

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE
LAS CASAS**

Universidad Carlos III de Madrid



**PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL
DERECHO**

“El garantismo en los tiempos del neoconstitucionalismo”

Adrián Rentería Díaz

Profesor Titular de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho

Facoltà di Giurisprudenza

Università degli studi dell’Insubria (Como, Italia)

Palabras clave: Garantismo, Derechos Humanos, Garantías, Ferrajoli, Bobbio

Número: 10 Año: 2010

ISSN 2171-8156

EL GARANTISMO EN LOS TIEMPOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Madrid, Universidad Carlos III, 25 Febrero 2010¹

por: **Adrián Rentería Díaz**²

El término ‘garantismo’, dentro de la filosofía del derecho y de la filosofía política, suele tener al menos dos sentidos. Uno, quizá el más conocido, tiene que ver con algunos trabajos de Luigi Ferrajoli, quien ya en el título de un famoso libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, enuncia claramente hacia qué dirección y con qué significado usa el término. El segundo sentido, por otra parte, se relaciona 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. Ambos sentidos, aparentemente tienen un origen teórico diferente y, también aparentemente, responden a preocupaciones normativas diferentes. El primero de ellos, en efecto, tiene su raíz en la preocupación de Ferrajoli por esclarecer algunos conceptos de la teoría del derecho, y del derecho penal en modo particular, y sentar las bases normativas para el funcionamiento de un sistema penal caracterizado por la tutela de los individuos involucrados, como inculpados, en un proceso penal. Podríamos referirnos a este tipo de garantismo, sin incurrir en excesos analíticos, como el garantismo penal ferrajoliano. El segundo, por otra parte, se inserta en una discusión, considerada por Bobbio estéril, sobre la posibilidad de encontrar un fundamento teórico-filosófico para los derechos humanos. Discusión que para Bobbio, si es dirigida hacia la búsqueda de un fundamento absoluto, es poco productiva dado que, en su opinión, tal fundamento no existe, existiendo, por el contrario, un fundamento relativo determinado por el reconocimiento de los derechos en las Cartas constitucionales y en las Declaraciones universales. De modo que, nos dice, se trata ahora solamente de discutir acerca de sus garantías para que sus titulares efectivamente puedan gozar de

¹ *Paper* elaborado en el contexto del Taller de Teoría del Derecho Iª edición 2009/2010 (“Concepciones actuales del Derecho”), organizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del programa Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”.

² Profesor Titular de Filosofía del derecho y de Teoría general del derecho. Facoltà di Giurisprudenza – Università degli studi dell’Insubria (Como, Italia).

ellos. A este segundo tipo de garantismo, por otra parte, podríamos denominarlo garantismo bobbiano de los derechos.

Es mi intención intentar aducir buenas razones para sostener que, como ya se decía líneas arriba, ambos sentidos del término ‘garantismo’, si bien nacen en contextos, y con preocupaciones, diferentes, en realidad de alguna manera terminan por confluír en un sentido unitario. El recorrido que haré, y cuyo resultado final quisiera discutir con ustedes, es el siguiente. En primer lugar trazaré a grandes rasgos las características que a mí me parecen peculiares de las modalidades típicas que a partir de la segunda posguerra han venido asumiendo la mayor parte de las Constituciones, al menos en el mundo occidental. La finalidad de este pasaje es clara: es en este movimiento, al cual en general se le suele llamar ‘neoconstitucionalismo, donde el doble sentido del garantismo confluye dando lugar a un significado que, si bien con matices un tanto diferentes, en realidad, como espero poder demostrar, posee rasgos distintivos que nos permiten hablar de garantismo en un sentido unitario. En segundo lugar, aduciré las razones que me parecen suficientes para, respectivamente, poder insertar no muy forzosamente tanto el garantismo penal ferrajoliano como el garantismo de los derechos. El objetivo general del trabajo creo que ahora resulta evidente, es principalmente tratar de contribuir a que del garantismo se tenga una visión amplia, como un movimiento teórico, pero también normativo, que comprende ya sea una particular rama del derecho —el derecho penal—, ya sea el derecho como forma de organización y de protección de los individuos que forman parte de una colectividad social.

