

Cuatro dificultades del constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli en su defensa de la justicia constitucional

Julián Gaviria Mira
Universidad Carlos III de Madrid
Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ)
julian.gaviria@derechoyjusticia.net

*Ponencia para el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino
(Alicante, 26-28 de mayo de 2016)*

Luigi Ferrajoli es sin duda uno de los filósofos del derecho más influyentes en el mundo latino. Su teoría del derecho y de la democracia ha marcado de manera importante el debate que sobre diversos temas relativos a la democracia y los derechos fundamentales en toda la región. La presente ponencia tiene por objeto centrarse en cuatro problemas que afectan su defensa del control de constitucionalidad como elemento necesario de una democracia sustantiva.

SUMARIO. Introducción. 1. Democracia formal y democracia sustancial. 2. La separación entre forma y sustancia. 3. Ponderación y constitucionalismo garantista. 4. La pesadilla política y el noble sueño judicial. 5. La soberanía popular en el constitucionalismo garantista. Bibliografía.

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 defendido de manera sumamente compleja y articulada el control de constitucionalidad separándose de los argumentos esgrimidos por autores como Robert Alexy o Ronald Dworkin, y distanciándose del *no positivismo principialista –constitucionalismo principialista-* para reivindicar una reelaboración positivista del constitucionalismo: el *constitucionalismo garantista*.

En esta ponencia me propongo estudiar la defensa del control de constitucionalidad adelantada por el *constitucionalismo garantista* de Luigi Ferrajoli. Para ello, tendré en cuenta cuatro aspectos que considero especialmente relevantes en su teoría del derecho y de la democracia, y en los que identifico a su vez cuatro dificultades. 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

El primer elemento que quisiera analizar es la separación que hace Ferrajoli entre forma y sustancia, y cómo esta separación deja de lado elementos importantes al momento de analizar una institución como la justicia constitucional. Para ello pasaré a hacer una breve descripción de lo que entiende Ferrajoli por democracia formal y sustancial que servirá así mismo como base para la exposición que en los numerales siguientes se hará de las dificultades a las que se enfrenta el *constitucionalismo garantista*.

Ferrajoli considera su concepción de la democracia una propuesta doblemente democrática, pues implica la democratización tanto del «ser» como del «deber ser» del derecho, es decir, el establecimiento de una constitución democrática o, si se prefiere, de una democracia constitucional, que ha sumado a la *racionalidad formal*, logro del positivismo jurídico, una *racionalidad sustancial* basada en los derechos fundamentales, sustento de la paz social.

De esta manera el constitucionalismo garantista de Ferrajoli integra dentro de un esquema positivista las dos características propias de las democracias constitucionales que son, precisamente, la existencia de estructuras representativas, unida a la revisión de la validez -basada en criterios sustanciales- de las decisiones del órgano representativo a través del control de constitucionalidad ejercido por los jueces. Esta estructura significa, dice el profesor italiano, la supresión de «la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría [...], la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, “condicionante” de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales» (Ferrajoli, 2011c: 24).

De esta manera Ferrajoli contrapone la concepción formal de la democracia o democracia como procedimiento (en la que el autor italiano incluye las posiciones defendidas por teóricos como Kelsen, Schmitt, Schumpeter, Popper, Bobbio, Sartori, Waldron, Pintore, Bayón, Greppi, Ruiz Miguel y un largo etcétera),

basada en la idea de *auto-nomía* como fuente de legitimidad del sistema¹ y la concepción sustancial de la democracia por él defendida.

La concepción procedimental de la democracia, basada en la idea de libertad política, «identifica a la democracia simplemente conforme a las *formas* y *procedimientos* idóneos justo para garantizar que las decisiones producidas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La identifica, en una palabra, por el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, es decir, del *qué* viene decidido» (Ferrajoli, 2011b: 9).

