muy reciente, y se debe sobre todo a la cultura jurídica italiana de los años sesenta y setenta del siglo pasado²⁵, en la cual la reflexión acerca del Derecho penal nace como una respuesta a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que en esos años había ulteriormente minado el ya débil sistema de garantías del justo proceso²⁶. En efecto, aunque De Ruggiero²⁷ ya en 1925 usa el término ‘garantismo’ insertándolo en el cuadro teórico liberal para denotar una concepción de las garantías de la libertad como respuesta tanto a las formulaciones abstractas de ésta como a sus enunciaciones formales e ineficaces que se asocian a su existencia ideológica²⁸, es sólo a principios de la segunda mitad del siglo pasado, en Italia y por obra de Ferrajoli, que tal término inicia a tomar forma en una idea menos abstracta y genérica, primero en el Derecho penal y sucesivamente en todas las ramas del Derecho en las que se dan situaciones de expectativas jurídicas por parte de los individuos.

IV. GARANTISMO PENAL Y GARANTISMO DE LOS DERECHOS: LAS GARANTÍAS

Me parece, de lo que se ha venido examinando hasta aquí, que en el garantismo podemos identificar dos significados fundamentales, que tienen en común, obviamente, la carga semántica relativa a la tutela y a la protección de los derechos y las libertades de las personas, pero que se diferencian en cuanto a los ámbitos específicos en los que cada uno de ellos encuentra su terreno de aplicación y genera su consiguiente debate teórico. Por un lado, con toda evidencia, el primer, y más intuitivo, significado de garantismo es el que encuentra en el Derecho penal su terreno originario, y que se refiere a un modelo de Derecho penal caracterizado por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad mediante los cuales se tutela la libertad de las personas contra la posible arbitrariedad del poder público. Podríamos referirnos a este tipo de garantismo, sin incurrir en excesos analíticos, con la fórmula de *garantismo penal ferrajoliano*. Por otro lado, el segundo significado de garantismo es aquel que del primero constituye su corolario

²² Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit.

²³ *Principia iuris. Vol I. Teoria del diritto*, p. 194, nota 6.

²⁴ Idem. Cfr. también M. Fragali, “Garanzia. Premessa”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 446 y ss.

²⁵ Cfr. *Principia iuris. Vol I. Teoria del diritto*, cit., p. 195.

²⁶ Idem.

²⁷ Cfr. G. de Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Bari, 1925. Cita De Ruggiero también P. Andrés Ibañez en M. Carbonell – P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 59-75

²⁸ Cfr. P. Andrés Ibañez, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, cit. Sobre ésto véase también L. Ferrajoli, *Principia iuris, Principia iuris. Vol I. Teoria del diritto*, cit., p. 214, nota 8.

obligado, que concierne siempre a una específica tutela o protección, y que encuentra su terreno específico en el más amplio ámbito de los derechos de las personas, entendido en su acepción más lata. En este sentido, este segundo significado se conecta claramente con la célebre afirmación de Norberto Bobbio, según la cual el problema actual de los derechos humanos no es tanto encontrarles un fundamento como, por el contrario garantizarlos: el problema de los derechos es no tanto filosófico cuanto político²⁹. Podríamos referirnos a este segundo tipo de garantismo como el *garantismo bobbiano de los derechos*.

El criterio mediante el cual se generan estas dos ideas del garantismo es pues solamente el ámbito al cual se refieren: uno más circunscrito, el del garantismo penal, y otro más amplio, el del garantismo de los derechos. Es útil tener en cuenta esta observación porque de otra manera se podría caer en algunas confusiones conceptuales, ya que, como es sabido, para Ferrajoli el garantismo se puede entender en tres sentidos: como modelo de Derecho identificado en el Estado constitucional de Derecho, como teoría jurídica de la validez en cuanto categoría distinta de la de vigor y como filosofía de la política que fundamenta el Estado y las instituciones políticas en una concepción heteropoiética, como “instrumentos finalizados a la tutela de los derechos estipulados en el pacto constitucional y no más como fines o valores en si mismos”³⁰. La confusión, en efecto, se evita si consideramos que las tres acepciones en las que Ferrajoli entiende el garantismo se fundan en un criterio que aunque es diferente no es absolutamente incompatible con el que aquí se ha utilizado para evidenciar solamente dos de ellas. Ferrajoli, en *Principia iuris* pero sobre todo en *Derecho y razón*, en realidad utiliza un criterio que se puede reconducir a su caracterización del garantismo penal. Prueba de ello es que las tres acepciones de garantismo son diversas pero “relacionadas entre sí” y “corresponden a otros tantos temas tratados en las tres primeras partes de este libro [*Derecho y razón*]”³¹: y las tres primeras partes de *Derecho y razón*, confir-

²⁹ Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, p. 16 (hay trad. cast. de R. De Asis Roig, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991). Naturalmente, hay una infinidad de posiciones críticas acerca de esta afirmación de Bobbio. Paradigmática, porque resume buena parte de las razones que se utilizan para afirmar que es insostenible, es la opinión de Atienza, para quien no habría que tomar del todo en serio el *dictum* bobbiano pues «el problema de la fundamentación de los derechos humanos parece un problema inesquivable, entre otras cosas porque influye en la cuestión del concepto y también en el de la protección de los derechos». Cfr. M. Atienza, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en L. Ferrajoli–J.J. Moreso – M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 133-165, pp. 159-60.

³⁰ Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Vol I. Teoría del diritto*, cit., p. 214, nota 8. Ferrajoli se refiere a lo que ha expresado en *Derecho y razón*, cit., Cap. 13, pp. 851 y ss. Al respecto véase también la reconstrucción de M. Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en M. Carbonell – P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 21-39. Ferrajoli parafrasea aquí a Luhmann, quien usa el vocablo ‘autopoiesis’ para designar el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, estableciendo una distinción entre las filosofías políticas que fundan los sistemas políticos en si mismos, como bienes y/o valores intrínsecos, a las que llama *doctrinas auto-poyéticas*, y las que los fundan, por el contrario, en la consideración del Estado ya no como un fin sino como un medio que se legitima solamente si tutela y garantiza los derechos fundamentales de los individuos (Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 880-881). De N. Luhmann véase al menos *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984), trad. cast. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Anthropos, Barcelona, 1998. Id., *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, New York, 1990. ‘Autopoiesis’ es un neologismo creado por los neurobiólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco J. Varela en los años 70as. Cfr. *Autopoiesis and cognition; the organization of the living*. Boston: Reidel, 1980. Tal obra, escrita en inglés, fué publicada primero en español (*De máquinas y seres vivos. Una teoría sobre la organización biológica*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1973), véase además *El árbol del conocimiento*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1984. Prefiero la expresión ‘heteropoiética’ a la que usa el traductor español en *Derecho y razón*, pues considero que de ese modo conserva mejor sus lazos con el contexto donde se genera la palabra de la que deriva.

³¹ Cfr. *Derecho y razón*, cit., p. 891.

mando que los tres significados se colocan dentro del garantismo penal, se intitulan, respectivamente: a) Epistemología. Las razones *en el* derecho penal; b) Axiología. Las razones *del* derecho penal; c) Teoría. Las razones *de* derecho penal. De modo que los tres sentidos del garantismo de los que habla Ferrajoli en *Derecho y razón* son tres modos de considerar el garantismo penal, si bien estos sentidos pueden también valer, como el mismo Ferrajoli, afirma explícitamente, para todos los sectores del ordenamiento jurídico³², dando así lugar, en lo que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, a la segunda idea del garantismo según lo que he dicho antes, y que he atribuido, mas sólo por comodidad explicativa y para tratar de hacer más claro el discurso, a las reflexiones de Norberto Bobbio sobre los derechos y sus tentativas de justificación.