No se puede dudar de que una gran parte de las Constituciones nacidas después de la Segunda guerra mundial poseen algunas características particulares. 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 lo que se requiere 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 llamar, asistimos a un cambio de paradigma jurídico, en cuanto que no sigue rigiendo el principio *auctoritas facit legem* que, al menos en parte, ha sido sustituido por el principio *veritas facit legem*³. Para otros estudiosos, en realidad no se trata de ningún nuevo paradigma pues,

³ Por ejemplo L. Ferrajoli, *Derechos fundamentales* (original en italiano *Diritti fondamentali*, en «Teoría política», 1998, 2), en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001

se sostiene, las dos características de alguna manera estaban ya plasmadas en Constituciones anteriores a ese período⁴. Un ejemplo pertinente de estas Constituciones es precisamente la Constitución española republicana de 1931, la cual preveía un Tribunal de Garantías Constitucionales con la competencia de resolver la inconstitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencia legislativa. Otro ejemplo es la Constitución austríaca de 1920 que recibió la fuerte influencia de Hans Kelsen precisamente en la parte en la que instituye un Tribunal Constitucional.

Sea o no la Segunda guerra mundial un parteaguas lo importante es sin duda, más allá de una disputa estéril y privada 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 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 Constitución a Constitución, cuyo contenido se substraen al legislador, por un lado, y, por el otro, funciona como parámetro de constitucionalidad de todo acto de ley. En tercer lugar, finalmente, en la Constitución se instituye un órgano jurisdiccional cuya tarea fundamental es la de vigilar el respeto tanto de la posición sobreordenada de las normas constitucionales como las eventuales “invasiones” del legislador en el terreno que se le ha substraído: en el “coto vedado”, según la eficaz fórmula de Ernesto Garzón Valdés⁵ o bien en la “esfera de lo indecible” de Luigi Ferrajoli⁶.

Los tres aspectos anteriores, cuya presencia empírica puede ser en efecto calificado por cada uno de nosotros, autorizan de alguna manera un juicio acerca de ese fenómeno en términos de neo-constitucionalismo. Sin que, todavía, con ello se desee señalar que se ha tratado —o se trata— de un cambio de paradigma jurídico, es innegable sin embargo 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

(es la versión castellana, con ligeras diferencias del volumen editado por E. Vitale, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001).

⁴ Cfr. J. J. Moreso, “Sobre «la teoría de los derechos en el sistema de los saberes jurídicos» de Luigi Ferrajoli”, en L. Ferrajoli – J.J. Moreso – Manuel Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 117-132

⁵ Cfr. E. Garzón Valdés, “Representación y democracia”, «Doxa», 1989, 6, pp. 143-164. Críticas de José Luis Martí, “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”, «Doxa», 2007, 30, pp. 135-141. Gregorio Peces-Barba Martínez, *La España civil*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005.

⁶ L. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, cit.

totalitarios) dan vida a sistemas constitucionales democráticos caracterizados, en términos generales, por haberse dotado de una Constitución con los caracteres apenas señalados. Lo que nos autoriza a calificar el movimiento constitucional, que sucesivamente se extiende a muchos países de América Latina, como algo novedoso en la práctica constitucional es precisamente el hecho de que, a pesar de los precedentes citados (España 1931, Austria 1920) y de que el control jurisdiccional de constitucionalidad existiera ya desde 1804 en la Constitución estadounidense, de cualquier manera es sólo después de la Segunda guerra que el cambio asume las características de un movimiento constante, de una tendencia cierta.

El neo-constitucionalismo, luego, es sobre todo un movimiento, una tendencia práctica del constitucionalismo, más, o mejor dicho, antes que una corriente teórica. 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 suceda, y sería deseable 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 van asumiendo las Constituciones de la posguerra un estudioso cuya agudeza nadie osa poner en duda —me refiero a Norberto Bobbio— no parece percatarse, ni en su obra iusfilosófica ni en su obra filosófico-política, de tales cambios ni de sus repercusiones en la idea de democracia. Bobbio, en efecto no solo no hace objeto de sus reflexiones el tema de la Constitución sino que, como efecto de ello, sostiene con extrema perseverancia una concepción mínima, meramente formal, de la democracia⁷.

