

# La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo

---

Theory garantismo: power and Constitution  
in the state garantism

Jheison Torres Ávila\*

\* Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Maestría en Derecho Constitucional y doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante. Profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia y director de la Maestría en Derecho Constitucional de la misma universidad. Investigador de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá, D.C., Colombia. Jtorresav@unal.edu.co

---

REVISTA DE DERECHO

N° 47, Barranquilla, 2017

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

## Resumen

*Este artículo se propone captar los elementos centrales del paradigma garantista para evidenciar sus potencialidades en el marco de la teoría general del derecho y disminuir la brecha entre las normas jurídicas y la realidad a partir del aseguramiento de los derechos fundamentales. La metodología utilizada es descriptiva-prescriptiva respecto al análisis de los fundamentos. Para ello se realiza un acercamiento a los significados del paradigma garantista (I), a los derechos fundamentales como garantías (II), a la garantía de derechos subjetivos e intereses legítimos (III) y a la exigibilidad institucional y judicial de la garantía de derechos (IV). De esta forma, el paradigma garantista se presenta como un modelo de derecho y de Estado de derecho que propone el aseguramiento de los derechos con base en una estructura de los ordenamientos jurídicos que tiene en la cúspide a la Constitución y a los derechos fundamentales; cualquier acto que busque legalidad y legitimidad debe sujetarse a estos presupuestos*

Palabras clave: garantismo, garantía, constitucionalismo, derechos fundamentales, Luigi Ferrajoli.

## Abstract

*This article aims to capture the core elements of the guarantor to demonstrate its potential in the framework of the general theory of law and reduce the gap between legal provisions and reality from securing fundamental rights paradigm. To do an approach to the meanings of the guarantor paradigm (I), to fundamental rights as collateral (II), to guarantee individual rights and legitimate interests (III) and the institutional and legal enforceability of the guarantee of rights is performed (IV).*

Keywords: constitutionalism, basic rights, garantism, Luigi Ferrajoli.

Fecha de recepción: 5 de febrero 2016

Fecha de aceptación: 1° de octubre de 2016

*Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.*

(Ferrajoli, 2004, p. 54)

## INTRODUCCIÓN

La relación entre la validez de las normas ante la Constitución y la efectividad de esta y de las normas que la desarrollan se encuentra en la génesis del paradigma garantista. En el Estado Constitucional esa divergencia suele expresarse en la distancia entre las normas constitucionales y la realidad, entre la validez y universalidad de los derechos fundamentales y su escasa aplicación u observancia por parte del Estado y los particulares. La preocupación central es la necesidad de asegurar los derechos frente al poder, limitar el poder y encauzarlo para que realice materialmente los derechos.

Por eso, salvaguardar ámbitos en los que el poder se encuentre restringido y su expresión positiva se manifieste a través del derecho y solo a través de este significa por sí misma una forma de garantía de los derechos. No obstante, tanto la restricción que se impone como la obligación positiva de obrar deben efectuarse en forma simultánea en el Estado Constitucional. Es falaz la división entre unos derechos que solo requieren la inactividad del poder para proteger un ámbito de libertad y unos derechos que exigen la acción positiva o prestaciones por parte del Estado. Con otras palabras, tanto los derechos de libertad y los derechos sociales implican límites y prestaciones. De ahí que el garantismo deba ir más allá de los límites al poder y busque su ejercicio regulado por la égida de los derechos fundamentales.

Entonces, adquiere sentido el paradigma garantista al preguntarse no solo por la fundamentación de los derechos sino, sobre todo, por su estructura y los mecanismos que permiten hacerlos efectivos en el Estado Constitucional. La discusión iniciada por Ferrajoli (1995) en *Derecho y Razón* (pp. 851-948) pretende asentarse en la teoría general del derecho y ser uno de los fundamentos del Estado Constitucional y base de la democracia sustancial. En tal dirección, se ubica dentro del positivismo jurídico

crítico respondiendo a las divergencias entre el *deber ser* del derecho y el *ser* de los sistemas jurídicos en su conjunto, sosteniendo la separación entre el derecho y la moral y distinguiendo entre la *vigencia* y la *validez* (Serrano, 1999) como mecanismo formal mediante el cual debe operar la dogmática jurídica. Ello diferenciando las dimensiones deónticas que hacen del garantismo como teoría del derecho una teoría formal sin perjuicio de que esté pensada en términos de la democracia constitucional sustancial. Como se verá, los fundamentos epistemológicos impactan el significado de la garantía y se ubican en la tensión entre el derecho y la realidad otorgando un papel protagónico a los derechos fundamentales.