La democracia sustancial, por su parte, defiende la existencia de «límites y vínculos a la autodeterminación individual y colectiva en tutela de intereses o necesidades vitales de todos», identificándose con la atribución de derechos sustanciales «reflejo de aquellos intereses y necesidades, a través de las normas sustanciales que disciplinan el ejercicio de los poderes de autodeterminación». La democracia sustancial integra en un mismo esquema los elementos formales de la democracia procedimental, a los que complementa con elementos sustanciales representados por los derechos fundamentales que sirven como límites a los derechos «en otro caso absolutos, en los que consisten los derechos secundarios» (Ferrajoli, 2011b: 20)².

En la contraposición hecha por Ferrajoli entre democracia formal y sustancial se entiende que en el modelo formal «todos los poderes están fundamentados, directa o indirectamente, en los derechos-poder de autonomía: en el sentido de que se refieren a la “*forma*” de las decisiones tanto la identificación de los sujetos de la autodeterminación (el “*quién decide*”) como el principio de mayoría (el “*cómo se decide*”) asegurados por la universalización de los derechos secundarios, tanto civiles como políticos» (Ferrajoli, 2011b: 20).

Por su parte, la concepción sustancial de la democracia hace referencia a «un estado de derecho en el que todos los poderes están sometidos a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos» y que puede ser llamada «sustancial» en la medida en que «se refieren a la “*sustancia*” de las decisiones tanto los límites fundamentales (D11.24) correspondientes a los derechos

¹ Legitimidad que derivaría del «hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de la “voluntad” y la “soberanía popular”» (Ferrajoli, 2011b: 9)

² Este paso de un concepto de democracia y constitución en el que sólo se tienen en cuenta elementos formales a uno en el que se incorporan tanto elementos formales como materiales es descrito por Alexy al hablar del paso de un modelo de constitución *puramente procedimental* a uno *mixto material-procedimental* (Alexy, 1993: 503-506).

individuales, sean de libertad o de autonomía (el “qué no se debe decidir”), como los vínculos fundamentales (D11.25) correspondientes a los derechos sociales (el “qué se debe decidir”), unos y otros impuestos, según el modelo normativo de la democracia constitucional, tanto a los derechos-poder de la autonomía privada como a los representativos de la autonomía política, en garantía de intereses primarios y vitales de todos y cada uno» (Ferrajoli, 2011b: 20-21).

Partiendo de la teoría del derecho, el garantismo entiende los derechos fundamentales (elementos que marcan el carácter sustancial de la democracia), desde una perspectiva puramente formal, esto es, atendiendo sólo al carácter universal de su configuración. Esto significa que todo derecho que se otorgue de manera universal es fundamental³. Otorgarse de manera universal significa que se atribuyen *en igual forma y medida* a clases de sujetos. Estas clases de sujetos se corresponden con los estatus de persona, ciudadano y capaz de obrar (Ferrajoli, 2011a: 684 y ss.).

Dado que es una definición formal, la misma no nos dice nada acerca de cuáles derechos deben ser considerados fundamentales. El autor reconoce que podría haber derechos fundamentales reprochables, como el derecho a portar armas establecido en la segunda enmienda a la Constitución Norteamericana.

Los derechos fundamentales, al ser normas supra-ordenadas y debido a que el cumplimiento de lo dispuesto por éstos es condición de validez de las demás normas del ordenamiento, restringen lo legítimamente decidible por los diferentes órganos políticos, y en particular determina las posibilidades de las mayorías parlamentarias. Dichos límites son los que dan lugar a la *esfera de lo indecible*, tanto de lo *indecible que* como lo *indecible que no*, es decir, establece los límites de lo constitucionalmente válido⁴.

Dado que los derechos fundamentales pueden incorporar expectativas tanto positivas como negativas, las exigencias de ellos derivadas pueden consistir en una prohibición o en una obligación: la *esfera de lo indecible que* establece «lo que no está permitido (o está prohibido) decidir, determinada por el conjunto de los derechos individuales que excluyen, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan dañarlos o reducirlos», mientras que la *esfera de lo indecible que no* trata de «lo que no está permitido no (o es obligatorio) decidir,

³ Este intento por definir los derechos fundamentales como todo derecho otorgado de manera universal ha sido criticado por Guastini (2001: 60-61), Ruiz Manero (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012: 114 y ss.) y Micaela Alterio (2011: 13-16; 2012: 4).

