
Reseñas bibliográficas

LUIGI FERRAJOLI. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello y Alexei Julio Estrada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, 190 pp.

Al finalizar la lectura del texto, queda la sensación de que acudimos a presenciar profundas transformaciones al interior de la ciencia jurídica, sobre todo en las formas de entender, explicar, aplicar, teorizar y proyectar el derecho positivo.

La idea que le sirve de hilo conductor a los ensayos acertadamente seleccionados y compilados por los traductores, lleva el vértigo de una propuesta revolucionaria, el cambio interno de los ordenamientos jurídicos avanzados hacia lo que el autor denomina «el paradigma constitucional». Paradigma que, primero, rompe con las ideas tradicionales del positivismo jurídico, una serie de axiomas o premisas de los ordenamientos jurídicos elaborados a imagen de un positivismo delicadamente perfeccionado por los juristas de la teoría del derecho del siglo xx, resumidas en dos pretensiones: la de completud y coherencia como características empíricas constatables del ordenamiento jurídico y la de avaloratividad del derecho por el afán de “pureza” como característica necesaria de una verdadera ciencia jurídica; y segundo, la remodelación y virtual abandono de ciertas ideas del estado liberal clásico, la recuperación de la importancia de las instancias representativas también sujetas a la legalidad (mejor, a la constitucionalidad) y el imposterizable deber de apostarle a la ampliación de las garantías como protección efectiva de los derechos fundamentales (individuales y sociales) en todos los ámbitos de la vida humana. Paradigma que se hace posible gracias a la introducción en el mundo de lo jurídico de un “constitucionalismo rígido” que obliga abrir las puertas a elaboraciones teóricas ambiciosas en materia

de garantías a los ciudadanos y límites a los poderes tanto públicos como privados.

La compilación se estructura en dos grandes capítulos: el primero dirigido a mostrar la influencia filosófica del autor, muy ligado a la filosofía analítica italiana, la presencia de Norberto Bobbio como exponente representativo de la misma y de cuyas ideas plasmadas en su ensayo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, publicado en 1950, se sirve el autor para fundamentar filosóficamente su proyecto teórico y también para señalarle directrices importantes, las reflexiones obligadas del y sobre el lenguaje jurídico, y la elaboración de una teoría jurídica que pueda satisfacer las demandas que el nuevo paradigma impone: penetrar en ámbitos hasta ahora indiferentes para el derecho, limitar en aras de un verdadero garantismo los poderes políticos y económicos, públicos y privados ejercidos extra y paralegalmente, elaborar una teoría que le dé consistencia a los derechos sociales y abogue por su eficaz protección y reconocimiento en las sedes administrativas y judiciales, etc.

En el segundo capítulo, el autor se aventura a rodear la idea del “paradigma constitucional” de propuestas que terminan por convertirla en una verdadera ordenadora de múltiples aspectos valiosos para la sociedad, propuestas que se podrían resumir así:

Reflexiones sobre el proyecto del *welfare state*, su contraste con la noción y contenidos del Estado de Derecho. De ellas se extraen algunas conclusiones sobre la necesidad de la racionalización de sus contenidos, la delimitación de sus órbitas de acción y la programación desde la teoría jurídica de los elementos indispensables para su realización. Se muestra siempre crítico frente a los enemigos teóricos y políticos de su viabilidad, pero también responsable al señalar los problemas que le afectan y los posibles

caminos para su solución, vistos en la reducción de triunfo .espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos, la revaloración del papel de la legalidad y de las instancias de representación y la revitalización de los controles políticos y jurídicos a la actividad de la administración; siguiendo el norte que fija su “paradigma” y la novedad que reviste la implementación de un garantismo de los derechos sociales, es decir, gracias a su reconocimiento constitucional, proceder a estabilizarlos, generalizarlos y tomarlos exigibles judicialmente.