En este contexto, este artículo se propone captar los elementos centrales del paradigma garantista para evidenciar sus potencialidades en el marco de la teoría general del derecho y disminuir la brecha entre las normas jurídicas y la realidad a partir del aseguramiento de los derechos fundamentales. Para ello se realiza un acercamiento a los significados del paradigma garantista (I), a los derechos fundamentales como garantías (II), a la garantía de derechos subjetivos e intereses legítimos (III) y a la exigibilidad institucional y judicial de la garantía de derechos (IV). Al final se presentan algunas conclusiones (V).

## I. SIGNIFICADOS DEL PARADIGMA GARANTISTA

Pueden distinguirse varios sentidos en el significado del paradigma garantista que son objeto de matización y distinción analítica por parte de Ferrajoli con el fin de ubicar las funciones de la filosofía del derecho, de las disciplinas jurídicas positivas y de la sociología del derecho. El autor de *Derecho y razón* sostiene explícitamente tres acepciones de garantismo: como modelo normativo de derecho, como teoría del derecho y crítica del derecho y como filosofía del derecho y crítica de la política. A pesar de ello, siguiendo a Moreno (2007, p. 827), puede interpretarse que existen dos significados genéricos: el garantismo como modelo de derecho y el garantismo como propuesta de teoría general del derecho.

La primera acepción formulada explícitamente por el profesor florentino concibe el garantismo como un *modelo normativo de derecho* o un esquema que asegura los derechos frente al poder y establece límites a este.

Aclarando que, tratándose de un modelo, admite diferencias de grado. Así lo indica el autor italiano: “Será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema”. (Ferrajoli, 1995, p. 852). Esta afirmación se explica por la imposibilidad de realización de los valores por los modelos normativos y la contingencia que existe entre ambos planos. Como advierte Peña Freire (1997): “La relación entre valores, normas y prácticas es, por tanto, siempre susceptible de adecuación o desviación y está siempre abierta a la posibilidad de formular juicios críticos de grado” (p.28). Por ejemplo, en el caso del derecho penal pueden caracterizarse estados de mayor o menor garantía de los derechos en un sistema jurídico concreto según se desarrollen los principios en las prácticas punitivas.

Una segunda acepción se refiere al garantismo como *teoría del derecho y crítica del derecho*, es decir, una teoría de la validez y de la efectividad de las normas jurídicas que sirve de base para legitimar o deslegitimar las funciones que el derecho desempeña. Esta perspectiva es interna y estimula el espíritu crítico entre la validez de las normas y sus aplicaciones.

Una tercera acepción refiere a *filosofía del derecho y crítica de la política*; se trata del punto de vista externo “que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”. (Ferrajoli, 1995, p. 853).

De estas tres acepciones Moreno (2007) extrae dos significados de garantismo: un modelo de derecho y una propuesta de teoría general. Por lo primero comprende una alternativa al Estado de Derecho, un tercer modelo: un Estado Garantista de Derecho. Por lo segundo entiende la superación de los reduccionismos iusnaturalistas e iuspositivistas.

En primer lugar, Ferrajoli caracteriza su propuesta como *Estado Garantista de Derecho* basado en sus críticas al Estado liberal. Estas críticas refieren a tres tipos de crisis a las que asistimos: *crisis de legalidad*, en cuanto se ha perdido el carácter vinculante de las reglas respecto a los poderes

públicos; *crisis del Estado Social* ante la selectividad y desigualdad que genera el no acoplamiento del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*; y una *crisis del Estado Nacional*, que se ve en la deslocalización de la soberanía, la erosión del sistema de fuentes y, por consecuencia, un debilitamiento del constitucionalismo. (Ferrajoli, 2004, pp. 15-17).

De este modo, la alternativa consiste en abandonar la subordinación del derecho a la política mediante la *estricta legalidad*, es decir, la subordinación de todos los actos (incluida la política) al contenido de los derechos fundamentales que fungen como fuente de legitimación (o deslegitimación). La reformulación del principio de legalidad hecha por el autor italiano implica tomarse en serio el carácter normativo de las constituciones: “Según esta nueva formulación del principio, sólo serán Estados de derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen normativamente una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político”. (Peña Freire, 1997, p. 58). En este punto existe una fuerte separación con respecto de la mera legalidad kelseniana y su falta de confrontación con ciertos contenidos sustanciales. (Kelsen, 1998, p. 131-133)<sup>1</sup>.

