

V. 12 N. 3
SET-DEZ 2016
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

Recibido: 26.05.2016
Aprobado: 14.07.2016
DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201637>

¹ Universidad EAFIT
Medellín - Colombia



Aproximación a la teoría democrática de Ferrajoli: a propósito de *Principia Iuris*

AN APPROACH TO FERRAJOLI'S PRINCIPIA IURIS IN REGARDS TO DEMOCRATIC THEORY

Leonardo García Jaramillo¹

Reseña

FERRAJOLI, LUIGI. *PRINCIPIA IURIS. TEORIA DEL DIRITTO E DELLA DEMOCRACIA*. BARI: LATERZA, 2007. V. 2: "TEORIA DELLA DEMOCRACIA"; VERS. CAST. DE PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, JUAN CARLOS BAYÓN, ALFONSO RUIZ MIGUEL, LUIS PRIETO SANCHÍS Y MARINA GASCÓN, *PRINCIPIA IURIS. TEORÍA DEL DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA*. MADRID: TROTTA, 2011. V. 2: "TEORÍA DE LA DEMOCRACIA", 680 PP.

“Cada pensador, incluso el más abstracto, está profundamente influenciado por las circunstancias de su propio tiempo. Para entender por qué Maquiavelo, Hobbes o Rousseau escribieron como lo hicieron, debemos saber algo acerca de las condiciones sociales y políticas de su época y sus países, así como de las controversias relevantes entonces”.

John Plamenatz

Nietzsche sostenía, en el mismo sentido de este epígrafe, que las ideas que defendemos y las concepciones e ideologías que suscribimos dependen en gran medida de los eventos acontecidos durante nuestras vidas y de la historia de nuestra existencia. Todo pensamiento es la confesión de un cuerpo, la autobiografía de un ser viviente. La obra de Luigi Ferrajoli no solo no es la excepción sino que confirma particularmente esta discutida relación entre el contexto sociocultural y la configuración de una determinada teoría. Por ejemplo, el garantismo, su teoría mejor conocida, nace en el contexto del derecho penal como respuesta al escepticismo por el derecho que tenía la izquierda italiana en la segunda mitad de 1970 y en oposición a las medidas gubernamentales de emergencia, y a las restricciones de las garantías del debido proceso, establecidas para contrarrestar la violencia política y el terrorismo mafioso.

Aunque su obra ha sido recibida en América Latina sobre todo desde el derecho penal, debido a la influencia científica y jurisprudencial de *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (orig. de 1989), Ferrajoli es uno de los autores vivos más prolíficos e influyentes, también en el derecho constitucional, la teoría democrática y la filosofía jurídica. Sus concepciones sobre la garantía de los derechos humanos como elemento esencial en la consideración de cualquier sistema constitucional como legítimamente democrático, han trascendido las aulas universitarias y las fronteras de su país y su idioma. Ha dedicado, además, un espacio importante en su obra a responder críticas, para lo cual ha entablado un fructífero diálogo con académicos y estudiantes en muchos países iberoamericanos.¹

Además de juez y académico, ha desempeñado un importante papel como intelectual público, comprometido con la difusión de los valores más prístinos de la democracia constitucional. En trabajos académicos y de prensa ha criticado la concentración de poder político, la indebida influencia de los poderes económicos en la política, la falta de representatividad de los partidos políticos y la desigualdad social, así como las causas de la criminalidad y las formas de remediarla. Desde hace varias décadas ha sido consistente en su crítica al “lento proceso de disolución de la legalidad constitucional”, debido al crecimiento de un para-Estado con sus propios códigos y tributos, y organizado en centros ocultos de poder, destinados a la captura de la cosa pública.

...

¹ Véase, por ejemplo: Carbonell y Salazar Ugarte (2005); Ferrajoli (2009a, 2009b).