Reflexiones a partir de situaciones de hecho reales, deplorables y altamente restrictivas de la libertad, engendradas y desarrolladas bajo el auspicio de una “mera legalidad”, bien sea por ausencia de disciplina legal del ámbito involucrado o por las contradicciones de las disposiciones legales con la “rigidez de la Constitución”, que se presentan en diversos ámbitos (el autor realiza por vía de ejemplo examen de tres de ellos, el de la legalidad penal, el de las intervenciones policiales y la de los ámbitos privados de poder); que lo llevan a redefinir las nociones de derecho-libertad y derecho-poder, a concebir las normas ya no como limitantes del poder sino también como garantías de los sujetos más débiles al momento de interacción o simple contacto con otros sujetos poderosos, y en últimas, a la reconducción de la problemática a la idea del “nuevo paradigma” el cual impone la realización efectiva de los derechos fundamentales en ámbitos hasta ahora insospechados, y por lo tanto una elaboración teórica más profunda que la ofrecida por el Estado de derecho liberal, y la del positivismo jurídico clásico.

Reflexiones sobre la necesidad de controlar los llamados “poderes salvajes” propios del mundo de la economía, de la política y de la ilegalidad, necesidad vista como expresión genuina del garantismo, propio del nuevo paradigma, que se resume en la idea de «sujeción a la ley de todos los poderes públicos y privados y en el conjunto de vínculos idóneos para impedir su degeneración en poderes salvajes». La discusión sobre los controles (su pertinencia, su calidad, sus herramientas) está marcada por duras batallas teóricas y políticas, al estar enfrentados los adalides de las ideas democráticas y garantistas con otros de corte autoritario y anticonstitucionalista; el autor ilustra con ejemplos la experiencia italiana en este especial aspecto, que en ocasiones parece un calco de la realidad colombiana.

Reflexiones sobre la democracia constitucional, donde el autor hace explícitas las transformaciones que apareja la introducción del “nuevo paradigma” en torno al concepto clásico de validez de la ley, ya no sólo visto como concepto formal sino también sus-

tancial; a la jurisdicción y el papel protagónico del juez, a la ciencia jurídica y la modificación de los presupuestos tradicionales del positivismo, y a la democracia entendida en una nueva “dimensión material”. Y por último, reflexiones sobre la historia del constitucionalismo, donde el autor enseña su visión esperanzadora y su profunda fe en el futuro, que necesariamente debe ir acompañada por una teoría del derecho que pueda dar respuestas acertadas a la realidad que nos acomete en un planeta cruelmente agobiado por las desigualdades.

JUAN CARLOS UPEGUI

ALEXEI JULIO ESTRADA. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, 368 pp.

Esta obra es el fruto del completo trabajo intelectual realizado por su autor a lo largo de su experiencia en el curso de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid. Durante los cinco años de estudios en dicha casa académica, desarrolló las vastas aptitudes intelectuales que le han sido propias desde siempre en su desempeño, ofreciéndonos como resultado lo que ahora se publica como la culminación de sus esfuerzos: su tesis doctoral.

La obra en mención comprende el estudio de uno de los cuestionamientos constitucionales más complejos en la actualidad, sobre todo un tema esencial: la teoría de los derechos fundamentales y la eficacia de los mismos en las relaciones entre particulares.

El libro se estructura de manera tal que permite al lector obtener una amplia comprensión del tema en concreto (la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares), sin necesidad de remitirse a otras obras para el entendimiento de la parte general del mismo (la teoría general de los derechos fundamentales), ya que su autor se ha esmerado en organizar su trabajo con la intención de hacer una exhibición de los puntos necesarios para el correcto y total discernimiento de la presentación de su tesis. Es así como en la primera parte del escrito se hace una exposición de la evolución del concepto de derecho fundamental, de una manera muy sucinta, adentrándose en ello con la intención de elaborar una construcción muy jurídica del mismo, culminando dicha parte introductoria con el estudio de los resultados de la nueva visión de los derechos fundamentales como un orden valorativo objetivo. Así, una vez leída esta parte general, el lector podrá entrar en

lo que se conocerá como el epicentro del escrito: la *Drittwirkung*, es decir, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Se realiza una completa presentación de las diferentes propuestas doctrinales en relación con este tema específico y el autor elabora un estudio del progreso jurisprudencial que ha tenido la *Drittwirkung* en los tribunales constitucionales donde más relieve ha obtenido esta teoría: el alemán y el español, cerrando su análisis con el estudio del caso colombiano y de su especial evolución.

Históricamente la noción de derecho fundamental ha tenido diversas concepciones y por ende diferentes posiciones dentro de la doctrina jurídica en cuanto a su importancia se refiere, ya que siempre la idea del derecho (cualquiera que sea su rama) y todo dentro de él tiende a cambiar notoriamente.