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 neo-constitucionalismo como evento fáctico. En otras palabras, en mi opinión, si es correcto referirnos a las nuevas Constituciones como parte de un movimiento, empíricamente

⁷ 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.

verificable, que recibe el nombre de neo-constitucionalismo, por el contrario hay que matizar, y mucho, lo que sucede con aquello que sin más solemos llamar neo-constitucionalismo: una corriente de pensamiento, un movimiento teórico. No es del todo verdadero, en efecto, que en lo que conocemos como neo-constitucionalismo en este último sentido, existen necesariamente puntos comunes, coincidentes entre los autores que se reconocen como parte de tal corriente (o que están adscritos a ella): ni Ferrajoli es asimilable a Alexy, ni el pensamiento de Atienza coincide, en este sentido con el de Ferrajoli. De los tres se suele decir que son neo-constitucionalistas, sin percatarse de una diferencia importante. Ferrajoli es, a pesar de todo, un iuspositivista, convencido de la necesidad teórica de distinguir entre derecho y moral, y, lo más importante, 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, pero sobre todo Alexy, producen una obra de fuerte sabor iusnaturalista, en la que derecho y moral a veces son indistinguibles por la presencia de principios además de normas en los ordenamientos jurídicos, y, sobre todo, con el reconocimiento de los primeros y la ponderación que se hace necesaria para su normatividad terminan con debilitar la Constitución como derecho que consta de deberes, vínculos y prohibiciones, viéndola como un mapa programático cuya actuación reside discrecionalmente en manos de la esfera de la política.

Es precisamente esta diferencia entre Ferrajoli y Alexy-Atienza lo que en mi parecer hace del neo-constitucionalismo como hecho un movimiento común, más allá de los tres elementos que he evidenciado antes. Tal diferencia, en efecto, constituye un corolario de ellos puesto que hace de la Constitución no un programa sujeto a la voluntad discrecional del legislador sino 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. Se trate del *coto vedado* de Garzón Valdés o de la *esfera de lo indecible* de Ferrajoli. Lo que sí es cierto es que en las Constituciones del neo-constitucionalismo 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 el plano descriptivo, me parece que hay poco que agregar al respecto, pues de hecho, pueda o no agradar, 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 que queden resguardados 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 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 algunos derechos, como los derechos de libertad y los derechos políticos, o de modificar aspectos que el constituyente ha considerado intocables, y, por otro lado, obligaciones de actuar en 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 en 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 colocarse en una posición que, sin caer en el moralismo ni en el populismo, se podría llamar de servicio. De servicio en cuanto 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 pacífica 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 Estado y Derecho 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 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 derivadas de su presunta posición como mero poder, presente en un horizonte casi extrajurídico, que le convierte en un poder fuera de todo control⁸. Como sostiene Ferrajoli, a propósito del pensamiento de Norberto Bobbio, existen en éste, en su doctrina jurídica y en su reflexión politológica, una serie de nexos concatenados entre sí que evidencian claramente cómo Derecho y Estado responden, se esté dispuestos a aceptarlo 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 humanos⁹. 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.

El último eslabón de la cadena de nexos, los derechos humanos, ocupan más bien el punto 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 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

⁸ 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 no sujetas 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.

⁹ L. Ferrajoli, “Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia”, cit.

comprenda tanto las garantías penales cuanto las garantías necesarias para el efectivo goce de otros derechos, no menos importantes, de las personas.

Este pasaje, del garantismo penal al garantismo de los derechos, o sea el garantismo ferrajoliano y el garantismo bobbiano, se puede entender mejor, en mi parecer, si consideramos el hecho innegable de 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 las garantías de los derechos, que en las reflexiones del filósofo turinés existen solamente como bosquejo, como una idea a perseguir¹⁰. En efecto, es sabido, que para Ferrajoli, más allá de la colocación de los derechos fundamentales al centro de su *esfera de lo indecible*, quizá aun de mayor relieve para su teoría de los derechos y su garantismo pero también para la teoría general del derecho, es la distinción que 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 sean 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 las lesiones. El derecho a la instrucción, por otra parte, tiene como su garantía primaria la obligación, dirigida sobre todo al Estado, de poner a las personas en las condiciones de asistir a una institución educativa. 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, y en ello consiste precisamente su valor no solo en el discurso sobre los derechos fundamentales

¹⁰ Lo que no nos debe sorprender, pues el mismo Bobbio es conciente de que durante su vida intelectual ha abierto muchos senderos, seguido muchos caminos, pero no ha llegado al término de ninguno de ellos. Palabras pronunciadas en un programa de la radio italiana en 1972, publicadas en el volumen AA. VV., *La filosofía dal '45 ad oggi*, a cargo de V. Verra, Edizioni RAI-Radio Televisione Italiana, Turín, 1976, p. 475. Cfr. al respecto A. 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.