⁴ La esfera de lo indecible nos hace pensar de inmediato en la idea de la constitución como orden marco propuesta por Alexy, según la cual los derechos fundamentales determinaban aquello que la constitución prohíbe, exige y permite (Alexy, 2002: 18 y ss.).

determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones idóneas para satisfacerlos» (Ferrajoli, 2011b: 22).

El esquema completo se podría describir de esta manera: la constitución como norma superior, los derechos fundamentales como reglas, la ponderación como método para el estudio de las circunstancias del caso pero no como balanceo de principios, estos derechos (reglas tético-deónticas⁵) como determinantes de las esferas de lo decidible e indecidible y, finalmente, el juez constitucional como garante del respeto a los derechos fundamentales.

Una teoría de los derechos y la democracia así construida no ha respondido aún a las preguntas sobre las razones que tenemos para aceptar, por un lado, la idea de los derechos fundamentales como límites a las decisiones de las mayorías democráticamente elegidas, ni del establecimiento de la justicia constitucional como la institución adecuada para determinar los límites de lo constitucionalmente válido. La teoría del derecho descrita por Ferrajoli no nos puede servir para responder a estas preguntas, pues al ser formal no puede darnos luces sobre un problema cuyo núcleo es no sólo político, sino también moral. Para encontrar estas respuestas debemos remitirnos a la teoría de la democracia, teoría que, como el autor italiano expresa, es una «interpretación de tipo axiológico del paradigma constitucional» (Ferrajoli, 2011a: 19).

Para hacer frente a la primera de las preguntas (por qué debemos considerar la constitucionalización del «deber ser» del derecho a través de los derechos fundamentales como un hecho deseable), es necesario recurrir no ya a la idea de derechos fundamentales como derechos definidos desde una perspectiva formal, sino a los fundamentos axiológicos de dichos derechos, las razones por las cuales consideramos necesario establecer un derecho «no para algunos sino para todos» (Ferrajoli, 2011a: 840).

Un derecho debe ser protegido como fundamental, es decir, otorgado de manera universal, cuando éste proteja o haga realidad la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil⁶. En cuanto a la igualdad, los derechos

⁵ Ferrajoli distingue entre normas téticas e hipotéticas, en donde las primeras «inmediatamente disponen situaciones expresadas mediante ellas», mientras que las segundas «no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos previstos por ellas» (Ferrajoli, 2001a: 34). A esta distinción, Ferrajoli suma la diferenciación entre normas deónticas y normas constitutivas. Sería deóntica «toda regla que disponga o predisponga modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas», mientras que sería constitutivas «toda regla que disponga o predisponga un estatus» (Ferrajoli, 2011a: 225).

⁶ La defensa del fundamento de los derechos fundamentales en el modelo garantista se encuentra en Ferrajoli (2001b: 329-370).

fundamentales son ellos mismos afirmación de ésta. Al ser universales establecen precisamente aquellos aspectos en que debemos ser considerados iguales. Los derechos civiles afirman nuestra igualdad civil, los derechos políticos nuestra igualdad política, los derechos de libertad nuestra igualdad liberal y los derechos sociales nuestra igualdad social (Ferrajoli, 2001b: 332). 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» (Ferrajoli, 2001: 329).

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 sustancial⁷. Sea que se adopte una u otra concepción de la democracia, el establecimiento y satisfacción de los derechos fundamentales se entienden como necesarios (Ferrajoli, 2001b: 339-341).

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 estremeecedores cuanto más amplias y efectivas sean las garantías de los mismos» (Ferrajoli, 2001b: 356).

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

⁷ 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, 2001b: 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, 2001b: 345).

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» (Ferrajoli, 2001b: 362).