PUNTO DE PARTIDA BIOGRÁFICO

Luigi Ferrajoli nació en Florencia, Italia, en 1940. Se licenció en Derecho por la Universidad La Sapienza-Roma, en 1962. Sus tempranas inquietudes por la lógica jurídica y la filosofía analítica lo llevaron a entablar una estrecha relación discipular con Bobbio, quien prologó su libro mejor conocido: *Derecho y razón*. En este libro Ferrajoli se adscribe a una forma de positivismo y se define como “iuspositivista crítico”. Se trata de su obra hasta ahora más citada en Colombia y en la región. Por ejemplo, respecto de las posiciones a favor y en contra de la presunción de inocencia y su relación con la garantía de la libertad individual y del derecho de defensa, se sigue la posición de Ferrajoli donde dicha presunción se considera un “principio fundamental de civilidad” que constituye una alternativa garantista a favor de la protección de la inmunidad de los inocentes “incluso al precio de la impunidad de algún culpable”.²

Desde 1967 trabajó como juez en Prato, una pequeña ciudad de la Toscana, hasta 1975, cuando ocupó la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Camerino, de donde luego fue decano. En 2003 ingresó como profesor a la Universidad de Roma III. Ha recibido diversos reconocimientos y grados honorarios por parte de universidades iberoamericanas. La lógica jurídica, la filosofía analítica y el positivismo lógico son las principales escuelas a las que Ferrajoli se vincula intelectualmente.

Ferrajoli se asoció a movimientos políticos marxistas, que surgieron en Italia como respuesta al fascismo. Fue miembro del Partido de Unidad Proletaria por el Comunismo y, luego, de Democracia Proletaria, así como candidato en alguna elección popular. Uno de sus cometidos partidistas fue incorporar el garantismo a la cultura de izquierda, entonces dominada por la ideología marxista-leninista, que prácticamente despreciaba el derecho porque lo consideraba un instrumento de dominación. A propósito de la *Laudatio* que impartió cuando la Universidad de Camerino le otorgó a Bobbio un doctorado h.c., en mayo de 1997, sostuvo: “La historia del siglo XX nos ha enseñado que en la construcción de la democracia no existen alternativas al derecho y que, en la construcción del derecho, no existen alternativas a la razón”.

El terrorismo y la violencia política de la década de 1970 hicieron perder de vista, a la opinión pública y a algunos partidos, la importancia de los derechos que protegían garantías fundamentales. El aparato judicial se “conservadurizó”, la perspectiva punitivista aumentó y el acusado empezó a parecer un enemigo de la sociedad. Ferrajoli ha sido un defensor acérrimo del principio de legalidad en materia penal, de la presunción de inocencia y de la carga de la prueba, por ejemplo, así como crítico del abuso de la prisión preventiva, de la realización de interrogatorios sin abogado, de las torturas, de las políticas anti-inmigratorias y de

...

2 Corte Constitucional Colombiana, T-827 de 2005.

las violaciones procesales en acusaciones e investigaciones. Ciertas prácticas y leyes “de emergencia” ocasionaron “agujeros negros en el tejido de la democracia”. Ferrajoli cree haber contribuido a afirmar, en una parte de la izquierda de entonces, la cultura garantista y el valor del derecho como instrumento de limitación del poder.³

Hacia 1990, cuando oscilaba el recrudecimiento de las acciones criminales de la mafia, Ferrajoli participó en importantes discusiones donde, entre otras ideas, defendió la despenalización de la droga y la toma de medidas para transparentar flujos financieros y controlar procesos de información de capitales sospechosos.

El garantismo es una posición política en virtud de la cual el derecho consagra a los derechos de libertad y sociales un sistema de garantías, representadas en límites jurídicos a todos los poderes públicos y privados, que consisten en prohibiciones y obligaciones. Los límites y vínculos que las constituciones contemporáneas establecen al poder político constituyen el sistema de garantías para propender por la defensa de los derechos frente a su violación por parte del Estado o de particulares. Las garantías constitucionales son entonces las prohibiciones o las obligaciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas que se establecen normativamente, por lo regular, como derechos subjetivos. El garantismo, en el contexto del derecho, significa que los ordenamientos jurídicos tienen la vocación de garantizar prohibiciones, como a no ser lesionado por otros, el derecho de propiedad, y obligaciones, como los derechos a prestaciones de otros y los sociales.