Los derechos fundamentales, no ajenos a esta realidad, han dejado de ser derechos de defensa en un Estado de concepción liberal, en donde tanto sociedad como Estado ocupan posiciones totalmente diferentes y por lo tanto se regulan por estatutos completamente aislados y ajenos entre sí, en donde aquéllos no eran más que derechos subjetivos exigibles ante, y sólo ante, el propio Estado (gracias a la autolimitación que este se imponía tratando de equilibrar la cotidiana concepción autoritaria del mismo como las catalizadoras tesis liberales burguesas que pretendían y lograban así la reacción de la sociedad); para pasar a ser un orden valorativo objetivo del que se desprenden grandes logros, como lo son el efecto de irradiación, la teoría del deber de protección y la propia *Drittwirkung*.

Partiendo del supuesto de la igualdad ante la ley y entre los ciudadanos y el reconocimiento de la existencia de la autonomía de la voluntad –pilares fundamentales de la concepción liberal– sólo el Estado podría vulnerar los derechos fundamentales (relación Estado-ciudadano), dada su marcada posición dominante; pero la realidad actual –más todavía luego de la segunda Guerra Mundial– ha demostrado que la tácita reconstrucción de la sociedad desemboca en la posibilidad de la conculcación de los mismos, aun por parte de los particulares (relación ciudadano-ciudadano) haciendo necesaria, entonces, la inmersión de los principios constitucionales al respecto en todas las demás ramas del sistema jurídico.

La *Drittwirkung*, o efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, es el reflejo de la concientización de esa necesidad de no ignorar la realidad en mención; bajo esta teoría y las diferentes concepciones de la misma vemos cómo el Estado se preocupa, mediante del poder judicial –en la mayoría de los casos– primero por admitir la posibilidad de oposición

de los derechos fundamentales a los particulares, para luego entrar a evitar o a reparar los daños causados por el desconocimiento de los mismos aun en las relaciones ciudadano-ciudadano.

La doctrina alemana así como la española –pero sobre todo aquélla– han sido las que más han trabajado el tema, inicialmente abriendo el camino y luego dando en él grandes pasos; así mismo es la jurisprudencia constitucional de ambos países la que nos ha permitido apreciar cómo ha de funcionar en la praxis todo lo que en teoría se ha planteado.

De la lectura del libro que se comenta podemos observar cómo el autor se esmera por hacernos una breve pero sustanciosa exposición de los casos de jurisprudencia alemana y española más relevantes en el tema para así permitarnos apreciar las diferencias entre uno y otro país al momento de tratar la cuestión. Finaliza su exposición con la presentación del manejo que en Colombia se hace de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, dejándonos ver la marcada disparidad con el sistema europeo, dada la consagración expresa que existe de la misma en nuestro ordenamiento jurídico al momento de establecerse en el artículo 86 constitucional los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, autorizándose su uso para la protección de los derechos fundamentales aun cuando la vulneración de los mismos provenga de un particular. Leémos entonces cómo en Colombia de un solo tajo se esquivó la discusión doctrinal que en Europa se conoce, admitiendo directamente la consagración de la posibilidad de su efectiva aplicación, abriendo paso no ya al debate teórico sino al práctico: ¿bajo que, supuestos funcionara dicha eficacia?, debate que aunque constitucionalmente se adjudicó a la sede legislativa, ha tenido un notorio desarrollo sólo en cabeza de la Corte Constitucional colombiana.

Así podemos observar cómo la posición progresista del constituyente le evitó al sistema jurídico colombiano una ardua controversia, pero dejó en él algo más profundo aun: el correcto entendimiento de la permisión que le estaba dejando en sus manos. De donde se desprendió, entonces, la necesidad, ya no de examinar si procede o no la pretensión de exigencia del respeto de los derechos fundamentales ante particulares, sino de estudiar los presupuestos de procedibilidad en los que el juez de tutela, y en especial la Corte Constitucional por medio de la acción de tutela, han de permitir la prosperidad de dicha aspiración.

La obra comentada nos permite observar toda la transformación y el avance hasta aquí bosquejado, ya que con un verdadero rigor científico-jurídico su autor nos ha permitido adentrarnos sin mayor

complicación y con extensa fructividad en la teoría de los derechos fundamentales, desde la completa y compleja elaboración europea hasta el similar caso colombiano, sus inicios, su evolución, ventajas y conflictos.