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» (Ferrajoli, 2011a: 839). Si bien no todo derecho fundamental está axiológicamente fundamentado (como es el caso del derecho al porte de armas en los Estados Unidos), todo derecho vital sí lo está en tanto son vitales sólo 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 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 mismo (Ferrajoli, 2011a: 841 y ss.; 2011b: 88 y ss.)⁸.

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 debe entonces a que, en primer lugar, es incapaz de garantizar la paz social y, en segundo lugar, descansa 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 secundarios (Ferrajoli, 2001: 354-355).

⁸ Este reconocimiento de los derechos vitales como razón social de la constitución tiene implicaciones teóricas-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: 88-89).

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 con voluntad propia⁹. 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 cuáles son sus derechos y cuáles las exigencias que de éstos 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 vez descrita de manera sumaria la distinción entre democracia sustancial y democracia formal, pasaré a comentar algunos elementos de la teoría garantista de la democracia y su diferenciación entre formas (el *cómo* y el *quién*) y sustancia (el *qué*). La dificultad que observo en este planteamiento no es el hecho de que se identifique a la democracia formal con el *qué* y el *cómo*, sino que parece pasarse por alto que la democracia en su versión sustancial no sólo introduce elementos materiales 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 formas, es decir, da lugar a nuevos *quiénes* y nuevos *cómos*.

No aclara, por ejemplo, que en toda decisión (sea ésta fruto de *funciones de gobierno* o *funciones de garantía*) contiene siempre elementos formales. De esta manera el garantismo pareciera afirmar que el *quién* y el *cómo* se limitarían a regular la toma de decisiones por mayorías parlamentarias, pero pareciera escapar a la toma de decisiones por las mayorías judiciales.

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). 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 Pintore (2001: 263).

⁹ Para una crítica de la posición defendida por Ferrajoli apoyada en la idea de autonomía, ver Pintore (2001).

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 sólo en lo que se refiere a las decisiones del órgano representativo –a las cuales Ferrajoli no les niega su importancia-, sino en las mismas funciones de garantías de los parámetros materiales de validez (los derechos). Saber cuáles son los límites que imponen los derechos, establecer la esfera de lo indecible, implica decidir sobre lo que el derecho y la constitución dicen o no. 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» (2004: 25).

La primera dificultad que enfrenta entonces el constitucionalismo garantista en su defensa del control de constitucionalidad es que no establece una relación explícita entre el argumento normativo sobre la prevalencia de los derechos de libertad y derechos sociales y los mecanismos destinados a protegerlos. Una cosa es aceptar que los derechos de participación deben estar sometidos a los límites establecidos por los derechos fundamentales y otra es considerar que ello justifica automáticamente el establecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad.

La sola afirmación de que es necesario establecer 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 cuáles 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 de mejor manera que los representantes de los ciudadanos en las asambleas legislativas.

3) Ponderación y constitucionalismo garantista

La segunda dificultad que enfrenta el constitucionalismo garantista es la forma en que entiende (o más bien, niega la posibilidad de) la ponderación entre principios o derechos constitucionales. Los mismos términos de la separación entre forma y sustancia vistos en el numeral anterior se ven reflejados en la distinción hecha entre la forma en que operan las asambleas legislativas y los jueces. Ferrajoli considera que estas dos funciones (la legislativa y la judicial) no pueden ser comparadas. Mientras que las decisiones del legislador son fruto del ejercicio de derechos secundarios (derechos-potestad que les permiten a las instituciones de

gobierno tomar decisiones dentro de aquello que se considera discrecional por estar dentro de la esfera de lo decidible), las decisiones tomadas por los jueces son consecuencia de normas secundarias¹⁰ que los habilitan sólo a declarar inválidas las normas expedidas por el legislador en caso de ser contrarias a los límites impuestos por los derechos.