Si consideramos lo anterior estamos en condiciones, en consecuencia, de no confundir los dos planos en los que se generan los dos grupos de significados del garantismo, evitando de esa manera colocarlos conceptualmente en posiciones contrapuestas. Y, además, con ello estamos, me parece, también en mejores condiciones para comprender tanto el garantismo penal ferrajoliano como el garantismo de los derechos bobbiano, y, aún más, para reestablecer las coordenadas teóricas e históricas en las que ambos nacen, a partir de un tronco que les es común, y se desarrollan en la medida en que aumentan los espacios de reivindicación de derechos por parte de los individuos.

En el Estado liberal de Derecho de matriz decimonónica el único límite que se concebía para las instituciones públicas consistía en la prohibición de atentar contra la vida, la libertad y la propiedad: los derechos de las personas consistían principalmente, para decirlo con el léxico ferrajoliano, en expectativas negativas o sea en expectativas de no sufrir lesiones³³. En otras palabras el ámbito de protección de los individuos, al cual habían accedido en virtud de sus luchas y reivindicaciones, es el terreno del derecho penal: en ello, es claro, una parte fundamental la había jugado la tradición ilustrada y liberal, de Locke a Beccaria, Carrara, Kant, Rousseau y Montesquieu, la cual en virtud de las corrientes de pensamiento que contribuyen a su formación – iusnaturalismo, contractualismo, racionalismo y empirismo, iuspositivismo, teorías de la separación de poderes y supremacía de la ley, utilitarismo jurídico y de la pena- propone un modelo de impartición de justicia de matriz claramente garantista³⁴. Lo que desea hacer Ferrajoli, y lo logra perfectamente –tanto en *Derecho y razón*³⁵ como, en modo más articulado, en *Principia iuris*³⁶-, es aportar mejoras al modelo clásico garantista, el de la tradición iluminista y liberal, con la finalidad de comprender mejor su funcionamiento y, de consecuencia, proponer medidas para hacer que se elimine la brecha entre su deber ser, en cuanto, precisamente, modelo ideal, y su ser efec-

³² *Ibid*, p. 854

³³ Cfr. “Derechos fundamentales” (1998), en L. Ferrajoli (edición y traducción de A. De Cabo y G. Pisarello, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 19-56,

³⁴ Como hace notar Ferrajoli, estas corrientes de pensamiento, que no son necesariamente heterogéneas entre sí, terminan por no ser completamente liberales: un ejemplo es el iuspositivismo como concepción del derecho, que si por un lado es funcional para fundar el principio de estricta legalidad, «por el otro también permite modelos penales absolutistas caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano, al igual que es en todo caso por completo neutral respecto de todas las demás garantías penales y procesales». Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., Cap. I, p. 33. Un ejemplo más claro aun de los resultados contrapuestos lo ofrecen las corrientes de pensamiento contractualistas «que han servido de base por igual a la teoría hobbesiana del estado absoluto, a la lockeana de los derechos naturales y del estado de derecho, a la fichteana del estado pedagogo y a la rousseauiana de la democracia directa». *Ibid*, pp. 33-34.

³⁵ Cit., pp. 23-25 y Segunda Parte, Cap. IV.

³⁶ Cit., Cap. 10.

tivo. Y lo logra, en mi parecer, mediante la feliz intuición de la idea de garantía, primaria y secundaria, concepto que “no pertenece al léxico corriente de la teoría general del derecho”³⁷. Como es sabido, con las categorías ‘garantía primaria’ y ‘garantía secundaria’ Ferrajoli alude, respectivamente, a la previsión normativa de una obligación o una prohibición (la prohibición, supongamos, de causar la muerte de una persona), y a la previsión, también normativa, de una sanción que se debe actuar en relación a quien no haya respetado la primera previsión.

La idea ferrajoliana de garantía deriva, y de ahí su gran novedad, de la atención que él concede a un punto verdaderamente fundamental en la teoría del derecho, o sea la divergencia entre su deber ser, su dimensión normativa, y su ser efectivo, su dimensión fenomenológica, es decir el concreto comportamiento de los destinatarios del Derecho³⁸. Esta divergencia que en *Derecho y razón* parece completamente ligada, en un primer momento, sólo al derecho penal, se debe –afirma Ferrajoli– a tres características que ha venido poco a poco asumiendo, y de las que la tercera está destinada a ser objeto de una atención más detallada por ser de carácter general, es decir relativa a todo fenómeno jurídico. La *primera* característica consiste en la evidente tendencia a introducir en el derecho penal, sustantivo y procesal, técnicas e instituciones “que desmienten más o menos radicalmente los principios constitucionales: como la formulación en términos vagos e indeterminados de las figuras de delito, la previsión de delitos de sospecha, la prisión provisional, los diversos ataques al contradictorio y a la presunción de inocencia y otros múltiples mecanismos inquisitivos”³⁹. La *segunda* es aquella que ha desarrollado, al menos en Italia, “junto al derecho penal y procesal ordinario destinado a la jurisdicción, (...) un verdadero y propio derecho penal y procesal especial y administrativo, de competencia en parte de la magistratura y en mayor medida de la policía: me refiero [es Ferrajoli quien habla] al amplio abanico de las sanciones *ante, extra o ultra delictum* y *ante, extra o ultra iudicium* compuesto, además de por la prisión provisional, por las medidas de seguridad, las medidas de prevención y de orden público y por los numerosos poderes instructorios y de limitación cautelar de la libertad personal atribuidos en vía subsidiaria a la policía judicial”⁴⁰. La *tercera* característica, finalmente, se refiere a lo que es habitual en el Derecho, y por tanto fisiológico, o sea la distancia entre “las leyes y sus aplicaciones: las prácticas, judiciales y sobre todo policiales, están siempre un escalón por debajo de las leyes, aunque sólo sea porque éstas reflejan modelos de “deber ser” mientras aquéllas están sujetas además a imperativos de eficiencia contingentes que inevitablemente chocan con los primeros, percibidos a menudo como embarazosos obstáculos antifuncionales”⁴¹.

Estas tres características, dan cuenta, según Ferrajoli, de la “distancia” que existe, dentro de un subsistema jurídico, el penal, entre su previsión normativa, que está declinada constitucionalmente en términos garantistas y liberales, y su práctica efectiva, la cual puede sin duda asumir

³⁷ Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Vol I. Teoría del diritto*, cit., 668.

³⁸ Me doy cuenta, naturalmente, que la teoría del derecho por largo tiempo, y quizá aun hoy en día, se considera por muchos estudiosos como una disciplina formal y estructural, cuya tarea exclusiva es dilucidar las categorías conceptuales del derecho como fenómeno general, dejando de lado sus caracteres concretos, las conductas específicas de sus destinatarios o bien su función. El mismo Norberto Bobbio, que en 1977, con *Dalla struttura alla funzione* (Comunità, Milán) elabora algunas observaciones que tienden a superar estos límites, debe constatar que el terreno en la comunidad iusfilosófica no es absolutamente receptivo para estas tesis menos formales. De este libro existe una reimpresión (Laterza, Roma-Bari, 2007, con un Prefacio de M. G. Losano).

