

VALORES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado

RESUMEN. Los conceptos asociados en el título no se hallan, formalmente, en el léxico de *Principia iuris*, pero remiten con claridad a dos momentos centrales del Estado constitucional de Derecho: la dimensión sustancial de la democracia y el papel esencial de las instituciones de garantía, como netamente separadas de las de gobierno, por razón de su fuente de legitimación, de su función y de su modo de operar. La distinción, lleva a FERRAJOLI a un replanteamiento profundo de la esfera pública, sobre todo, del modo de entender la tradicional división de poderes, necesario para dar cuenta de la complejidad institucional de este modelo de Estado.

Palabras clave: FERRAJOLI, democracia constitucional, Estado constitucional de Derecho, instituciones de garantía.

ABSTRACT. The concepts linked in the title of this paper are not specifically included in the lexicon of *Principia iuris*. However they refer neatly to two basic notions of the constitutional rule of law state: the substantial dimension of democracy and the essential role played by institutions of safeguard, clearly separate from institutions of government on the basis of its source of legitimacy, its function and the way they operate. This distinction leads FERRAJOLI to rethink in depth the public sphere, particularly as regards the understanding of the traditional principle of separation of powers, which is necessary in order to explain the institutional complexity of this model of state.

Keywords: FERRAJOLI, constitutional democracy, constitutional rule of law state, institutions of safeguard.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

1. INTRODUCCIÓN

Debo iniciar esta intervención con una expresión de gratitud y con un afectuoso reproche, dirigidos a T. MAZZARESE (y también a L. FERRAJOLI) por la invitación que me sitúa en el centro —es obvio que sólo geográfico— de una mesa redonda sobre «valores de la democracia constitucional». Gratitud por haber pensado en mí con ese fin. Y, no sé si con algo de paradójico, afectuoso reproche por este mismo motivo. Francamente, me cuesta entender que dos acreditados virtuosos del análisis y del método hayan podido confundir planos discursivos y ámbitos tan claramente diferenciados como el de los afectos y el propio del conocimiento y la competencia teórica. Pues, lo *denuncio* como lo siento: haber contado conmigo es una cuestión de afecto, como, por lo demás, se entenderá enseguida.

Una segunda observación es que, con la misma sinceridad, no tengo ninguna observación crítica que hacer al planteamiento de L. FERRAJOLI. Al contrario —con las inevitables limitaciones teóricas: soy un juez— estoy profundamente identificado con él. El horizonte teórico que ha diseñado es en el que, modestísimamente, trato de moverme desde hace ya tiempo. Su modo de entender el papel de la jurisdicción en relación con el Derecho y con los derechos, es el que, dicho sea con la misma modestia, intento plasmar en mi quehacer profesional. Vamos, que dicho con otras palabras: soy *creyente*.

2. VALORES CONSTITUCIONALES

¿Qué hay que entender por «valores de la democracia constitucional»? El término «valores» asociado al concepto de «democracia constitucional» no figura en el índice analítico de los dos volúmenes de *Principia iuris*. Pero L. FERRAJOLI ha respondido a esa pregunta en más de una ocasión en los términos del art. 16 de la Declaración de derechos de 1789: sólo hay constitución —sólo hay democracia constitucional, diríamos ahora— allí donde esté asegurada: *a)* la garantía de los derechos fundamentales; y *b)* la separación de poderes.

Así, aunque el término «valores» no forma parte, explícitamente, del léxico de *Principia iuris*, la garantía de los derechos y la separación de poderes que ésta requiere son los dos valores o principios que integran la que L. FERRAJOLI llama «esfera de lo no decidable (que o que no)». En referencia al conjunto de límites y vínculos que las constituciones rígidas imponen al ejercicio de cualquier poder, como condición de efectividad de los derechos.

Por tanto, según creo, el tema de los «valores de la democracia constitucional», en la perspectiva del autor de *Principia iuris*, debe ser considerado en dos planos:

- El de la dimensión *sustancial* de la democracia (constitucional), representada por la garantía de los derechos fundamentales; y
- El de la dimensión *formal*, integrada, a su vez, por dos elementos: el carácter representativo de las funciones de gobierno, y la nítida separación de éstas de las funciones de garantía de aquellos derechos.

3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto «esfera de lo no decidible», central en *Principia iuris*, guarda relación con otros conocidos del léxico político: el de «coto vedado» de E. GARZÓN VALDÉS; y el de «territorio inviolable» de N. BOBBIO. Los tres remiten a la idea de límites a los poderes públicos, tan caros al pensamiento liberal. Pero la construcción de L. FERRAJOLI presenta, en relación con aquéllas, algunas diferencias, que él mismo ha señalado:

— En *Principia iuris*, la «esfera de lo no decidible» no es sólo una categoría teórico-política, sino una categoría jurídica propia de la teoría del Derecho. Un rasgo estructural, de carácter normativo, de las actuales democracias constitucionales.

— La de «esfera de lo no decidible» demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un ámbito de deberes positivos. Es decir, un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador —lo que no puede ser decidido por éste— en garantía de los derechos de libertad. Y también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestas al legislador —lo que debe ser decidido por éste— en garantía de los derechos sociales.

— La «esfera de lo no decidible» es tal frente a los poderes públicos y también frente a los poderes privados. Frente al Estado y frente al mercado. Porque también los derechos de autonomía civil o negocial son «derechos-poder» que inciden en la esfera jurídica de los demás con riesgo de lesión para sus derechos fundamentales. Por ello, deben estar sometidos a límites y vínculos, como los poderes políticos que resultan del ejercicio de los derechos políticos.

— En fin, la «esfera de lo no decidible» es la «dimensión sustancial de la democracia» constitucional (relativa a *lo que no puede* y a *lo que no puede no ser decidido*); en oposición a la «dimensión formal» (relativa al *cómo* y al *quién* de las decisiones).

4. LA SEPARACIÓN DE PODERES

La «esfera de lo decidible» es la, discrecional, de la política; el campo de las que L. FERRAJOLI llama «funciones e instituciones de gobierno». Mientras que la «esfera de lo no decidible», es la propia de las instituciones de garantía, de la sujeción a la ley, estrechamente vinculada, por tanto.

Esta distinción de planos lleva al autor de *Principia iuris* a un replanteamiento de la esfera pública en su conjunto. En particular, del modo de entender la separación de poderes, para dar cuenta de la complejidad del orden institucional del vigente Estado constitucional en lo relativo a los mecanismos de garantía de todos los órdenes de derechos fundamentales. Algo que no sucedía con la versión histórica del concepto, tributaria de un modelo de Estado mucho más simple, sin apenas otras funciones que las policiales, de orden público y las militares, de defensa.

La concepción de MONTESQUIEU tenía y tiene un indiscutible valor positivo: asegurar la primacía del parlamento y garantizar la independencia judicial. Pero —vista desde hoy— también un aspecto negativo, pues todo lo relativo a la dimensión prestacional del Estado social (por no ser materia legislativa ni judicial) queda en manos de la administración pública, como mera gestión. Sin considerar, escribe L. FERRAJOLI, que

una parte esencial de esas competencias (como las relacionadas con la sanidad, la previsión social y la educación), aun siendo administrativas, tienen que configurarse como funciones de garantía de los correspondientes derechos fundamentales. Porque su ejercicio, al igual que sucede con el de la jurisdicción, consiste en verificar con tendencial objetividad, con imparcialidad, por tanto, la existencia de ciertos datos fácticos, legalmente previstos como presupuesto de aplicación de una norma.

5. FUNCIONES DE GOBIERNO Y FUNCIONES DE GARANTÍA: CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN

Dada esta diversidad de esferas, la de lo *no decidible* y la de lo *decidible*, FERRAJOLI propone un nuevo diseño del marco de los poderes públicos, conforme a un criterio riguroso de individualización de las respectivas funciones que deben estar netamente separadas. Este criterio es el de la diversidad de las fuentes de legitimación, que en el caso de las funciones y las instituciones de gobierno —de gestión y cuidado de los intereses generales (esfera de lo *decidible*)— será la representación política, a través del sufragio. En cambio, la función de garantía, de tutela individual de los derechos fundamentales (esfera de lo *no decidible*), que consiste en verificar la existencia de los presupuestos fácticos de aplicación de la ley y calificarlos jurídicamente, se legitima por la rigurosa sujeción a esa misma ley que debe ser aplicada.

Así, entran en la esfera de lo *decidible* las funciones políticas propias del legislativo y del ejecutivo: que comportan poderes que FERRAJOLI llama *de disposición*, de producción o innovación jurídica. Y en la de lo *no decidible* las funciones de garantía, entre las que, además de la jurisdiccional, sitúa las administrativas de garantía, consistentes —dice— en tomar decisiones en el uso de poderes *de cognición*, mediante la identificación de supuestos de hecho y su subsunción en normas jurídicas.

A juicio de FERRAJOLI, tal diversidad de fuentes de legitimación demanda y justifica la separación de los respectivos poderes y funciones. De este modo, la representación política, que habilita para adoptar decisiones, como las aludidas, en el ámbito de lo *decidible*, no habilita, en cambio, para interferir en el ejercicio de las funciones de garantía, que, como su mismo principio de legitimación, son tendencialmente contramayoritarias.

6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ESFERA DE LO INDECIDIBLE

En el Estado legislativo de Derecho, la falta de una consagración constitucionalmente fuerte de los derechos hoy fundamentales, hacía que el Estado fuera *de Derecho* sólo en sentido legal. Así la ley era expresión incondicionada de la omnipotencia de la mayoría. Y la política, sólo vinculada en el orden de los procedimientos, era radicalmente autónoma en todo lo demás.

Esa forma estatal no resistía *la prueba* del art. 16 de la Declaración de derechos de 1789, al ser, en realidad, la propia de un Estado «sin Constitución», desde el punto de vista de los derechos, dado el enorme vacío de garantía de éstos.

El Estado constitucional de derecho vino a cubrir este vacío del modo acorde con la que L. FERRAJOLI llama «estructural vocación a la rigidez» de (todos) los derechos, que «no pertenecen a la mayoría sino inderogablemente a todos y cada uno» de los individuos de carne y hueso. Por eso, la configuración de éstos como *esfera de lo no decidible que es o que no es* lo más coherente y supone un cambio de paradigma en la materia, pues determina la vinculación de la política al respeto y la efectividad de los mismos. Con una innovación esencial: que el carácter de fundamentales se extiende también a los derechos sociales, que en el planteamiento del autor reciben el tratamiento que normativamente les corresponde. Por algo, tan simple y tan importante a la vez, como que sólo «la satisfacción de los derechos sociales asegura los “pre-requisitos” de la democracia política». Pues sólo la garantía de los derechos sociales aporta «los presupuestos materiales» de los demás derechos. Una evidencia incomprensiblemente descuidada por la teoría del Derecho y por la filosofía política.

De este modo, si los derechos (individuales) fundamentales, son, en expresión de HÄBERLE, el «fundamento funcional de la democracia», la satisfacción de los derechos sociales es una precondition de posibilidad del ejercicio de aquéllos y, por consiguiente, de la propia democracia. Por eso, utilizando el símil marxiano, podría decirse que la teorización del Estado constitucional de Derecho llevada a cabo en *Principia iuris*, pone sobre sus pies al Estado de Derecho, que antes andaba en cierto modo *de cabeza*.

El señalado cambio de paradigma reclama un soporte institucional idóneo para las correspondientes funciones de garantía, es decir, la creación de una red de instituciones separadas e independientes de las funciones e instituciones de gobierno. Y en tal sentido FERRAJOLI prolonga con rigor su planteamiento, extrayendo al respecto todas las implicaciones del modelo constitucional.

¿Será verdad que de aquí se sigue una especie de sofocación, cierta cancelación del espacio vital de la política? Claramente, no. Ésta tiene el amplísimo campo de actuación representado por la esfera de *lo decidible*, en la que se integran las funciones legislativas y de gobierno, de desarrollo normativo y de dirección política. Y también, como señala FERRAJOLI, la de la dotación de las funciones de garantía con la puesta a punto y el mantenimiento de las instituciones correspondientes.

Sabemos muy bien que en la raíz del constitucionalismo de la segunda posguerra está el propósito manifiesto de alzar un «nunca más» frente a las más terribles degradaciones de la política. Pero no sólo esto, pues al dotar a los derechos de la condición de fundamentales, construyendo con ellos la esfera de *lo no decidible*, dio otro paso, previo en el orden lógico, que está en la misma línea de ese propósito fundacional: erigir una eficaz y estable barrera de Derecho frente a toda forma de alienación de la política, e incluso del Derecho mismo y de todas sus articulaciones institucionales, cerrando de este modo el círculo de la garantía.

Por eso, entiendo que *Principia iuris* hay mucho más que la imaginativa e inteligente expresión de voluntarismo garantista (un poco ingenuo) del jurista *impegnato*, que algunos sugieren. Y no porque en *Principia iuris* no haya *impegnato* garantista —que, naturalmente, lo hay, y del mejor— sino porque este *impegnato* no *lo pone*, más o menos opcionalmente, el autor. En efecto, pues con este trabajo ciclópeo L. FERRAJOLI *se ha limitado* a dotar de una transparencia radical a la lógica del modelo constitucional, operando con ella desde la raíz hasta las últimas consecuencias.

Y, al hacerlo, no sólo se ha enfrentado, con éxito indudable, a una tarea gigantesca, sino que ha puesto a la teoría del Derecho y a la dogmática ante la responsabilidad ineludible de hacerse cargo de los valores de fondo del ordenamiento, que, precisamente, dictan a éste su deber ser jurídico. La teoría y la ciencia del Derecho, además de describir, siempre han *construido*. Por eso, en vista de la calidad del actual contexto normativo, siendo coherentemente kelsenianas, no pueden operar cual si aquéllos principios no estuvieran, como efectivamente están, *dentro*, y, además, ocupando el vértice de la pirámide normativa.

La obra de L. FERRAJOLI reúne todas las virtudes unánimemente puestas de manifiesto por los intervinientes en las jornadas de Brescia, de las que provienen estos textos. Pero, para concluir, quiero hacer referencia a una que desborda las fronteras del campo de lo teórico y que, a mi juicio, tiene particular significación. Me refiero al demostrado potencial de su obra para contribuir eficazmente a reforzar/recuperar la confianza en el Derecho como instrumento idóneo para procurar una vida mejor a las personas de carne y hueso.

Este valor lo he visto expresado muchas veces en una elocuente metáfora, la del imponente *matton* de *Derecho y razón* (miles de veces fotocopiado) en las manos de tantos jovencísimos juristas latinoamericanos. Los que hasta hace experimentaban la fascinación del abolicionismo, y caían en cierto paradójico nihilismo suicida en materia de Derecho. Un abolicionismo y un nihilismo hoy ampliamente desplazado en esos países por la adherencia, nada ingenua y nada casual, al garantismo ferrajoliano.