La función de los jueces sería tendencialmente cognoscitiva, mientras que la de los legisladores discrecional. Pero, dado que los derechos no se imponen por sí mismos como límites a las decisiones de las mayorías, sino que requieren de garantías secundarias que otorgan a otras instituciones (*instituciones de garantía*) el poder para determinar si las leyes decididas por las asambleas respetan los preceptos consignados en los (muy abstractos) derechos fundamentales, se entiende que la materialización de la democracia significa que «el poder final de decidir cuáles son los contornos precisos de los derechos constitucionales y las relaciones de prioridad entre ellos para grupos de casos determinados [...] [se] encomienda a poderes de decisión distintos del de la mayoría (como mayorías reforzadas u órganos jurisdiccionales)» (Bayón, 2004: 29-30).

Pero el constitucionalismo garantista no encuentra ninguna dificultad en esta asignación de competencias en los jueces constitucionales, pues considera que las funciones de garantía desempeñadas por estos implican sólo la aplicación de normas constitucionales que, contrario a lo que defienden autores constitucionalistas (como Atienza, Ruiz Manero, Moreso, Alexy o Dworkin) agrupados por Ferrajoli bajo la etiqueta de *constitucionalismo principialista*, no implica la ponderación entre derechos que colisionan entre sí.

El garantismo se opone precisamente a la posibilidad de ponderar entre diferentes principios regulativos y de que uno de ellos preceda (o derogue) a otro u otros. Para negar esto Ferrajoli hace uso de dos argumentos. El primero de ellos hace referencia al carácter deóntico de los principios regulativos (a su condición de reglas tético-deónticas). El segundo ataca la idea de precedencia (*derogabilidad*) de los principios debido a la amenaza que esto significaría para la rigidez de las constituciones y, por tanto, para el sistema constitucional.

Con un ejemplo podremos ver la manera como los principios regulativos son entendidos como reglas tético-deónticas. Luis Prieto Sanchís, al hablar de las críticas dirigidas por Ferrajoli a los constitucionalistas principialistas, da un

¹⁰ Por *norma primaria* entiende Ferrajoli «toda norma deóntica cuya inobservancia sea un acto inválido o un acto ilícito» Por *norma secundaria* «toda norma hipotético-deóntica cuya observación consista en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito» (Ferrajoli, 2011a: 640).

ejemplo en el que, según Prieto, es claro que se da un caso de ponderación (Prieto Sanchís, 2011: 239). En el caso propuesto se presenta el conflicto entre los principios de igualdad y la prohibición de discriminación al momento de establecer si son lícitas o no 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 1º -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, invalidas. El principio de igualdad, por su parte, al exigir no sólo 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 dadas ciertas circunstancias¹¹.

Dado que de la aplicación de cada uno de los dos principios de rango constitucional en conflicto se llega a conclusiones distintas y contradictorias, 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 sólo 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

¹¹ Así los establece el artículo 13, inciso 2º C.C. (equivalente al 9.2 C.E.): «El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados».

como las acciones positivas a favor de los sujetos discriminados no sólo no son violaciones del principio de igualdad sino que, al contrario, son garantías de efectividad de dicho principio impuestas como debidas» (Ferrajoli, 2011d: 353).

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 privada y familiar de una persona (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 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) (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012: 110).

No hay 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 lo hechos precede siempre, lógicamente, a su calificación jurídica» (Ferrajoli, 2011d: 356)¹².

¹² En *Constitucionalismo principialista*, aclaraba 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 irrepitiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables» (Ferrajoli, 2011c: 47-48).

Contrastada esta ponderación equitativa compleja con la simple ponderación defendida por los principialistas, es difícil no pensar que la distancia entre una y otra no es tan abismal como afirma Ferrajoli. 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.

Determinar si en el caso de un diputado o un miembro del Gobierno, su intimidad personal o familiar debe ser garantizada debido a que es subsumible en la norma que consagra el derecho al honor o, dado que no es así, debe ser aplicada la norma general de la libertad de expresión, es muy cercano a decir que dos 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 solución.

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: 194).

Pero Ferrajoli insiste en la diferencia. Nos dice que «una cosa es decir que en los casos concretos los jueces valoran y ponderan los principios normativos subordinando así los juicios a las normas que deben ser aplicadas [ponderación principialista] y otra cosa es decir que ellos valoran y ponderan las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación [ponderación equitativa]» (Ferrajoli, 2011d: 356).

El reconocimiento de la distinción lógica entre reglas y principios, entre precedencia condicionada y especialidad e invalidez, es para el profesor italiano fruto de la adopción de una visión objetivista de la moral y de la aceptación de la tesis de la conexión entre derecho y moral, es decir, del abandono del positivismo y de la aceptación del iusnaturalismo. Es más, la idea de ponderación y precedencia (que Ferrajoli llama derogabilidad) haría «vano el paradigma

constitucional y se revela, consecuentemente, en el vaciamiento del propio modelo del Estado de Derecho» (Ferrajoli, 2011d: 359)¹³.

Si la ponderación principialista es la apertura a razones y consideraciones morales, y por lo tanto, la puerta de entrada al poder de disposición del juez, la ponderación equitativa es el ejercicio de la *iuris-prudentia*, por la cual se sopesan los hechos y las circunstancias del caso y que precede pues a la *iuris-dictio* (la subsunción) (Ferrajoli, 2011d: 356). La primera es el regreso al derecho premoderno, la segunda la consolidación del proyecto constitucional y positivista.

No puede dejarse de lado una diferencia entre principialistas y garantistas que reviste no poca importancia. Los primeros, incluso cuando defienden la existencia de respuestas únicas o de objetividad y verdad (Dworkin, 1996), tienen siempre presente el desacuerdo existente a la hora de responder a la pregunta de qué exigen los derechos que hacen parte de un determinado sistema jurídico. Aun si existe *la verdad* sobre cuestiones morales o jurídicas, no existe un método intersubjetivo para establecerla, y esto da cuenta de las diferentes lecturas de nuestros derechos¹⁴. En gran medida los desacuerdos son presentados por los principialistas como conflictos entre derechos, como exigencias *prima facie* de diferentes principios constitucionales que llevan a decisiones contradictorias, lo que obliga al juez a ponderar con el objeto de establecer qué principio debe primar y en qué medida.

Para el constitucionalismo garantista la cuestión es diferente pues precisamente niega la ponderación principialista, y su insistencia en la subsunción como el método propio de la dogmática jurídica llevaría a una especie de *cognitivismo judicial* en donde «la discrecionalidad judicial existente ha de considerarse meramente fisiológica, es decir, esporádica y marginal» (Ruiz Miguel, 2011: 287)¹⁵.

¹³ Para una visión alternativa en la que se afirme que recurrir a la ponderación no implica acoger todas las tesis principialistas y, en especial, la aceptación de la conexión necesaria entre derecho y moral, ver Prieto Sanchís (2013: 99-102).

¹⁴ Waldron también deja claro que «[e]l hecho de que estemos en desacuerdo y que por lo tanto necesitamos invocar una autoridad no es necesariamente una concesión al subjetivismo moral o al convencionalismo o al relativismo. Es posible reconocer la existencia de desacuerdos en cuestiones de derechos y justicia [...] sin hacer la afirmación metaética de que no es posible establecer verdad alguna en el asunto sobre el cual discuten los participantes» (1999: 244).

¹⁵ 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

Los principialistas, de alguna manera, reconocen que el proceso de constitucionalización de algunos principios -sustento del sistema democrático liberal-, lleva consigo el traslado de aquellas discusiones que antes eran parte del debate político-moral, al campo del derecho. Este cambio trae consigo precisamente los problemas de legitimación que la objeción contramayoritaria trata de mostrar en su crítica al control de constitucionalidad de las leyes. Las justificaciones del control judicial, como foro de principio o representación argumentativa (para poner como ejemplo las soluciones dadas por Dworkin o Alexy), buscarían precisamente dar una base que permita explicar el por qué de una institución que no basa su legitimidad en la representación de los ciudadanos.

El garantismo, por su parte, considera que la integración de principios político-morales en las constituciones tiene efectos menos relevantes -en lo que a interpretación se refiere- que los pretendidos por los principialistas. No hay conflictos entre derechos, ni precedencia condicionada, sino una concurrencia de normas y la aplicación del criterio de *ley especial*¹⁶.

Para la teoría garantista no hay, en realidad, un desacuerdo sobre cuál es el contenido de nuestros derechos. Tampoco tiene la necesidad de acudir a la ponderación -como sí lo hacen los principialistas- para superar los conflictos entre derechos -o entre diferentes interpretaciones de lo que nuestros derechos exigen, que es en cierta medida lo que está detrás de la ponderación-.

En su lugar, la inclusión de principios como normas superiores del ordenamiento jurídico hace que lo que en la arena política pueda ser visto como una lucha entre diferentes concepciones de lo justo, para los tribunales se convierta en una cuestión de aplicación de normas jurídicas que, en el caso del control de constitucionalidad, son «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» (Ferrajoli, 2011d: 352).

enunciado constitucional, y basta con aplicarlos a los distintos supuestos de hecho» (2013: 100-101).

¹⁶ Sobre este contraste principialismo/garantismo en lo que se refiere a interpretación escribe Ferrajoli: «de un lado, la elección ponderada entre principios, del otro, la vieja interpretación sistemática del conjunto de las normas aplicables; de un lado, la idea de la concurrencia de muchas normas como conflicto, del otro, su configuración como concurso de normas; de un lado, la derogación de uno de los principios en conflicto, del otro, la aplicación de la norma especial, lógicamente prevalente, donde resulte más específica y pertinente respecto a la norma general» (2011d: 352).

Es cierto que Ferrajoli niega este cognitivismo jurídico y afirma que «de una misma norma, independientemente de sus posibles conflictos con otras, pueden ser determinadas interpretaciones distintas y a veces opuestas, como muestra el debate en cualquier proceso y las distintas orientaciones en la jurisprudencia y de la doctrina» (Ferrajoli, 2011d: 354), pero también es cierto que considera que esta discrecionalidad es la misma de la que se puede ser testigo en el derecho penal cuando se debe determinar si estamos en presencia o no de una circunstancia eximente de responsabilidad.

El modelo ferrajoliano es, a pesar de los matices, un sistema en el cual los jueces se encargan de la verdad (procesal) y las asambleas de la representación política, ambas instituciones imperfectas, aunque en la primera su defecto (la discrecionalidad) es susceptible de ser reducido «cuando no [removido], mediante adecuadas garantías sustanciales y procesales» (Ferrajoli, 2011d: 359).

Es un modelo que comparte la *matriz constitucionalista* pues coincide en la justificación dworkiniana del control de constitucionalidad basado en la expectativa de que los jueces –como foro de principios- tienen mayores probabilidades de acertar en la respuesta correcta al momento de decidir un caso. Pero la opción garantista tiene mayor fe 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 de 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» (Ferrajoli, 2011d: 352).

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. El segundo, 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 a través de la subsunción.

Volvemos aquí la dificultad a la que hacíamos mención al inicio del 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»), la que justifica el establecimiento de instituciones como la justicia constitucional. Tanto es así que «la naturaleza cognoscitiva de 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» (Ferrajoli, 2011b: 209).

Esto muestra cómo el garantismo, al negar la colisión entre principios y el papel que en la solución de estas colisiones juega la ponderación, no sólo reduce a mínimos el problema que se presentaría a nivel de teoría de la democracia acerca del otorgamiento de poderes de revisión constitucional a los jueces, sino que termina por dar a los derechos fundamentales el lugar de la verdadera soberanía popular y, como consecuencia, ubica a los jueces constitucionales en su labor de interpretes de los derechos constitucionales como la voz la del pueblo.