³⁹ *Derecho y razón*, cit., p. 25.

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 25-26.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 26.

connotaciones muy diferentes⁴². Hay que subrayar, sin embargo, que mientras que las dos primeras características constituyen claramente aspectos exclusivos del derecho penal⁴³, en la tercera en cambio es posible identificar aspectos tales que el desarrollo sucesivo de todas sus implicaciones teóricas le llevan a superar los límites de la esfera del derecho penal, para llegar a ampliar sus reflexiones hasta el terreno general de todos los derechos fundamentales, su protección y su garantía. No quiero decir absolutamente, claro, que en *Derecho y razón* no se encuentren ya huellas de este desarrollo del pensamiento ferrajoliano⁴⁴. Más bien, me parece, estas intuiciones encuentran una formulación teórica, pero también normativa, más completa y articulada en trabajos sucesivos, quizá a partir de trabajos como “El derecho como sistema de garantías⁴⁵” y “Derechos fundamentales”⁴⁶, en un proceso que se puede considerar concluido con *Principia iuris*, donde, no es casual, a la teoría del derecho Ferrajoli hace seguir una teoría de la democracia entendida como la dimensión política de carácter sustancial en la que los derechos fundamentales encuentran su máxima protección aún contra el parecer de las mayorías políticas. En efecto, la tercera dirección que se señalaba antes se funda ya no solamente en aspectos iuspenalísticos sino que se extiende a toda la teoría del derecho, ya que en última instancia el punto de partida para formular una idea clara de garantía (primaria y secundaria) se “ancla” en la consideración de los desniveles entre una norma y otra en un sistema jerárquico y nomodinámico como lo es el Derecho: lo que genera, Ferrajoli lo sostiene en una infinidad de ocasiones, las antinomias, es decir el Derecho “ilegítimo”, o sea el Derecho que no debería existir, pero también las lagunas, el Derecho “legítimo” que debería existir pero que no existe.

Para llegar a estas consideraciones Ferrajoli, correctamente, señala el paso necesario que se debe hacer observando el Derecho ya no únicamente desde el punto de observación de su *deber ser*, de su normatividad, sino también desde la perspectiva de su *ser*, o sea de su efectividad. Esta necesidad, que ya Ferrajoli apuntaba años atrás⁴⁷ tematizándola también como un terreno teórico para superar un momento de crisis de la corriente analítica italiana de filosofía del derecho, constituye un aspecto relevante tanto de su teoría del derecho como de su teoría de la democracia⁴⁸. En efecto, la atención hacia el efectivo ser del Derecho conduce a Ferrajoli a examinar, con un rigor que habitualmente no se ve en otros estudiosos, la idea de efectividad de la norma jurídica, y a generar de esa manera la distinción entre efectividad primaria y efectividad secundaria (o bien inefectividad primaria e inefectividad secundaria), a partir de la diferenciación de dos destinatarios del Derecho. Una norma es efectiva, reduciendo el discurso de Ferrajoli a sus mínimos términos, cuando obtiene los resultados que quien la ha puesto en acto deseaba obtener: en otras palabras cuando obtiene el comportamiento deseado por parte de sus destinatarios, los par-

⁴² *Op. cit.*

⁴³ Derecho penal italiano sobre todo pero, y esto explica la gran difusión de *Derecho y razón*, que podemos encontrar en muchos de nuestros sistemas penales. Además, denotan, más que una divergencia entre el deber ser y el ser jurídicos, una deriva liberal.

⁴⁴ Véanse por ejemplo pp. 27-28 de *Derecho y razón*.

⁴⁵ En *Jueces para la democracia*, 1992, 2/3, pp. 61-69, trad. del it. de P. Andrés Ibáñez (publicado también en A. Rentería Díaz, (ed), *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*, Editorial Cajica, Puebla (Méx.), 2005, pp. 83-102. 1993. El original es *Il Diritto come sistema di garanzie, Ragion Pratica*, 1 pp. 143-162

⁴⁶ Cit. Publicado originalmente en *Teoría política*, 1998, 2, pp. 3-33.

⁴⁷ Cfr. L. Ferrajoli, “Filosofía analítica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica”, en L. Gianformaggio - M. Jori (a cargo de), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 354-372.

⁴⁸ A este aspecto de *Principia iuris* he dedicado algunas observaciones en el ensayo de próxima publicación “Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli”.

ticulares. Sin embargo, dado que entre el deber ser de la norma, la prescripción, y su ser, el comportamiento real de su destinatario, no existe un nexo causal, es probable, y posible, que el segundo no corresponda con el primero, o sea que la norma sea inefectiva. De tal inefectividad, primaria, sigue por lo general otra obligación jurídica, dirigida a los órganos estatales, de conminar una sanción a quienes no se han comportado como la norma jurídica establecía. Aquí se coloca, es claro, el ámbito de la efectividad (o inefectividad) secundaria, según que los órganos estatales (jurisdiccionales, administrativos) cumplan o no cumplan el deber ser que deriva de la inefectividad primaria⁴⁹.

Es fácil ver, me parece, en las observaciones anteriores, cómo la noción de ‘garantía’, primaria y secundaria, nace dentro de la reflexión ferrajoliana acerca del garantismo penal pero se expande, en virtud de su inclusión como concepto más general en la teoría del derecho, hasta comprender no sólo la esfera de los derechos e intereses propios del derecho penal sino todos los derechos de los individuos, de libertad, civiles, políticos, sociales. Y es en este sentido que se puede justificar la distinción entre un garantismo penal y un garantismo de los derechos, los cuales a partir de una raíz histórico-cultural común se desarrollan con modalidades temporales diferentes, obedeciendo naturalmente a corrientes y necesidades presentes en un determinado contexto, pero que en el neoconstitucionalismo encuentran su máximo desarrollo.

V. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

No se puede dudar de que una gran parte de las Constituciones nacidas después de la Segunda guerra mundial poseen algunas características particulares, que hacen de ellas algo diferente con respecto a las Constituciones anteriores. Podemos identificar en ellas, por un lado, una neta distinción entre la Constitución y la ley, lo que determina para la reforma constitucional la necesidad de modalidades diferentes con respecto a las que se requieren para la creación de la ley ordinaria; y, por el otro, la institución de un órgano jurisdiccional (una Corte, un Tribunal constitucional) encargado de vigilar sobre la constitucionalidad de la ley en cualquiera de sus manifestaciones. Alguien sostiene que con tal movimiento, el neoconstitucionalismo como se le suele etiquetar a tal estado de cosas, asistimos a un cambio de paradigma jurídico, en cuanto no vige más el principio *auctoritas non veritas facit legem* (es la autoridad la que hace la ley) pues ha sido sustituido por el principio *veritas non auctoritas facit legem* (es la verdad la que hace la ley)⁵⁰. Para otros estudiosos, en realidad no se trata de ningún nuevo paradigma pues, se sostiene, las dos características de alguna manera estaban ya plasmadas en Constituciones anteriores a ese

⁴⁹ Me he dedicado a tales problemáticas en G. D’elia – A. Rentería Díaz, *Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Carocci, Roma, 2008, Prima Parte.

⁵⁰ Por ejemplo L. Ferrajoli, *Derechos fundamentales* (original en italiano *Diritti fondamentali*, en *Teoria politica*, 1998, 2), en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit. (es la versión castellana, con ligeras diferencias del volumen editado por E. Vitale *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001). El principio *auctoritas non veritas facit legem* se afirma con el nacimiento del Estado moderno, cuando, en pocas palabras, una incipiente forma de monismo iuspositivista comienza a “triunfar” sobre el dualismo iusnaturalista, que llama en causa un momento histórico en el que la ley positiva es tal sólo si coincide con la ley natural (o sea el principio *veritas non auctoritas facti legem*). Se comprende así, con esta precisión, el hecho de que algunos autores (cfr. p. ej. M Atienza, nota 29, *supra*) considera que ha llegado el momento de tocar las campanas a muerte en relación al iuspositivismo.

período⁵¹. Ejemplos evidentes de estas Constituciones los podemos encontrar en la Constitución austríaca de 1920 en cuya construcción fue determinante la influencia de Hans Kelsen precisamente en la parte en la que instituye un Tribunal Constitucional⁵², pero también en la Constitución republicana española de 1931, la cual preveía un Tribunal de Garantías Constitucionales competente para conocer acerca de la inconstitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencia legislativa⁵³. Otro precedente del control jurisdiccional de la ley, si bien diferente en cuanto a sus modalidades prácticas de funcionamiento, es la Constitución estadounidense, la cual a partir de la sentencia *Marbury vs. Madison* (1803) atribuye a la Corte Suprema tal función.

Constituya o no la Segunda guerra mundial un parteaguas, un cambio de paradigma entre las Constituciones anteriores y las Constituciones del neoconstitucionalismo, lo importante es sin duda, más allá de una disputa un tanto estéril y tal vez carente de sentido, que nuestras Constituciones son rígidas, en varios sentidos. En primer lugar, precisamente, porque a la Constitución se le coloca en una posición jerárquica diferente, más alta, con respecto a la ley ordinaria, instituyendo requisitos para su reforma que son diferentes, más complejos y cualificados. En segundo lugar porque en ella se positivizan algunos aspectos, diferentes de una Constitución a otra, cuyo contenido se substraen a la deliberación del legislador, por un lado, y que, por el otro, funcionan como parámetro de constitucionalidad de todo acto de ley. En tercer lugar, finalmente, porque en la Constitución se instituye un órgano jurisdiccional cuya tarea fundamental es la de vigilar acerca del respeto tanto de la posición sobreordenada de las normas constitucionales como también acerca de las eventuales “invasiones” del legislador en el terreno que se le ha substraído: en el “coto vedado”, según la eficaz fórmula de Ernesto Garzón Valdés⁵⁴ o bien en la “esfera de lo indecible” de Luigi Ferrajoli⁵⁵.

Los tres aspectos anteriores, cuya presencia empírica puede ser en efecto constatada por cada uno de nosotros, nos autoriza de alguna manera a emitir un juicio acerca de ese fenómeno precisamente en términos de neoconstitucionalismo. Con esto, es claro, no deseo tomar partido en la polémica sobre si se puede afirmar que ha habido un cambio de paradigma jurídico: más bien, me interesa sólo evidenciar que es innegable que a partir de las Constituciones italiana primero (entrada en vigor en 1948), alemana después y así sucesivamente, todas las cartas constitucionales nacidas en países que abandonaban regímenes autoritarios (si no abiertamente totalitarios), han dado vida a sistemas constitucionales democráticos caracterizados, en términos generales, por haberse dotado de una Constitución con los caracteres apenas señalados.

⁵¹ Cfr. J. J. Moreso, “Sobre «la teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos» de Luigi Ferrajoli”, en L. Ferrajoli – J. J. Moreso – M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 117-132. Además, con otros argumentos, más bien relativos al uso del término ‘paradigma’, cfr. M. Jori, “Ferrajoli sui diritti”, en *Teoría política*, 1999, 1 (ahora en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit. Trad. cast. en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 105-137).

⁵² La literatura sobre este aspecto de la vida intelectual de Kelsen es muy amplia. Me limito a recordar: R. A. Métaill, *Hans Kelsen vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1976. Tit. orig. *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Franz Deuticke, Viena, 1969.

⁵³ Véanse las consideraciones de N. Alcalá Zamora, *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

⁵⁴ Cfr. E. Garzón Valdés, “Representación y democracia”, *Doxa*, 1989, 6, pp. 143-164. Críticas de J. L. Martí, “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa*, 2007, 30, pp. 135-141. G. Peces-Barba Martínez, *La España civil*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005.

⁵⁵ L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, cit.

El neoconstitucionalismo, luego, es sobre todo un hecho histórico, un determinado modo de construir una carta fundamental en un momento específico, más o mejor dicho, primero, que una corriente teórica⁵⁶. Nace y se extiende, primero, el hecho, las nuevas Constituciones, y después, se generan las ideas que de tales hechos intentan una explicación y una racionalización. No hay nada de sorprendente en ello, aunque en verdad en muchas ocasiones se tiende a pensar, con una actitud un tanto optimista, que las ideas tienen la fuerza de orientar la realidad, de hacer que los hechos tomen una dirección en lugar de otra. A veces tal vez esto sucede, y sería deseable (aunque no estoy del todo seguro) que sucediera con mayor frecuencia; pero hay que constatar que las excepciones, aun en buena cantidad, no forman una regla. Una muestra de que las ideas siguen a los hechos, y también, por desgracia, de que a veces no los perciben perfectamente en sus mutaciones, es que, en relación a los cambios que sufren las Constituciones de la segunda posguerra, un estudioso de la estatura intelectual de Norberto Bobbio no parece percatarse, ni en su obra iusfilosófica ni en su obra filosófico-política, de tales cambios ni de sus repercusiones en las ideas de democracia y de Derecho. Bobbio, en efecto no solo no hace objeto explícito y circunstanciado de sus reflexiones el tema de la Constitución sino que, como efecto de esta carencia, sostiene con extrema perseverancia su concepción mínima, meramente formal, de la democracia⁵⁷.

Esta distinción, entre los hechos y las ideas, no es casual, sino que más bien es funcional para remarcar las diferencias de enfoque, a nivel teórico, que caracterizan a estudiosos que tienen en común sin embargo el asumir como un dato de hecho el neoconstitucionalismo como evento fáctico. En otras palabras, en mi opinión, si es correcto referirnos a las nuevas Constituciones como parte de un movimiento, empíricamente verificable, que recibe el nombre de neoconstitucionalismo, por el contrario hay que matizar, y mucho, lo que sucede con aquello que sin más solemos llamar neoconstitucionalismo desde una perspectiva teórico-conceptual. No es del todo verdadero, en efecto, que en lo que conocemos como neoconstitucionalismo en este último sentido, existen necesariamente puntos comunes, coincidentes entre autores que se reconocen como parte de tal corriente (o que a ella se les adscribe): ni Ferrajoli es asimilable a Alexy⁵⁸, ni el pensamiento de Atienza⁵⁹ coincide, en este sentido, con el de Ferrajoli, por no hablar de Nino⁶⁰. De

⁵⁶ Sobre este punto cfr. M. Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, Prólogo a M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta-UNAM, Madrid, 2003, pp. 9-12, p. 9. Ahí mismo puede verse el detallado y analítico trabajo de P. Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *ivi*, pp. 75-98. Importante también, por su atención a las repercusiones del neoconstitucionalismo en la teoría del derecho, el ensayo de A. García Figueroa “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, *ivi*, pp. 159-186. Del mismo tenor “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” de S. Sastre Ariza (*ivi*, pp. 239-258. R. Guastini, por otra parte, es muy crítico del neoconstitucionalismo, que considera como una tendencia que «impregna» el ordenamiento jurídico con normas constitucionales: cfr. “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico”, *ivi*, pp. 49-73). Sobre la idea de neoconstitucionalismo véase también S. Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001.