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 la misma distinción mantiene todo su valor normativo en los ámbitos tanto del derecho penal como 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 *nullum crimen sine pena* e *nullum pena sine lege*, son guías normativas cuya efectividad concreta no es el resultado automático de su reconocimiento como normas positivas. Es necesario, para los derechos, que tales principios sean efectivamente garantizados, que otras normas de derecho positivo, de nivel jerárquicamente inferior casi siempre, pongan en acto precisamente lo que se decía antes: 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 penal¹¹.

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, a mi parecer los derechos garantizados mediante 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 derechos, y una prueba fehaciente de ello es quizá, por ejemplo, que el sufragio universal, primero masculino y después femenino, constituyen una conquista reciente en la historia de la cultura: el producto de una reivindicación que inicia, por lo que hace a Occidente, en la segunda mitad del siglo XIX y se concluye después de la Segunda guerra mundial.

En las Constituciones del neo-constitucionalismo, entonces, el garantismo asume una valencia muy amplia, tan amplia y tan exigente en el plano político-jurídico que encuentra innumerables adversarios. Y no podía ser de otra manera, en efecto, en

¹¹ Expresamente prohibida, como sabemos, en muchos ordenamientos, precisamente con la finalidad de garantizar el principio de taxatividad.

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, más acreditado en la cultura general, es aquel que concibe ésta como un método para tomar decisiones públicas vinculantes para la colectividad mediante el principio de mayoría¹². 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*), mientras nada 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 un tipo de sociedad en la que la constitución flexible responde a las necesidades organizativas de las instituciones del Estado, en el cual coinciden los intereses de quienes son llamados a tomar decisiones públicas vinculantes para todos (el legislador) con los intereses de quienes los eligen, determinando de tal modo fútil y superflua toda forma de control constitucional. Pero no funciona absolutamente en el neoconstitucionalismo, donde no sólo las Constituciones son rígidas sino que también encuentran formas de representación política intereses y diferencias. Conjuntamente tales factores, sumados además al drama de la guerra, sin duda un resultado del constitucionalismo flexible, terminan por hacer de la idea de democracia formal una idea no más compatible con la realidad factual.

De ahí, en efecto, 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). Es obvio que la democracia sustancial es una democracia exigente, que pone al 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 que su carácter

¹² 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 al mi *Costituzione e democrazia. Limiti e vincoli*, Giuffrè, Milán, 2005.

exigente no puede pasar desapercibido para quien reivindica la supremacía de la ley¹³ o pone en evidencia el carácter contramayoritario del control jurisdiccional de constitucionalidad, 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, ello 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 decidir.

Lo que me parece que está en juego, en el neo-constitucionalismo y en el garantismo, son las posibilidades mismas de supervivencia de un derecho en el cual 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 en el centro de su visión del derecho la esfera de lo indecible, y una posición de la ley 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 movimiento configura una “camisa” que al legislador le parece 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 positivo¹⁴. 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 que la idea de democracia sustancial lleva consigo, en primer lugar la de imaginar una Constitución impermeable a los cambios 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

¹³ Como J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, (1999), Ed. italiana a cargo de A. Pintore, Giuffrè, Milán, 2001. También: Anna Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, entre muchos otros autores de esta tendencia.

¹⁴ Recuerdo aquí los estudios que ponen en evidencia lo que se ha dado en llamar *inconstitucionalidad por omisión*.

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 tiempo.

Tomar partido en esta disyuntiva, de la que es claro el aspecto práctico además del perfil teórico, no es tarea sencilla, habida cuenta de lo importante que está en juego. Pero considero 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.