4) *La pesadilla política y el noble sueño judicial*

Paso ahora a tratar lo que sería el tercera problema enfrentado por el garantismo al momento de exponer su concepción de la democracia sustantiva, para lo cual me apoyaré en 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 propuesta 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» (Young, 2000: 22). 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 electores (Young, 2000: 19).

Dado que se entiende la política democrática 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 sólo 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 ésta funcione de manera defectuosa. Es precisamente al funcionar los procedimientos mayoritarios como se espera de ellos -al responder sólo a las preferencias de las mayorías- que éstos se convierten en una amenaza para la democracia.

Si los procedimientos mayoritarios «no son otra cosa que una competencia entre intereses privados y preferencias» (Young, 2000: 22), 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. 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 prepolíticos 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» (2007: 222).

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 los 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”» (Ferrajoli, 2011b: 9).

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, quisiera 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 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 miembros»¹⁷. 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» (Ferrajoli, 2011b: 14).

Como lo habíamos 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, los personas, los ciudadanos o los capaces de obrar. El pueblo es soberano no porque asuma su propio gobierno a través de la participación como iguales en la comunidad política, sino porque sus derechos son respetados.

Las asambleas representativas no son pues, 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*¹⁸, y se pase a las *garantías constitucionales*

¹⁷ 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).

¹⁸ 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 predispuerto para tal fin» (Ferrajoli, 2011b: 87).

*secundarias*¹⁹, 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» (Ferrajoli, 2011c: 27), dado que reside en el pueblo o, más precisamente, se ve representada en los fragmentos 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» (Prieto Sanchís, 2013: 100), 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» (Ferrajoli, 2001b: 362). 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) y no se entiende cómo puede ser superada esta situación simplemente apelando a la protección paternalísticamente otorgada a través de mecanismos que no tenemos, en principio, razones para considerarlos

¹⁹ 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: 87).

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 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-mayoritarias 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» (1998: 143), 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 particulares prepolíticos» acompañada por un «goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados» (Habermas, 1998: 634)²⁰.

Bibliografía

- Alexy**, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alexy**, Robert. «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002, pp. 13-64.
- Alterio**, Ana Micaela. «La ‘esfera de lo indecible’ en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico», en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 13, enero 2011, pp. 3-36.
- Bayón**, Juan Carlos. «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo». Artículo presentado en el Seminario Albert Calsamiglia de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, pp. 1-80.
- Dworkin**, Ronald. «Objectivity and truth: You'd better believe it», en: *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, no 2, 1996, pp. 87-139.
- Eisgruber**, Christopher L. *Constitutional Self-government*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

²⁰ 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 expresa bien los riesgos de despolitización que están implícitos en la propuesta del constitucionalismo garantista.

- Ferrajoli**, Luigi. «Los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 19-52.
- Ferrajoli**, Luigi. «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 287-381.
- Ferrajoli**, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. I. Madrid: Trotta, 2011.
- Ferrajoli**, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II. Madrid: Trotta, 2011.
- Ferrajoli**, Luigi. «Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, 2011, pp. 15-53.
- Ferrajoli**, Luigi. «El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, 2011, pp. 311-360.
- Ferrajoli**, Luigi y Juan Ruiz Manero. *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta, 2012.
- Guastini**, Ricardo. «Tres problemas para Luigi Ferrajoli». En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (VV.AA.). Madrid: Trotta, 2001, pp. 57-61.
- Habermas**, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad.: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.
- Kumm**, Mattias. «Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review». En: *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 2007, No. 2, pp. 1-32.
- Kyritsis**, Dimitrios. «Representation and Waldron's objection to judicial review», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no 4, 2006, p. 733-751.
- Moreso**, José Juan. «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli». En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, 2011, pp. 183-199.
- Pintore**, Anna. «**Derechos insaciables**». En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 243-265.
- Prieto Sanchís**, Luis. «Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, 2011, pp. 229-244.
- Prieto Sanchís**, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Ruiz Miguel**, Alfonso. «Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli». En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2011, pp. 275-288.

- Waldron**, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- Young**, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Zurn**, Christopher. *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.