⁵⁷ Coincido en este sentido con L. Ferrajoli, “Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia”, Conferencia magistral en el Seminario *Democracia, paz y derechos: ejes de un pensamiento ilustrado. En el centenario del nacimiento de Norberto Bobbio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2-4 Febrero 2010.

⁵⁸ Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (1992), Gedisa, Barcelona, 2004. También *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Fontamara, México, 2005; *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª. ed., Madrid, 2008.

⁵⁹ Una síntesis del pensamiento de Manuel Atienza sobre este argumento se encuentra en “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, *cit.*

⁶⁰ Cfr. C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989. Id., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

todos ellos se suele decir, en términos muy amplios, que son neoconstitucionalistas, por el mero hecho de que registran las diferentes características que han asumido las Constituciones actuales con respecto a las Constituciones de matriz decimonónica. Pero si por eso, solamente, se les coloca en el mismo plano se evidencia una carencia en cuanto a la percepción de las diferencias, importantes, que existen entre ellos. Ferrajoli es, a pesar de todo, un iuspositivista⁶¹, convencido de la necesidad teórica de distinguir entre Derecho y moral, y, lo más importante, también convencido de la fuerza normativa de la Constitución (los dos aspectos de su *esfera de lo indecible*, lo que no se puede hacer y lo que se debe hacer). Atienza y Nino, pero sobre todo Alexy, producen, por otra parte, una obra de fuerte sabor iusnaturalista, en la que Derecho y moral a veces son indistinguibles principalmente por la presencia en los ordenamientos jurídicos de principios y valores además de normas; lo que da lugar, con el reconocimiento de los primeros y la ponderación que se hace necesaria para su posible aplicación cuando se contraponen los unos a los otros, a una debilidad del carácter normativo de la Constitución, como Derecho que consta de deberes, vínculos y prohibiciones, haciendo que se le vea como un mapa programático cuya actuación reside discrecionalmente en manos de la esfera de la política.

Son precisamente estas diferencias, acerca de la fuerza normativa de la Constitución, entre Ferrajoli y Alexy-Atienza-Nino como teóricos del neoconstitucionalismo lo que, paradójicamente, acentúa con mayor vigor, en mi parecer, el hecho de que todos ellos, si bien sólo en cuanto a su percepción descriptiva de la realidad, pertenecen a un único movimiento, más allá de los tres elementos diferenciales que he evidenciado antes. Estas divergencias, en efecto, constituyen un corolario de los presupuestos teóricos de cada uno de estos estudiosos. Entre las ideas de Ferrajoli existe una idea de Constitución no como un programa sujeto a la voluntad discrecional del legislador sino la idea de una Constitución *en serio*, una especie de contrato escrito, una construcción artificial producto de la razón humana que tiene como finalidad la protección y la seguridad de los individuos y, entre ellos, la de los más débiles, mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales. Mientras que, por el contrario, en Alexy, Atienza y Nino, cierto con algunas diferencias, las Constituciones de hoy son diferentes con respecto a las Constituciones decimonónicas, mas sin embargo sus contenidos de alguna manera ni son completamente normativos ni, por otro lado, constituyen aspectos no susceptibles de reforma por parte del legislador. La cuestión, a mi parecer, es clara. En Ferrajoli podemos identificar, primero, un aspecto descriptivo, que toma como punto de partida las Constituciones rígidas como un hecho, y, después, un aspecto normativo, que valora abiertamente tal hecho de modo positivo, de modo que sostiene su idea de la esfera de lo indecible como algo que merece la pena perseguir, o mediante la acción política y/o la crítica del Derecho vigente por parte de la ciencia jurídica. En Alexy, Atienza y Nino, aunque lo mismo quizá se puede decir de otros estudiosos, la coincidencia con Ferrajoli se verifica sólo en el plano descriptivo, ya que de alguna manera el juicio de valor parece diferir en relación a la conservación (o el cambio) del estado de cosas.

Se trate del *coto vedado* de Garzón Valdés o de la *esfera de lo indecible* de Ferrajoli, desde una perspectiva normativa, lo que sí es cierto es que en las Constituciones del neoconstitu-

⁶¹ A Ferrajoli se le critica con frecuencia una (presunta) carencia de fundamentación moral de su teoría del derecho y, consecuentemente, de los derechos fundamentales (por ej. M. Atienza, *op. cit.*). Una respuesta clara, me parece, la podemos ver en “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en «Teoria politica», 2000, 3, pp. 41-113, reimpresso en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., y traducido en español en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit. Pero también en “Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, en L. Ferrajoli et al, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 167-216

cionalismo, desde una perspectiva descriptiva, hay aspectos de la vida pública que se substraen a la acción del legislador, el cual ni aun mediante la unanimidad puede intervenir sobre ellos para limitarlos o modificarlos. En este último plano me parece que hay poco que agregar al respecto, pues de hecho, pueda o no agrandar, en las Constituciones de hoy los derechos fundamentales, o la forma de gobierno republicana, o el sistema electivo proporcional, entre otros, son elementos que los constituyentes han querido plasmar de modo tal de ponerlos al reparo de las contingencias de la política y de la voluble voluntad popular. No de toda la Constitución, hay que ser claro, sino solamente de algunos aspectos, variables de caso a caso, pero que en su configuración abstracta nos autorizan a identificar en ellos una constante fáctica, a valorar en todo su peso desde una perspectiva teórica.

Son estos aspectos, en efecto, los que concurren para que en las Constituciones se individualice, ahora desde un punto de vista normativo, un conjunto de prescripciones dirigidas al legislador, que pasan tanto por límites como por vínculos, que se expresan como prohibiciones y como obligaciones. Prohibiciones, por ejemplo, de no conculcar los derechos, los derechos de libertad o los derechos políticos, o de modificar aspectos que el constituyente ha certificado como intocables y, por otro lado, obligaciones de actuar los preceptos contenidos en normas constitucionales, referidos tanto a instituciones y a estructuras públicas como a determinados derechos, aquellos que necesitan para su garantía no de una abstención sino de una acción. En su conjunto, derechos e instituciones, prohibiciones y obligaciones, obedecen en resumidas cuentas a la intención del constituyente de encontrar puntos de equilibrio entre el poder político y la autonomía privada, tratando de asegurar, por un lado, la eficacia de la acción política y, por el otro, de garantizar la esfera de las libertades personales frente a las intromisiones tanto del poder político como de los poderes económicos y, ¿por qué no?, también de otros individuos.

En esto consiste, en mi opinión, el garantismo en su sentido amplio, o sea en una idea de Derecho, claramente normativa, que orienta las instituciones jurídicas y la acción de los poderes públicos a fin de que se les coloque en una posición que, sin caer en el moralismo ni en el populismo, se podría llamar de servicio. De servicio ya que al Derecho se le concibe como una estructura no natural sino artificial, creada por la razón humana con objetivos precisos: la garantía de la vida más o menos pacífica y más o menos segura de los individuos. En tal sentido, sin entrar en el mérito de las teorías contractualistas del nacimiento del Estado, no es incompatible con la función del Derecho pensar que éste y el Estado son creaciones humanas que responden a la preocupación de los individuos por abandonar un estado de cosas en el que rige la ley del más fuerte, y donde, como diría Hobbes, el hombre es un lobo para el hombre.

Si no se entiende este aspecto artificial del Derecho, y del Estado, que a mí me parece verdaderamente fundamental, es arduo introyectar entre las posibles funciones del Estado la de proteger y garantizar la vida de las personas, y se termina por hipostatizar en él aquellas funciones que derivan de su presunta posición como mero poder político, presente en un horizonte casi extrajurídico, que le convierte en un poder fuera de todo control⁶². Esta idea resulta más clara si examinamos brevemente lo que sostiene Ferrajoli sobre el pensamiento de Norberto Bobbio. Fe-

⁶² Aquí son fundamentales las observaciones que desarrolla Kelsen acerca del dualismo, para él ideológico, entre Derecho privado y Derecho público, que termina en práctica por hacer de este último una esfera de poder que produce normas vinculantes para toda la colectividad pero que no está sujeto a ninguna forma de control. Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2ª. Ed., Verlag Franz Deuticke, Viena, 1960). Uso la edición italiana de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966, pp. 313-316.

rrajoli, en efecto, afirma que en las reflexiones de Bobbio, existen, tanto en su doctrina jurídica como en sus ideas politológicas, una serie de nexos concatenados entre sí que evidencian claramente que Derecho y Estado responden, se acepte o no, a una lógica artificial (y no natural): entre democracia y Derecho, entre Derecho y razón, entre razón y paz, entre paz y derechos humanos⁶³. Un nexo, mejor una serie de nexos, que sintéticamente demuestran lo que se ha dicho aquí acerca del Derecho y el Estado como productos artificiales, cuya finalidad última es la garantía de la convivencia de los individuos: sin derechos humanos no hay paz, y sin ésta no se da la razón, sin la cual, a su vez, no existe el Derecho, el cual, finalmente, constituye el fundamento de la democracia.

En la perspectiva que se le atribuye a Bobbio, es claro, el último eslabón de la cadena de nexos es el de los derechos humanos, pero a bien ver éstos en realidad ocupan más bien el punto de partida, desde el cual todo (paz, razón, Derecho, democracia) tiene origen, pues sin el respeto, y la garantía de ellos toda la estructura se viene abajo, haciendo que la vida humana precipite en la anarquía, en la miseria moral y económica, en la lucha de todos contra todos: en otras palabras todo termina con la caída de las instituciones que tienen en pie un Estado como sociedad organizada.

Ahora bien, los derechos humanos (o derechos fundamentales, o libertades fundamentales, según el léxico de la disciplina que los estudie) se pueden declinar en innumerables formas, que van desde los derechos más elementales –a la supervivencia, a la vida- hasta los derechos de cuarta generación –a un ambiente no contaminado- pasando por los derechos políticos, civiles y sociales: al voto, a la libertad de expresión y de culto, a la instrucción, al así llamado debido proceso, etc. Me parece que si consideramos de esta manera –y hay buenas razones para hacerlo- los derechos fundamentales, no hay obstáculos infranqueables para considerar el garantismo como una idea que va más allá de su declinación exclusiva en el campo penal (proceso acusatorio, carga de la prueba en el actor, publicidad del proceso, formación pública de la prueba, etc. etc.), para colocarlo, por el contrario, en un horizonte teórico más amplio, que comprenda tanto las garantías penales cuanto las garantías necesarias para el efectivo goce de otros derechos, no menos importantes, de las personas.

VI. LAS GARANTÍAS EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Este tránsito, del garantismo penal al garantismo de los derechos, o sea del garantismo ferrajoliano al garantismo bobbiano, se puede entender mejor, en mi parecer, si consideramos el hecho innegable que el mayor teórico del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, sucesivamente se ha convertido en el principal teórico del garantismo de los derechos. Contribuyendo, así, por otra parte, al desarrollo de las tesis bobbianas acerca de la necesidad de garantizar adecuadamente los derechos, que en las reflexiones del filósofo turinés existen solamente como bosquejo, como una idea a perseguir⁶⁴. En efecto, es sabido que para Ferrajoli, más allá de la colocación de los dere-

⁶³ L. Ferrajoli, “Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia”, cit.

⁶⁴ Lo que no nos debe sorprender, pues el mismo Bobbio es consciente de que durante su vida intelectual ha abierto muchos senderos, seguido muchos caminos, pero no ha llegado al término de ninguno de ellos casi nunca. Palabras pronunciadas en un programa de la radio italiana en 1972, publicadas en el volumen AA. VV., *La filosofia dal '45 ad oggi*, a cargo de V. Verra, Edizioni RAI-Radio Televisione Italiana, Turín, 1976, p. 475. Cfr. al respecto A.

chos fundamentales al centro de su *esfera de lo indecible*, quizá aun de mayor relevancia, para su teoría de los derechos y su garantismo pero también para la teoría general del derecho, es la distinción que él establece entre garantías primarias y garantías secundarias. Las primeras, las garantías primarias consisten en las prohibiciones y las obligaciones impuestas por normas de Derecho positivo, según que se trate de derechos que son o expectativas negativas o expectativas positivas. El derecho a la integridad física, por ejemplo, tiene como su garantía primaria la prohibición, dirigida a todos los individuos, de atentar contra la seguridad de sus semejantes, produciendo o la pérdida de la vida o lesiones corporales. El derecho a la instrucción, por otra parte, tiene como su garantía primaria la obligación, dirigida sobre todo al Estado, de crear las condiciones para que las personas reciban una instrucción adecuada. Pero, claro, dado que tales prohibiciones y obligaciones, por su propia naturaleza, constituyen un deber ser y por tanto pueden ser violadas, existe otro deber ser, que nace precisamente de la violación de las garantías primarias, y que es la garantía secundaria de conminar una sanción a quien se hace responsable de la violación de las garantías primarias.

La distinción ferrajoliana entre garantías primarias y garantías secundarias, una de las más brillantes intuiciones de Ferrajoli, nos permite ver aún con mayor claridad lo que ya se había dicho en relación al concepto de eficacia de las normas; en ello consiste precisamente su valor no solo en el discurso sobre los derechos fundamentales sino también en el ámbito de la teoría general del derecho. Y es también evidente, o al menos lo es para mí, el hecho de que tal distinción mantiene todo su valor normativo en el derecho penal así como en el terreno de los derechos fundamentales. En efecto, por lo que hace al primer aspecto, principios relevantes que constituyen el núcleo central del garantismo penal y del proceso acusatorio, como los que se expresan en la máxima *nullum crimen sine poena* y *nullum poena sine lege*, son guías normativas cuya efectividad concreta no es el resultado automático de su reconocimiento como normas positivas. Es necesario, para que los derechos que tales principios implican sean efectivamente garantizados, que otras normas de Derecho positivo, de nivel jerárquicamente inferior casi siempre, pongan en acto precisamente las medidas para actuarlas: sus garantías primarias y sus garantías secundarias. Por ejemplo, claro está, haciendo del principio de taxatividad penal una obligación instituida por normas jurídicas, y estableciendo una sanción para los casos en que la obligación derivada del principio de taxatividad no sea respetado, haciendo uso de la analogía en el campo del derecho penal⁶⁵.