Por esto, y por el perfecto manejo que el autor le ha dado a su obra, vale la pena su lectura, ya que no sólo nos encontramos con un tema muy importante tratado excelentemente, sino con la visión de un gran académico frente a la problemática actual de tan esencial cuestionamiento. El lector podrá observar con toda seguridad su complacencia y satisfacción al cerrar en su página final una lectura que le ha dejado muy seguramente un muy amplio y pleno conocimiento del tema. No en vano la obra ha sido aclamada con la máxima mención, el *cum laude*, por su jurado calificador.

PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO

ELOY GARCÍA. *“El último triunfo de la libertad”: la democracia constitucional ante su momento maquiavélico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, 73 pp.

El Estado constitucional democrático está en crisis, y ello se debe a que la tradicional fórmula de legitimidad que le ha servido de sustento durante todos estos años resulta insuficiente. Tal es el planteamiento principal de este corto pero interesante ensayo, en el que el autor, Eloy García, realiza un breve estudio sobre el problema actual de la legitimidad en las democracias constitucionales, que durante los últimos años han venido experimentando, como en su momento lo hicieron los estados del bloque socialista, las difíciles consecuencias de tener un modelo de legitimidad alejado de la realidad social y política en que se aplica, sentado en unos principios que cada vez resultan más distantes de la praxis política de los gobiernos, que parecieran, a causa de sus actuaciones abiertamente contrarias a las ideas que proclaman, tener el firme propósito de burlar los valores y las aspiraciones que la comunidad les ha encomendado materializar, desconociendo, de esta forma, el postulado esencial de la democracia: un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Ante esta preocupante situación, advierte el autor acerca del peligro que ello entraña, no sólo para la estabilidad política de los estados, sino también para la preservación de la democracia misma que, fruto del actuar irresponsable de gobernantes que se han valido

de ella con el único propósito de revestir de legitimidad los actos de un poder que procede de forma totalmente opuesta a aquella en que se supone debería hacerlo, se ve amenazada con desaparecer, pues, como consecuencia del vacío generado por el distanciamiento entre la teoría y la práctica, se le ha privado de su contenido prístino para convertirla en un concepto vacío, carente de esa profunda carga legitimadora que le ha valido ser reconocida como «el peor de los regímenes políticos si se excluyen todos los demás».

Si en un Estado constitucional la legitimidad democrática se expresa y compendia en la Constitución, puede decirse que es, en palabras del autor, «la democracia misma»; la actuación del aparato estatal en contravía de sus disposiciones constituye un ataque frontal contra este principio a través del cual se van minando las estructuras que le sirven de base, hasta acabar con ella, conservando únicamente la denominación y la apariencia de algo que quedará así reducido a nada más que un simple buen propósito.

Consciente de esto, el autor lanza un llamado a la reflexión y al estudio serio de la cuestión, asumiendo una actitud crítica frente a aquella parte de la doctrina que ha eludido su compromiso de analizar el profundo problema de la legitimidad que aqueja a las democracias modernas, y de plantear posibles soluciones al mismo que puedan contribuir a rectificar el rumbo y salvar, de esta forma, a la democracia. Y toma partido por una de las propuestas que al respecto se han presentado. En efecto, luego de analizar brevemente algunos de los más importantes planteamientos que sobre la materia han formulado autores como Habermas y Häberle, lo mismo que otros inscritos en el neocontractualismo y republicanismo, desecha las tres primeras opciones por considerarlas insuficientes en tanto que pretenden preservar la fórmula de legitimidad imperante sin cuestionar seriamente sus fundamentos, para adherirse a la propuesta del republicanismo cívico, que es, a su juicio, la única que hasta el momento se ha preocupado por elaborar una teoría sustancial de la democracia, reformulando su contenido desde la libertad de un ciudadano “propietario de su soberanía”, capaz de ejercer el poder que le corresponde como ciudadano en la discusión y toma de decisiones colectivas, en su aplicación y defensa de la voluntad ciudadana, requisitos indispensables para asegurar, no sólo la preservación de la Democracia en el orden mundial imperante, sino también, el triunfo último de la Libertad.

HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO