

## Democracia y derechos fundamentales

### Luigi Ferrajoli en el CLAEH

*Luigi Ferrajoli (Florencia, 1940) es un jurista italiano y uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del derecho penal pero que considera un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales.*

*Se desempeñó como juez entre 1967 y 1975. Desde 1970 fue profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la Universidad de Camerino y, desde 2003, en la Universidad de Roma III.*

*Una de sus primeras obras, escrita junto con Danilo Zolo, fue Democracia autoritaria y capitalismo maduro, publicada en 1978. Otros libros de Ferrajoli: Derechos y garantías, la ley del más débil; Los fundamentos de los derechos fundamentales; Razones jurídicas del pacifismo y Garantismo, una discusión sobre derechos y democracia. Su obra más reconocida es Derecho y razón, teoría del garantismo penal.*

*Invitado por el CLAEH a través del Programa de Derechos Humanos, participó de un coloquio con Alberto Filippi. Este es el núcleo de su exposición realizada el 11 de junio de 2008.*

A mediados del siglo pasado, después de las catástrofes de las guerras, se ha producido un movimiento de conciencia en Europa que ha producido una diferente concepción de la política y del derecho. Se han establecido algunos *nunca más*; algunos principios como límites al poder. Esto es una experiencia italiana, alemana, española, portuguesa y también de América Latina. Después de estos momentos de liberación se ha tomado conciencia de que la *calidad del poder* en un sistema político no está garantizada por el consenso de la mayoría. El fascismo y el nazismo tenían un consenso fuerte. Se ha tomado conciencia de que algunas cosas no son decidibles y algunas cosas deben ser decidibles, cualquiera sea la mayoría.

Esto ha cambiado la naturaleza del derecho y también de la democracia. Este cambio, que es un cambio de paradigma, se ha realizado con el surgimiento de Constituciones rígidas.

¿Qué significan *Constituciones rígidas*? Es una idea nueva, que tiene algunas analogías con la experiencia estadounidense, donde se afirma como idea fuerte, y que promueven también algunos teóricos en Italia y en Alemania. Constitución rígida

significa un conjunto de normas vinculadas por la política, por el legislador. Estas normas son las que establecen algunos principios de justicia: la igualdad, los derechos de libertad, los derechos sociales. Derechos fundamentales como derechos de todos; como bases de la igualdad. Derechos que ninguna mayoría puede violar y que ninguna mayoría puede no satisfacer.

Como consecuencia de esta mutación cambia la naturaleza del derecho. Segundo paradigma positivista que coincide con el viejo paradigma de la democracia formal. La voluntad del pueblo, de sus representantes, el Parlamento es una voluntad superada. Es decir que no tiene límites.

También en la teoría de Kelsen una norma es válida si es producida por los órganos habilitados —en democracia, el Parlamento— cualquiera sea su contenido. Este elemento de gobierno de los hombres reside en el desarrollo del Estado de derecho. Todos los poderes son sometidos al derecho, pero la mayoría, el Parlamento, la soberanía popular no es sometida a nada. Tiene una legitimación absoluta. Nosotros hemos experimentado los peligros de estos modelos. El fascismo ha tomado el poder en forma legal y después ha destruido la democracia.

Las Constituciones establecen límites y vínculos en función de los cuales cualquier ley puede ser denunciada y puede ser derogada por inconstitucionalidad. La validez de las leyes no consiste solamente en el modelo de la democracia constitucional, en la conformidad formal de los procedimientos como expresión de la mayoría; debe ser también coherente con las Constituciones. Es decir que una norma, también de la mayoría, puede ser inválida por su contenido. Se produce una dimensión sustancial de la democracia, la de la validez. Una norma, para ser válida, debe ser también, en su significado, en su contenido, coherente con la Constitución.

Cualquier derecho, cualquier ley, puede ser ilegítima y la ilegitimidad puede también manifestarse no solo en la violación por comisión —omisión de los derechos de libertad, principios de igualdad—, sino también en una violación por omisión. Los derechos sociales requieren ser actuados. El derecho a la salud, el derecho a la instrucción, requieren que se instituya el servicio sanitario obligatorio.

La Constitución es una fuente de legitimación y también es una fuente de deslegitimación. El poder puede ser contestado por su legitimidad si no respeta este pacto de convivencia civil que es la Constitución, este contrato social en forma escrita que tiene cláusulas que son los derechos fundamentales.

Como consecuencia de este cambio de paradigma del derecho, cambia también la naturaleza de la democracia. La democracia no es solamente la voluntad de la mayoría; no es solamente —como dice la etimología de la palabra— democracia política; no es solamente un conjunto de reglas del juego. Esta es una tradición de uso común a los teóricos de la democracia —también a mi maestro Norberto Bobbio— que siembran un sentido de democracia solamente como democracia planteada sobre reglas formales, como si la democracia fuera indiferente al contenido del juego mismo.

Explicar la democracia como sistema puramente formal, procesual, entra en contradicciones con la nueva experiencia constitucional. Según la democracia constitucional italiana y la española, el pueblo o la mayoría no son omnipotentes.

¿Debemos concluir que estos sistemas políticos no son democráticos? Estos sistemas políticos son sistemas más completos, en los cuales se ha producido un cambio de significado de la expresión misma de la regla popular.

El artículo 1 de la Constitución italiana —como el primer artículo de todas las Constituciones— afirma que la soberanía pertenece al pueblo. Creo que esta norma significa solamente una cosa, que pertenece al pueblo y a ningún otro; que ninguna otra persona, ninguna figura representativa, ningún Parlamento puede usurpar. Es el pueblo, es el conjunto de los ciudadanos, de los hombres de carne y hueso. Esta soberanía significa simplemente la titularidad de derechos fundamentales en cada uno y en todos. Los derechos fundamentales de libertad, de derechos sociales son poderes y contrapoderes equivalentes a otros tantos fragmentos de soberanía.

Yo creo que en el Estado de derecho la soberanía no puede tener otro significado. Si soberanía significa potestad absoluta, este es un concepto antijurídico. Si soberanía significa que pertenece al pueblo y a ningún otro, significa titularidad de cada uno de los derechos fundamentales, esto es una garantía contra el abuso, contra el arbitrio, contra el poder absoluto.

Gracias a las Constituciones, yo creo que la democracia hoy puede definirse sobre la base de muchas dimensiones que corresponden a otros tantos derechos fundamentales. Existe una dimensión formal de la democracia que se expresa en el poder de producir el derecho y es legitimada en los derechos formales, de autonomía, de autonomía política que plantean la representatividad.

La democracia es la autonomía civil, la autonomía privada que plantea el mercado, la dimensión civil de la democracia. Esta dimensión formal está planteada sobre dos clases de poderes: los derechos políticos y los derechos civiles, entendiendo por derechos civiles solamente los derechos de autonomía privada.

Estos derechos son derechos poderes. Diversamente a los de libertad o a los derechos sociales, son derechos cuya acción produce efectos sobre la escena jurídica de los otros y debe ser sometida a la ley. Su ejercicio es de un nivel normativo inferior respecto al nivel de los derechos mismos y no pueden ser limitados y vinculados a la ley y sobre todo de la Constitución.

Esta es la dimensión formal, esencial, necesaria de la democracia, pero las Constituciones, sin embargo, han introducido una dimensión sustancial. Sé que no es prescindible y sé que debe ser decidido en la satisfacción de los derechos sociales.

Lo no decidible es la violación de los derechos de libertad. Ninguna mayoría ni unanimidad puede decidir que un hombre sea privado de sus derechos fundamentales. Ninguna mayoría puede decidir la limitación de las libertades fundamentales.

También existe una dimensión sustancial, de carácter positivo, que es asegurada por los derechos sociales. Tomar los derechos sociales en serio significa configurar el sistema de las normas constitucionales como límites y vínculos a y entre los poderes, que hacen funcional todo el sistema político a la garantía de los derechos de todos. Una garantía que puede realizar niveles aceptando la igualdad, la igualdad en la utopía, la igualdad de los derechos fundamentales. Ciertamente no es la igualdad en los derechos patrimoniales.

Existe una oposición entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Los derechos fundamentales son derechos de todos; son universales, inalienables, inderogables. Los derechos patrimoniales, por su naturaleza, son derechos singulares, secundarios; son disponibles, alienables.

Esta distinción es muy importante porque ha sido ignorada por la concepción liberal, que ha identificado propiedad y libertad, autonomía y libertad, con efecto de legitimar la propiedad y también la parte de límites a los poderes privados, a los derechos civiles, con el valor asociado a la libertad. Paradojalmente, en la tradición comunista se produjo el fenómeno inverso, subalterno a la cultura liberal. Se han descalificado los derechos de libertad por los derechos de propiedad.

La legitimación política y también jurídica depende únicamente del respeto a los derechos fundamentales que, para ser efectivos, necesitan de una garantía secundaria que es la jurisdicción. Una de las invenciones de Kelsen que ha sido afirmada por las Constituciones italiana, alemana, española, portuguesa, brasilera es el Tribunal Constitucional, que puede anular leyes inválidas.

No es suficiente con tener una Constitución. No es suficiente proclamar derechos. Todos los derechos fundamentales necesitan garantías que son introducidas por leyes de actuación. También el derecho a la vida, sin el Código Penal y la previsión del homicidio como delito, no estaría garantizado. Todos los derechos fundamentales, no solamente los derechos sociales, requieren legislación de actuación, que siempre es una legislación imperfecta.

Es necesaria una fuerte inventiva e imaginación jurídica para desarrollar garantías eficaces contra los poderes políticos, contra los poderes privados, que son garantías de diferente estructura. Y sobre todo es necesaria la voluntad política. También la construcción de la Constitución misma es producto de la política, de las luchas sociales. Todos los derechos fundamentales son el fruto de otras tantas generaciones revolucionarias: los liberales, los burgueses del setecientos, las luchas obreras, las luchas de las mujeres, las luchas de los inmigrantes... , porque siempre está la tendencia del poder de acumularse en forma absoluta y violar su fuente de legitimación.

Debemos vigilar cuando se dice «*hemos realizado la democracia*». La democracia tiene esta necesidad de actuación, no solo en el plano normativo, también en el plano judicial, en el plano administrativo. Es una construcción social porque todo esto es efectivo solamente si es sostenido en el sentimiento cívico, en las luchas por los derechos y por el derecho. Existe una interacción entre derecho y sentimiento cívico, y sobre esa interacción se basa la fenomenología de la democracia.

Copyright of Cuadernos del CLAEH is the property of Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH) and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.