En lo que se refiere al segundo aspecto, el de las garantías de los derechos fundamentales, la cuestión es, probablemente más compleja, dado que la institución de las garantías toca muy de cerca aspectos que van más allá de la esfera de la teoría jurídica, alcanzando en efecto el horizonte de la política y de la esfera de la acción legislativa. Entendámonos, en mi parecer los derechos garantizados en el ámbito del derecho penal, el primer tipo de garantismo que estamos examinando, no son menos fundamentales que los derechos a los que se suele llamar precisamente derechos fundamentales; todos, ésta es mi tesis, son derechos fundamentales, pues todos por lo general se refieren a la esfera de la autonomía y de la libertad de los individuos. Pero, quizá, lo que distingue unos y otros es la relativa novedad de la inclusión de los últimos en un catálogo de los

Ruiz Miguel, "Estudio preliminar. Bobbio y el positivismo jurídico italiano", en N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho* (1980), ahora en Editorial Cajica, Puebla (Méx), 2006.

⁶⁵ Expresamente prohibida, como sabemos, en muchos ordenamientos, precisamente con la finalidad de garantizar el principio de taxatividad.

derechos, y una prueba fehaciente de ello es tal vez, por ejemplo, que el sufragio universal, primero masculino y después femenino, constituye una conquista reciente en la historia de la cultura: el producto de una reivindicación que inicia, por lo que hace al Occidente, en la segunda mitad del siglo XIX y se concluye después de la segunda guerra mundial.

En las Constituciones del neoconstitucionalismo, luego, el garantismo asume una valencia muy amplia, tan amplia y tan exigente en el plano político-jurídico, que encuentra innumerables adversarios⁶⁶. Y no podía ser de otra manera, en efecto, en cuanto uno de sus corolarios, quizá el más importante, tiene repercusiones sobre uno de los conceptos centrales tanto de la filosofía jurídica como de la filosofía política: el concepto de democracia.

El concepto tradicional de democracia, el más acreditado en la cultura político-jurídica general, es aquel que concibe ésta como un método para tomar decisiones públicas vinculantes para la colectividad mediante el principio de mayoría⁶⁷. Pues bien, de acuerdo con tal idea lo que hace de una decisión pública una norma jurídica válida, con la cual se pretende imponer una normatividad a la colectividad, es simplemente el hecho de que haya sido creada respetando requisitos de mera forma (el *quién* y el *cómo*): nada se dice acerca del contenido de la norma (el *qué*). Esta idea formal (o mínima o procedimental) de democracia funciona perfectamente como concepto explicativo del liberalismo decimonónico, en el cual la ley, la voluntad del legislador, es la fuente suprema de normatividad. Para entendernos, en la sociedad en la que la Constitución flexible responde a las necesidades organizativas de las instituciones de un Estado monolítico, en el que coinciden los intereses de quien —el legislador— es llamado a tomar decisiones públicas vinculantes para todos con los intereses de quienes los eligen, resulta del todo fútil y superflua toda forma de control constitucional. Pero el concepto tradicional de democracia no funciona absolutamente, siempre desde una perspectiva explicativa, en el neoconstitucionalismo, donde no sólo las Constituciones son rígidas sino que también encuentran formas de representación política intereses diferenciados, cada uno de los cuales tiene, comprensiblemente, la tendencia a imponer su propia visión jurídica y política. Todos estos factores, que no son explicados por la idea (solamente) formal de democracia, hacen de tal idea un concepto político-jurídico con limitado alcance heurístico, que tendría, quizá alguna utilidad si se propusiera abiertamente con finalidades normativas (aunque el drama de la Segunda guerra está ahí para recordarnos uno de sus posibles resultados). De ahí, en efecto, que la idea de Ferrajoli de una democracia sustancial, que al elemento formal (el *quién decide* y el *cómo* se decide) suma también el elemento material (el *qué* se decide)⁶⁸, es más viable, al menos para mí, tanto en una visión meramente explicativa de la realidad cuanto en el plano normativo⁶⁹.

⁶⁶ Una de ellas, en mi parecer quizá la más radical, es la de A. Pintore. Cfr. nota 72, *infra*.

⁶⁷ Es la idea mínima, formal, de democracia que está presente en las reflexiones de Norberto Bobbio (cfr. p. ej. su *El futuro de la democracia*), y que con pocas diferencias corresponde a las concepciones de Hans Kelsen, Joseph Schumpeter, Giovanni Sartori y, tal vez, hasta de Robert Dahl. Para una visión acerca de ello me permito reenviar a mi *Costituzione e democrazia. Limiti e vincoli*, Giuffrè, Milán, 2005.

⁶⁸ Entre los tantos trabajos donde se puede ver expuesta la idea de democracia ferrajoliana me limito a citar: L. Ferrajoli, “Sobre la definición de «democracia». Una discusión con Michelangelo Bovero”, en *Isonomia*, 2003, 19, pp. 227-240, en la traducción de N. Guzmán..

⁶⁹ Bajo la condición, claro, de que la organización política de la que se pone como concepto normativo tenga las características del Estado constitucional y democrático. Sobre esto, o sea una concepción del iuspositivismo de matriz política, véase U. Scarpelli, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Editorial Cajica, Puebla (Méx.), 2001 (ed. orig. *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965).

Es obvio que la democracia sustancial es una democracia exigente, que pone en el centro de la vida jurídica y política los derechos fundamentales como punto de partida de límites y vínculos para el legislador: o sea aspectos reconocidos constitucionalmente que el legislador no puede decidir, por un lado, y, por el otro, aspectos que él no puede no decidir. Y es también obvio, evidentemente, que su carácter exigente no puede pasar desapercibido para quien reivindica la supremacía de la ley y la dignidad de la legislación⁷⁰ o pone en evidencia el carácter contramayoritario del control jurisdiccional de constitucionalidad⁷¹, o bien simplemente subraya la pérdida de la autonomía individual dado que, se dice, si al legislador se le substraen la posibilidad de gestionar los derechos fundamentales, se tiene como consecuencia que a los mismos individuos, titulares de los derechos, se les impida decidir acerca de ellos. Mediante un poder, se agrega, en manos de un órgano (Corte o Tribunal Constitucional o como se le quiera llamar) que no está legitimado democráticamente para decidir⁷².

Más allá de esto, lo que me parece que está en juego, en el neo-constitucionalismo y en el garantismo, son las posibilidades mismas de supervivencia del Derecho en un momento en el que asistimos si no a un cambio de paradigma cuando menos a una novedad radical en cuanto al modo de entender las relaciones entre Constitución y ley, entre Derecho y política se podría decir. Las posiciones que se contienden el terreno, posiciones teóricas mas naturalmente también posiciones prácticas, son dos. La primera, de matriz ferrajoliana, que coloca la esfera de lo indecible en el centro de su visión del Derecho, y a la ley en una posición subalterna a la Constitución, en la cual, plasmados los derechos fundamentales, el legislador se mueve en un horizonte en el cual sus acciones están doblemente limitadas por aquellos: porque no puede hacer determinadas cosas y no puede no hacer otras. Debe garantizar los derechos, tanto los derechos de libertad como los derechos sociales. Es claro, que este horizonte de maniobra configura una “camisa de fuerza” que al legislador le puede parecer demasiado estrecha, y de ahí, por ejemplo, las resistencias de la clase política para hacer las cuentas con el control de constitucionalidad, sobre todo cuando asume las características de un control no solo negativo sino también positivo⁷³ que le indica no solo lo que no debe hacer sino lo que debe hacer. La segunda, que se puede adscribir ya sea a una parte de la clase política ya sea a una nutrida “tropa” de constitucionalistas, teóricos del derecho y politólogos, pone en evidencia, como ya se ha esbozado, todas aquellas dificultades

⁷⁰ Como J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, (1999), Ed. italiana a cargo de A. Pintore, Giuffrè, Milán, 2001. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, entre muchos otros autores de esta tendencia. Sobre las tesis de Waldron véanse las lúcidas reflexiones de J. C. Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, pp. 65-94. La posición de Bayón, de fuertes reservas acerca de que los jueces constitucionales produzcan la mejor decisión, se puede ver en “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón. et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

⁷¹ Cfr. A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962. J. H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1980. Pero véase la opinión crítica al respecto de L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988. También C. S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001. Un buen punto de equilibrio, en mi parecer, lo ofrece F. J. Laporta, “El ámbito de la constitución”, *Doxa*, 2001, 24, pp. 459-484.

⁷² Cfr. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, ETS, Pisa, 2010.

⁷³ Recuerdo aquí los estudios que ponen en evidencia lo que se ha dado en llamar *inconstitucionalidad por omisión*. Cfr. C. Báez Silva, “Inconstitucionalidad por omisión”, en M. Carbonell (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, Porrúa-UNAM, México, 2005. L. Bulnes Aldunate, “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2006, 1, pp. 251-264

que la idea de democracia sustancial parece llevar consigo, en primer lugar la de imaginar una Constitución impermeable a las transformaciones que nacen en el seno de la sociedad, constituyéndose como una normatividad en la que las generaciones sucesivas al poder constituyente no tienen nada más que decir. Y, en segundo lugar, juega con la idea, corolario de la anterior, de que toda generación tiene el derecho inalienable de darse las reglas de convivencia que desee, sin que para ello le sea de obstáculo lo que hayan decidido en tiempos anteriores personas que, por lo general, han dejado de existir hace ya mucho tiempo⁷⁴.

Tomar partido en esta disyuntiva, de la que es claro el aspecto práctico además del perfil teórico, no es tarea sencilla, habida cuenta de la relevancia de lo que está en juego. Pero considere que a pesar de las dificultades para tomar partido, la cosa más importante es, quizá, tomar plena conciencia del problema teórico-conceptual que se presenta ante nuestros ojos. De ahí, después, cada quien puede tomar el sendero que mejor se acomode con su propia perspectiva, jurídica, política, ética, pero a sabiendas de lo que está en juego, sin esconderse detrás del cómodo paraviento de la ignorancia o, peor, de la conveniencia. Y lo que está en juego, obviamente, es el papel de los derechos de las personas en el Estado constitucional de Derecho, así como su gestión en la arena de la política: es decir, por una parte, su reconocimiento y, por la otra, su garantía, primaria o secundaria. La cuestión es, pues, de cuál es la instancia en quien dejar tal gestión. O en manos de las contingentes mayorías políticas elegidas por los individuos titulares de los derechos, si bien no siempre con métodos que garantizan una representación universal, y que, además, en determinadas situaciones pueden tener la tentación de conculcarlos, o bien en manos de una instancia judicial expresamente creada para “vigilar” acerca de los actos creadores de la ley. Si se tratara solamente de una mera cuestión de naturaleza descriptiva no hay duda de que la respuesta sería unánime (al menos así me parece), puesto que los actuales arreglos constitucionales de nuestras Constituciones atribuyan a una instancia jurisdiccional tal poder es innegable, nos guste o no nos guste.

Otra cosa, bien diversa, es si, por el contrario, la cuestión se amplía a su carácter ya no descriptivo sino normativo. En este caso la situación está abierta, pues ambas alternativas en juego parecen contener razones más o menos plausibles para inclinar el fiel de la balanza hacia un lado o hacia el otro. Es muy probable que si la cuestión se considera sólo abstractamente, es decir sin tomar en cuenta las posibles repercusiones prácticas de las alternativas, ninguna de las alternativas en juego posee virtudes tales como para concederle la adhesión sin ninguna reserva; ya que, en efecto, se pueden tomar las decisiones “equivocadas” ya sea por los jueces constitucionales que por los legisladores: el error no es una prerrogativa ni de pocos, los primeros, ni de muchos, los segundos. Hay que decir, al respecto, que en una sede deliberativa donde los participantes son pocos, podemos imaginar plausiblemente que el “clima” del debate permitirá que todos ellos puedan exponer sus propias convicciones y, además, tengan la oportunidad de valorar seriamente las opiniones de los demás. Esta idea se contrapone, no se puede negar, a la imagen negativa que el legislador difunde de su propia acción deliberativa, pues no son pocas las ocasio-

⁷⁴ Aquí la referencia obligada va al pensamiento de Rousseau (*El contrato social*. Publicado en francés en 1762: *Du contrat social: ou principes du droit politique*). Sobre la disyuntiva entre una Constitución rígida, no susceptible de ninguna reforma, y una que por el contrario pueda ser modificada en cualquier momento, cfr. S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, en modo particular “Precommitment and the paradox of democracy” en la versión española “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad (est. intr. de Alejandro Herrera M.), *Constitucionalismo y Democracia*, FCE, México 1999 (el original es de 1988, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge etc., Cambridge University Press).

nes en las que importantes cuestiones colectivas se deciden en un contexto en el que reina la confusión y el desinterés, por no decir del chantaje y del interés personal. Es claro, sin embargo, que en cuanto expresión del legítimo representante democrático de la voluntad popular, existe la tendencia, como ya se evidenciaba antes, a considerar que cualquier deliberación del legislador, aun contraria a la democracia y a los valores que fundan una colectividad, no es otra cosa sino, precisamente, una manifestación de lo que desea la gente, el pueblo. El juez constitucional, en las actuales arquitecturas constitucionales, no es un órgano elegido democráticamente en forma directa, y ésta, a decir de muchos críticos, constituye una de sus mayores características negativas. Se podría objetar que no hay nada que impida la construcción de un arreglo institucional que prevea la formación de los Tribunales constitucionales mediante el sufragio directo, y de esta manera quizá la objeción sería redimensionada. Pero más allá de ello, quizá es más concluyente la consideración de los hechos de la historia europea reciente, donde la legítima voluntad popular, manifestada a través de las deliberaciones del legislador, ha conducido a un “suicidio” de la democracia. Tal consideración, en efecto, nos ofrece con toda evidencia la visión del nexo estrecho, casi inseparable, que existe entre el garantismo en todas sus manifestaciones, ya sea penal o de los derechos, y el neoconstitucionalismo: uno y otro, como diría Ferrajoli, son dos caras de la misma moneda⁷⁵, pues el destino de uno está ligado al destino del otro.

⁷⁵ Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, cit., p. 35. Si bien, a decir verdad, se debe decir que en un reciente trabajo, todavía inédito, Ferrajoli utiliza el término ‘constitucionalismo’ (*costituzionalismo*) para referirse a lo que habitualmente se designa en la literatura iusfilosófica, y que aquí mismo he utilizado, con el vocablo ‘neoconstitucionalismo’. Cfr. L. Ferrajoli, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, (dactiloscrito, 2010). Al respecto también L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y garantismo*, Fontamara, México, 1997.