

Derechos fundamentales y garantías^(*)

Fundamental rights and guarantees

FERRAJOLI, Luigi^(**)

(*) **Nota de edición:** El presente artículo es la transcripción de la ponencia del distinguido jurista y maestro italiano, Dr. Luigi Ferrajoli, que expuso en la III Convención Mundial de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales realizado en la ciudad de Cajamarca, Perú, los 25 y 26 de octubre del presente año 2018, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Centro de Investigación Jurídica *Essentia Iuris* y auspiciado por el Colegio de Abogados de Cajamarca, Estudio Jurídico Chávez Rosero & Asociados y Estudio Jurídico López & Velásquez Asociados. Hemos agregado un resumen, así como el sumario y subtítulos para guardar los estándares de la Revista y facilitar la lectura y el análisis de la trascendente ponencia.

(**) Luigi Ferrajoli, Florencia, Italia, 6 de agosto de 1940, es uno de los principales teóricos del garantismo del Derecho Penal, teoría que desarrolló sobre todo los ámbitos de Derecho, especialmente aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales, la democracia y el Estado. En 1969 obtiene la habilitación en Filosofía del Derecho con el trabajo *Teoría Axiomatizada del Derecho. Parte general*. De 1970 a 2003 fue profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho en la *Università degli Studi di Camerino*, donde fue Director del Instituto de Estudios Histórico-Jurídicos, Filosóficos y Políticos, y Decano de la Facultad de Jurisprudencia. A partir de 2003 enseña en la Universidad de Roma, de la que actualmente es profesor emérito de Filosofía del Derecho. Luigi Ferrajoli se ha desempeñado como juez y filósofo entre 1990 y 1995. Es autor de numerosas publicaciones tales como: *Democracia autoritaria y capitalismo duro*, escrito junto a Danilo Zolo, *Derecho y Razón*; *Teoría del garantismo penal*; *Derechos y Garantías. La ley del más débil*; *Epistemología y Garantismo*; *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*; *La Democracia a través de los Derechos*; *El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*; *Los derechos y sus garantías*. El Dr. Luigi Ferrajoli ha sido reconocido como Doctor Honoris Causa por importantes Universidades del mundo, tales como Universidad Autónoma de Madrid, España, Universidad de Barcelona, España, Universidad Castilla la Mancha, España; Universidad de Buenos Aires, Argentina; Universidad Nacional de la Plata, Argentina; Uni-

SUMARIO: I. Introducción. II. Democracia formal y sustancial y garantías. III. Dimensiones de la democracia y garantismo. IV. Democracia formal y validez. V. Crisis de la democracia. VI. Futuro de la democracia y del constitucionalismo.

Resumen: El maestro Ferrajoli con esta ponencia resalta el surgimiento y contenido del garantismo desde el Derecho Penal hacia los Derechos Fundamentales. Asimismo hace hincapié de las dimensiones de la democracia y el garantismo, especialmente de la dimensión social y su relación con los derechos sociales y sus garantías. Asimismo hace constancia de la crisis de la democracia, sus riesgos frente a las crisis planetarias y los riesgos del descontrol de los poderes fácticos. Finalmente identifica los rasgos del futuro de las democracias, de los derechos fundamentales y del constitucionalismo.

Palabras clave: Garantías, derechos fundamentales, democracia, derechos sociales, constitucionalismo.

Abstract: *The Ferrajoli master with this paper highlights the emergence and contents of the do from the criminal law towards fundamental rights. It also emphasizes the dimensions of democracy and the do, especially the social dimension and its relation with social rights and their guarantees. It is also proof of the crisis of democracy, its planetary crises and risks from the lack of control of the powers that be. Finally identifies the features of the future of democracy, fundamental rights and constitutionalism.*

Key words: *guarantees, fundamental rights, democracy, social rights and constitutionalism.*

I. Introducción

Buenas tardes, reciban mi afectuoso saludo y agradecimiento por su invitación, por su acogimiento y su asistencia a este evento, al cual asisto con placer, más aún después de escuchar tantas importantes ponencias sobre Derechos Fundamentales y Garantías.

versidad Nacional de Córdoba, Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina; Universidad de Cuyo, Argentina, Universidad del Litoral, Argentina, Universidad de Chile, Universidad de Valparaíso, Chile, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador, Universidad de Guayaquil, Ecuador, Universidad Libre de Bogotá, Colombia; Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional de Cajamarca, Perú. entre otras.