Los derechos fundamentales prevalecen, por tanto, sobre cualquier otra consideración política. Representa la faceta del constitucionalismo, que formula las técnicas idóneas de garantía para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionales. El Estado es un artificio instrumental creado para conseguir un único fin fundamental: garantizar los derechos de las personas. El presupuesto del garantismo es la idea, presente en Montesquieu cuando sostenía que el poder debe dividirse para que se pueda preservar la libertad, conforme a la cual del poder hay que esperar un potencial abuso.

Si bien el garantismo surge en la primera fase de su obra arraigado al derecho penal, es un elemento formador del Estado constitucional. Se extiende luego, con *Principia Iuris*, en su real complejidad, al ámbito de la teoría general del derecho. Toda vez que, como señala Ferrajoli, el paradigma garantista es uno y el mismo que el del Estado constitucional de Derecho, *Principia Iuris* podría considerarse no solo una teoría del derecho para el Estado constitucional, sino, en concreto, la teoría jurídica del garantismo.

PRINCIPIA IURIS

Se trata de la obra cumbre de Ferrajoli, donde presenta su teoría del derecho y la democracia.

...

³ Entrevista de José Roberto Ruiz con Luigi Ferrajoli. 1º de abril de 2009.

En el ámbito ítalo-iberoamericano no hay, y quizá no haya habido, una obra más monumental y de tal ambición y envergadura. Sin dejar de leer y discutir importantes tradiciones intelectuales, germanas, anglosajonas e italianas sobre todo, Ferrajoli construye una teoría jurídica propia. Para el nuevo constitucionalismo latinoamericano, comúnmente referido como utópico o aspiracional (VILLEGAS, 2013, p. 77-97; GAVIRIA, 2014), reviste de singular importancia porque articula con gran rigor intelectual una teoría del derecho que proporciona un aparato conceptual integrado por la perspectiva *jurídica* interna de la dogmática positiva, la perspectiva *fáctica* externa de la sociología jurídica y la perspectiva *axiológica* externa de la filosofía política.

Presenta una propuesta teórica y un proyecto político donde el derecho y la democracia se conciben como dos dimensiones complementarias de una estructura unitaria y completa. El segundo volumen de *Principia Iuris* se dedica a la teoría de la democracia, en particular, a la democracia constitucional. Se estructura a partir de la distinción entre las dimensiones (sustancial y formal), las formas (política y civil), los contenidos (liberales y sociales) y los niveles (infra y supra nacionales) de la democracia.

El concepto cardinal es el modelo de la “democracia constitucional” y su estructura es el Estado constitucional de derecho. La teoría normativa de la democracia es, como indica Ferrajoli, el banco de pruebas de la teoría formal del derecho de los ordenamientos constitucionales modernos. En el sentido de la relación entre teoría del derecho y teoría de la democracia que se presenta en *Principia Iuris*, la democracia constitucional se define como una estructura articulada de instituciones, funciones y prácticas reguladas por normas formales; pero también, y, sobre todo, sustanciales, a las que están sometidos todos los poderes. El Estado constitucional se caracteriza por la no omnipotencia de la política ni del legislador; lo primero, porque la política debe concebirse como un instrumento para la realización y garantía del derecho y, particularmente, de los derechos fundamentales; y lo segundo, porque la validez y —en especial— la legitimidad de las leyes trascienden el hecho de su vigencia. En este sentido se articulan las dimensiones jurídica y política en la teoría unitaria y completa de Ferrajoli, “donde derecho y democracia son dos dimensiones, recíprocamente complementarias, del mismo planteamiento conceptual y del mismo proyecto político” (MAZZARESE, 2007, p. 11). En el Estado constitucional se transforma la relación histórica entre derecho y política, pues aquel ya no queda subordinado a esta. El derecho actúa mediante la política a partir de los vínculos que le imponen los principios constitucionales: los negativos, que no pueden violarse (como los demarcados por los derechos de libertad) y los positivos, que deben realizarse (como los mandatos que establecen los derechos sociales).