El Garantismo es hoy una cuestión fundamental del Derecho, se trata de un término que yo mismo dilucido vital, que ha nacido en el tenor del Derecho Penal y, sin embargo, tiene la capacidad de ser una clave de lectura de la efectividad de todos los Derechos, lectura que trae consigo la construcción de los límites ínsitos a los poderes jurídicos y a los poderes privados.

Esta es la razón principal del enfrentamiento del poder y las garantías. Para la estructuración de la teoría del Garantismo, debe estudiarse la influencia que sus componentes tienen en aquella primigenia relación de enfrentamiento entre el ejercicio legítimo del poder y las garantías vistas como el componente objetivo de dicha estructura. Sobre esta discusión se han esbozado ya diversos argumentos que explican la autonomía de los poderes respecto de las garantías y de la influencia de éstas en el ejercicio de los primeros, por tratarse de límites ínsitos, pues tutelan la garantía de los derechos fundamentales, que parten por los intereses propiamente que se oponen a estos límites.

II. Democracia formal y sustancial y garantías

Debemos leer la realidad del Derecho existente con el punto de vista de la Constitución y sus garantías, proveer no solo su legitimación, sino también su deslegitimación. El Constitucionalismo de la posguerra en Italia, en Alemania, en España y, también en América Latina, ha transformado la idea misma de democracia, primero en el sentido común, según su significado etimológico, pero también en base a las teorías dominantes; como la del maestro Norberto Bobbio, Sartori, entendida ésta -la democracia- como un método de la producción de las decisiones legislativas, de las decisiones políticas, solo privilegiando la forma, el don, es decir la procedencia de garantizar las representatividad de la voluntad popular; pues bien, esta noción de democracia es obviamente necesaria, remarco es una dimensión necesaria. Sin embargo, no es suficiente, pues para explicar la naturaleza de la democracia constitucional moderna no basta una dimensión formal sino también una sustancial. Las Constituciones han establecido límites y vínculos a todos

los poderes, lo mismo que han diseñado lo que es llamado la esfera de lo no decidido, lo que ninguna mayoría puede decidir o no decidir.

Es decir, ninguna mayoría puede limitar o reprimir los derechos fundamentales, los derechos de libertad. Ninguna mayoría puede no satisfacer los derechos sociales, a la salud, a la educación, contraviniendo el ideal común de la ideología liberal, pues son las más importantes inversiones económicamente productivas; los países más ricos que existen en Europa del norte, hasta la misma Italia, Alemania, que después de la Segunda Guerra Mundial fueron debilitados, relativamente heridos; se constituye en la causa de la garantía de los derechos sociales, pues estos derechos no son o no deben ser entendidos como un lujo para los países pobres, son la primera inversión de los países pobres sin la garantía de los derechos sociales son también condiciones de desarrollo económico.

Pues bien, las constituciones rígidas posguerra, también la peruana, han cambiado las condiciones de validez de las leyes, pues no se trata solamente del respeto de las formas, del procedimientos, sino también el respeto de la sustancia; es decir, de los derechos fundamentales que imponen la no contradicción de parte de la ley y la actuación por parte de la legislación de los derechos fundamentales.

III. Dimensiones de la democracia y garantismo

Contrariamente a la idea certificada de la democracia formal, política, hoy la democracia es un sistema político muy complejo, que tiene cuatro dimensiones, correspondiente a otros tantos tipos de derechos fundamentales, la dimensión política y la civil, aseguradas por la garantía de los derechos políticos y los derechos civiles; los derechos políticos en la esfera del Estado, la esfera pública, los derechos civiles en la esfera del mercado, que son derechos y poderes, su efectividad y su ejercicio tiene un gran nivel en la realidad de las fuentes, subordinado a la Ley y a la Constitución. Otras dimensiones de la democracia, es decir, la dimensión liberal, la dimensión social garantizada por los derechos de libertad y los derechos sociales, se explica, se manifiesta, se realiza a través del Garantismo.

Garantía es un término que proviene del Derecho Romano, relativa a los derechos patrimoniales, pero actualmente se entiende sobretodo como las garantías de los derechos fundamentales; existe una diferencia estructural entre la idea de los derechos patrimoniales y los fundamentales, mientras que la garantía de los derechos patrimoniales se producen simultáneamente los derechos civiles, el débito simultáneamente al crédito, la prohibición de lesionar la propiedad privada simultáneamente al derecho de propiedad; los derechos fundamentales requieren todos leyes de actuación que introduzcan las garantías.

No es suficiente establecer el derecho social a la salud, sino que ello impone la introducción de leyes de actuación que obliga a la esfera pública a prestar la asistencia sanitaria gratuita, universal; lo mismo se puede decir para el derecho a la educación; el derecho mismo a la vida que sería declarativo sin la garantía de la prohibición del homicidio o sin la garantía de la prohibición de la pena de muerte.

Todos los derechos fundamentales requieren garantías, lo que se encuentra relacionado a la conformación de una política de garantías; los derechos fundamentales tomados en serio, requieren la introducción de garantías por parte de la política, creo que se ha producido una verdadera revolución institucional con el constitucionalismo garantista; antes la ley era la fuente suprema, y no era sometida a ninguna otra ley, era la última y perfecta forma de gobierno de los hombres en contradicción con el principio del gobierno, lo que ha producido el suicidio de la democracia, el fascismo, el nazismo han tomado el poder con medios legales, a través de acciones, y han destruido la democracia, a través de formas legales, con una ley ordinaria, sin rigidez; la gran invención de la posguerra ha sido la rigidez constitucional, con lo cual la política ha sido sometida a estos pactos de convivencia que conforman las constituciones y los derechos fundamentales, hoy estamos en presencia de una crisis que está dirigida al pueblo que continúa con esta conducta, quitando las bases institucionales al Estado de Derecho Constitucional.

Lidera mucha ideología populista, no casualmente de acuerdo con la ideología liberal, la esencia de límites y obligaciones de los poderes

políticos por un lado y de los poderes económicos y financieros por otra parte. Lideran otra vez que los poderes políticos son legitimados únicamente en el voto popular, los poderes económicos que son a través de una identificación conceptual con libertad, mientras que existe una diferencia estructural entre libertades de autonomía civil que son derechos que producen efectos en la esfera pública, en la esfera de los ciudadanos que deben ser sometidos a la ley. Estas dos ideologías están amenazando las estructuras del Estado de Derecho.

IV. Democracia formal y validez

Existe también en el plano de la teoría del derecho algunos principios contra el paradigma de la democracia constitucional; eso en particular, el teórico del Derecho más importante, Hans Kelsen o mi maestro Norberto Bobbio, la idea de que la validez es idéntica con la existencia, que la democracia es solamente un método formal de producción normativa, que sin obligaciones y, este es Kelsen específicamente, que sin sanciones, no existe el Derecho, yo creo que esta es una tesis, en la cual Kelsen se ve en contraste con sí mismo, Kelsen contra Kelsen; debemos a Kelsen la teoría de la estructura, de los grados en el ordenamiento, la invención del juicio de constitucionalidad; sin embargo ha postulado también esta idea según la cual sin sanciones, sin las obligaciones correspondientes, no existe el derecho, con efecto sobre los derechos fundamentales en la idea de que sin legislación de actuación no serían derechos, se trata de una tesis antipositivista expresada paradójicamente por el máximo exponente del positivismo jurídico, es una tesis que contrasta con el principio penal de que es derecho todo lo que es producido por fuentes legitimadas. Tesis que contradice la jerarquía de las fuentes, sobre la base de esta tesis el legislador tiene el poder de no aplicar la Constitución, de no introducir dentro de la legislación las correspondientes garantías.

Existe también otra orientación teórica, la formulación del realismo, del cual hablaré muy someramente, es decir el realismo jurídico,

que se manifiesta en la tesis de que el derecho es lo que se produce por las fuerzas del legislador, que produce mi comprensión de la normatividad de las constituciones, que impone el deber y el derecho también criticando las antinomias y las lagunas, es decir la violación del derecho mismo la violación de los derechos fundamentales, en otra propuesta el realismo político, no hay alternativa a los que se pasa, yo creo que el garantismo, respecto a las dos ideologías, la ideología populista y la liberal, orto liberal, de la falta de límites a los poderes del Estado, a los poderes políticos y, por otra parte, a los poderes económicos.