Toda vez que el modelo de la “democracia constitucional” es explicativo y normativo, para Ferrajoli debe desarrollarse hacia la garantía de las cuatro clases de derechos (políticos, civiles, de libertad y sociales), frente a los poderes (público o privado, ejecutivo o legislativo) y en los niveles estatal e internacional. En cuanto a su forma de producción, el derecho

se somete a normas; pero en las democracias constitucionales modernas se somete también en cuanto a los contenidos producidos. El Estado constitucional es, para Ferrajoli, el Estado de “derecho” en sentido estricto, porque positiviza los límites y vínculos jurídicos a los que están sometidos los poderes y, en concreto, la política. En las democracias constitucionales se positiviza no solo el “ser” sino también el “deber ser” del derecho.

Estos límites y vínculos, que son los derechos fundamentales, también son democráticos, porque son derechos de todos y, por tanto, hacen referencia al pueblo. Por esta razón *Principia Iuris* anula la tensión entre constitución y democracia, y erradica, de una vez por todas, la crítica a las decisiones de los tribunales constitucionales como “antidemocráticas” o “anti-mayoritarias” porque contrarían decisiones del poder legislativo. No hay un conflicto de legitimidad, porque los derechos operan como una y la misma fuente de legitimidad en ambos campos. La normatividad de los derechos se proyecta sobre el ordenamiento jurídico como un elemento no simplemente ideal-externo, sino ahora jurídico-interno. Son numerosos los contenidos sustantivos (morales) que incorporan las constituciones contemporáneas como criterios de validez de las normas.

La democracia, concebida en su sentido formal, se identifica a partir de las reglas que determinan las instituciones que conforman el Gobierno y sus principales funciones y competencias. Esta idea de democracia es correlativa con una idea simple de Estado donde no detenta otras funciones más que las militares y de orden público. La democracia sustancial ampara y exige un desarrollo jurídico de los límites y vínculos constitucionales, que deben respetar las decisiones democráticas. El Estado constitucional da cuenta, adicionalmente, de los mecanismos de garantía de todos los órdenes de derechos fundamentales. La democracia constitucional no es, entonces, tan solo procedimental (relativa al quién y cómo manda), sino también de contenidos (referida al qué, o qué no, debe mandarse).

En este contexto, Ferrajoli plantea una original transformación a la concepción de la separación de poderes desde que fue adoptada por el constitucionalismo en sus orígenes. Locke la plantea en el segundo de sus *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689) y la desarrolla Montesquieu en *Del espíritu de las leyes* (1747), así como Alexander Hamilton en *El federalista* (1788). La doctrina histórica es limitada porque se concentra en las funciones de protección que son necesarias pero insuficientes para consolidar un Estado constitucional. Las funciones de garantía de los derechos, y sobre todo del amparo al componente prestacional en materia social, son esenciales para reflejar la complejidad institucional de este modelo de Estado.

La concepción de democracia para el Estado “constitucional” implica que este adjetivo relacional le reconoce la máxima validez normativa a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales, los cuales se constituyen, de una parte, en los límites dentro de los cuales puede actuar el poder político y, de otra parte, en el horizonte hacia el cual debe dirigirse para cumplir deberes de garantía a los derechos.

Las competencias administrativas deben configurarse como funciones de garantía de los derechos fundamentales porque si se pretende asegurar la primacía legislativa y la

independencia judicial, los derechos sociales quedarían como postulados programáticos. Ferrajoli, como Bobbio y Alexy, concibe los derechos sociales como fundamentales porque su satisfacción asegura los “prerrequisitos” de la democracia política, toda vez que solo su garantía puede aportar los presupuestos materiales imprescindibles del disfrute de los demás derechos. La constitucionalización de los derechos sociales, es decir, su inclusión dentro del catálogo de derechos fundamentales, pero, sobre todo, su desarrollo jurisprudencial, imponen obligaciones a cargo del Estado de actuar para garantizar, por ejemplo, derechos como la salud.

La teoría y la ciencia jurídicas no tienen, entonces, una función solo contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuyen de forma decisiva a crearlo. Por esta razón, no pueden operar, como soñó Kelsen, como si el ordenamiento no tuviera principios y valores que ocupan la cúspide de la pirámide normativa y le imparten su deber ser jurídico. El derecho se concibe, así, como el medio para construir la democracia porque una democracia plenamente realizada que implica el amparo de los derechos y la contención a la política, no es solo un fin ética o políticamente deseable sino un objetivo exigible desde el punto de vista jurídico. En este sentido, la obra constituye también un aporte fundamental a la discusión sobre el derecho y la moral, porque demuestra que la consideración de la validez del derecho no depende ya más de instancias morales externas, sino de parámetros establecidos por el propio derecho.

Ante fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, la obra de Ferrajoli fundamenta la importancia de proteger las garantías relativas a la pena, al delito y al proceso, es decir, *si, por qué, cuándo y cómo* prohibir, castigar y juzgar. Estas garantías constituyen los límites y controles al poder. En el campo penal condicionan la justificación de su intervención y, de no respetarse, podrían degenerar en fenómenos de terrorismo penal. La necesidad política del derecho penal se legitima mediante la prevención del delito y de las penas arbitrarias. En las democracias constitucionales modernas, los derechos fundamentales definen normativamente los ámbitos y límites del derecho penal.

Estas conceptualizaciones se sustentan en un elemento cardinal de su narrativa: la “esfera de lo no decidible”. Remite a la idea de límites y vínculos a los poderes públicos, pero también privados, tan caros al pensamiento liberal moderno. No es solo una categoría teórico-política, sino también jurídica, propia de la teoría del derecho, que impone a los poderes límites negativos, de no hacer, así como positivos, de hacer, según sus competencias.

La esfera de lo no decidible es un rasgo estructural, de carácter normativo, de las democracias constitucionales. Constituye su dimensión sustancial relativa a lo que *no se puede* decidir (prohibiciones), debido a que vulneraría derechos fundamentales, pero también a aquello que *no puede dejar de ser decidido* (obligaciones o vínculos positivos). La esfera de lo decidible, por su parte, es, entonces, el marco de acción de la política, donde se articulan funciones gubernamentales y legislativas. Ambas esferas restringen a la política por los límites de los derechos fundamentales, pero, a la vez, la orientan y condicionan por sus provisiones.

NOTA DE AGRADECIMIENTO

Agradezco a los profesores Marina Gazcón y Juan Antonio García Amado por compartirme sus observaciones sobre la primera versión de este texto.

REFERENCIAS

CARBONELL, Miguel; SALAZAR UGARTE, Pedro (eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009a.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4 ed. Madrid: Trotta, 2009b.

GAVIRIA, Carlos. Construcción de un orden social, económico y político para la paz. AA.VV., *Dialogo constitucional para la paz*. Bogotá: Universidad del Rosario – Legis, 2014.

MAZZARESE, Tecla. L'indicibile legame della democrazia. *Il manifesto*, dic. 5 de 2007.

VILLEGAS, Mauricio García. Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, v. 15, n. 29, 2013.

Leonardo García Jaramillo

DEPARTAMENTO DE GOBIERNO Y CIENCIAS POLÍTICAS,
UNIVERSIDAD EAFIT – COLOMBIA.

lgarciaj@eafit.edu.co