V. Crisis de la democracia

Frente a los lineamientos de carácter realista, sin garantías no existen derechos, debemos leer la parte de las garantías con diligencia, debemos leer la violación u omisión de la actuación con antinomias y lagunas, como vicio, esta es la tarea más importante hoy de la ciencia jurídica, debemos ser conscientes que hoy existe una crisis en la democracia constitucional que se manifiesta en muchas dimensiones; en este congreso la gente ha hablado de la violencia contra las mujeres, de la violación de los derechos fundamentales de libertad, de la violación de los derechos sociales, del crecimiento de la pobreza, de la falta de garantías en materia penal, en particular esta paradoja absurda de ver a la prisión preventiva como instrumento de punibilidad en contradicción con la presunción de inocencia; sin embargo existe también otro peligro conectado al hecho de que, después que se ha perfeccionado el modelo de la democracia constitucional, con los límites y obligaciones a los poderes del Estado, éste ha dejado de ser el lugar exclusivo del poder, la propia legislación se manifiesta ahora como el poder sin garantías, sin esfera pública, yo creo que el futuro de la democracia incrementado a este desarrollo del constitucionalismo de garantías, existe una expresión Estado de Derecho en que es sintomática la idea de que los poderes del Estado deben ser sometidos al derecho y no los poderes del mercado que son poderes legítimos, sin embargo, deben ser sometidos a la ley ordinaria y a la norma constitucional.

VI. Futuro de la democracia y del constitucionalismo

El futuro de la democracia y del constitucionalismo, es más, la supervivencia misma de la humanidad, del planeta, contra el desarrollo de poderes salvajes, sin límites, a nivel grupal que producen el debilitamiento del medio ambiente, el peligro de destrucción nuclear, contra esos peligros la sola respuesta racional es el límite, el vínculo, contra todos los poderes, puede parecer un utopía, pero la verdadera utopía es la idea que la realidad no puede restar la manera como es sin producir catástrofes, la verdadera utopía es que los poderes del mercado y de la política, los poderes domésticos, el del más fuerte, pueda prevalecer por la falta de límites, el futuro de la democracia, de la paz, hoy aportan más que nunca al Derecho, esto es una novedad; en el pasado, la ciencia política era una ciencia conservadora, la jurisdicción era un poder conservador; hoy se ha producido una inversión, la política es impermeable, la asimetría del carácter global de la economía, el carácter local de la política; la jurisdicción constitucional y ordinaria es el lugar de la configuración de los derechos, muy débil por la falta de garantías, hoy se ha producido esta función progresiva y democrática del derecho, los jueces y los juristas transformar la función de la constitución, siempre la cultura jurídica se ha opuesto, e infortunadamente los referéndums que han sido celebrados han confirmado la Constitución en estos términos.

La Ciencia Jurídica puede ser el lugar de la defensa de los derechos, el lugar del progreso, esto confiere un sentido nuevo a nuestra materia, un sentido revolucionario, transformador, igualdad, dignidad de la persona, son principios violados masivamente a nivel mundial, las ocho personas más ricas del mundo tienen la misma riqueza que la mitad de la población mundial, esto es una locura intolerable, la actuación de las garantías es hoy la lucha por el Derecho y la lucha por los derechos es hoy la cosa más pertinente y relevante para la ciencia jurídica y los juristas, lo que hace de nuestro trabajo importante en un sentido civil, no solamente científico, la ciencia política no debe limitarse a describir los derechos, debe también criticar, proyectar nuevas garantías, tomando en serio estos pactos, debemos saber que siempre habrá un margen de ineffectividad, jamás habrá un constitucionalismo perfecto con una per-

fecta actuación de los derechos; sin embargo, la lucha por los derechos consiste, sobretodo en la crítica de su violación, en el cumplimiento de las promesas, este es un papel preponderante de la ciencia política y sobretodo de la ciencia jurídica, su rol actual radica en la capacidad de comprometer a los juristas de todo el mundo, porque sus implicancias son globales, se trata de una novedad en el mundo por la primera vez que existe un interés de la humanidad, un interés público que no es solamente el interés nacional, del Perú, de Italia, de Europa, sino que es un interés de todos, todos estamos interesados en la paz que requiere igualdad, la garantía de los derechos fundamentales para todos que produce la posibilidad de una lucha global por los derechos, de una ciencia política conectada a nivel internacional, el Constitucionalismo hoy puede dividir la teoría, la concepción compartida por todos los países organizados, del derecho, la política y la democracia.