Lo anterior implica asegurar los derechos individuales tradicionales y al tiempo los derechos sociales, articular un Estado Liberal Mínimo con un Estado Social Máximo en el que la distribución adopte una lógica universalista y no selectiva o particularista. (Van Parijs, 2006)<sup>2</sup>. Finalmente, ante la *crisis del Estado Nacional*, se propone proyectar el modelo garantista a nivel global no solo con el ánimo de limitar el poder en el ámbito de la soberanía externa de los Estados sino para reforzar por vía de la *legalidad estricta* su propia legitimidad. (Habermas y Jiménez Redondo, 1998). En su versión legislativa o liberal puede complementarse la descripción de dichas crisis señalando que el Estado Legislativo no logra asumir los cometidos del Estado de Derecho, particularmente la forma

<sup>1</sup> La legalidad formal kelseniana fundada en la jerarquía normativa adolece de un criterio material de confrontación de la validez; allí Ferrajoli establece una diferencia notable entre *validez* y *vigencia*, como se verá más adelante.

<sup>2</sup> En la siguiente sección se ahondará en esta alternativa, no obstante, cabe mencionar que en apoyo de esta idea estaría la propuesta de *renta básica universal a partir de la mayoría de edad*.

axiológica que lo define, y, adicionalmente, que el derecho no resulta ser neutral frente a los conflictos sociales sino que la propia ley hace parte de dichos conflictos; se desmorona así la idea de que expresa una “voluntad general”, dejando de ser garantía frente al poder para convertirse en forma de ejercer el poder con eficacia y arbitrariedad. (Peña Freire, 1997, p. 54).

En segundo lugar, el garantismo *como teoría general del derecho* busca proporcionar nociones formales que den cuenta de los conceptos sin referencia particular a contenidos de un sistema jurídico particular. Estas categorías jurídicas pueden ser referidas en principio a cualquier sistema jurídico, ya que “su significación lógica permanece invariable con independencia de la rama del derecho a la que sean aplicados”. (Peña Freire, 1997, p. 20). De ahí que el profesor italiano ubique su teoría en términos epistemológicos en el marco de tres divergencias deónticas entre el ser del derecho y su deber ser:

a) entre su *ser de hecho* y su *deber ser de derecho*, como muestran las investigaciones sobre el nivel de observancia (o inobservancia) que ofrece la *sociología del derecho*; b) entre su *ser de derecho* y su *deber ser de derecho*, como muestran los análisis acerca del grado de coherencia (o de incoherencia) con las disposiciones constitucionales elaborados por las *disciplinas jurídicas positivas*; por último, entre su *ser de derecho (incluido su deber ser jurídico)* y su *deber ser ético-político* –en síntesis, la clásica separación entre derecho y moral– que resulta de la *crítica filosófico-política* del derecho en su conjunto. (Ferrajoli, 2004, p. 19).

En la interpretación de Moreno (2006, p. 8) es posible clasificar dicha teoría general según el objeto y el método de cada una de las disciplinas que de ella devienen, así:

Teoría del Derecho Garantista (General)		
Disciplina	Método	Objeto
Ciencia Jurídica	Análisis Empírico	Dogmática Jurídica, sociología Jurídica, historiografía Jurídica
Filosofía Política	Doctrina Normativa	Valores éticos-políticos
Teoría del derecho (garantista particular)	Sistema de conceptos	Definiciones estipulativas o convencionales

Esta inferencia –expresada en el cuadro– evidencia varios niveles de discurso a partir de los cuales opera la teoría general:

Así pues, la teoría del derecho se configura como el terreno de encuentro entre los distintos enfoques para el estudio del derecho, a los que proporciona un aparato conceptual en gran parte común: entre el punto de vista jurídico interno de las disciplinas dogmáticas positivas, el punto de vista fáctico externo de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo de la filosofía política, cada uno de los cuales corresponde a una interpretación empírica o semántica de la teoría. (Ferrajoli, 1995, p. 20).

En lo que Moreno engloba como ciencia jurídica se encontrarían las indagaciones sobre los enunciados jurídicos operativos (dogmáticos) o factuales; en lo que denomina filosofía política se ubicaría la distinción entre derecho y moral, y en la teoría del derecho garantista particular podría ubicarse la teoría axiomatizada del derecho de Ferrajoli. Para el profesor, “la teoría del derecho puede concebirse como un sistema de conceptos enunciado y organizado –u organizable– según una estructura lógica rigurosa y exactamente preestablecida, y apoyada en la base observacional suministrada por la dogmática y/o la sociología jurídica”; el método de construcción de sus conceptos se basaría en la estipulación de conceptos primitivos o axiomas según reglas de formación establecidas con anterioridad, la definición de otros conceptos a partir de los primitivos y la derivación de otras proposiciones de la teoría. (Ferrajoli, 2008a, 2011).

Desde la perspectiva de Gascón-Abellán, el garantismo del profesor italiano se caracteriza por una tesis metodológica en el análisis metajurídico y jurídico que se sostiene sobre la base de la distinción entre derecho y moral, y por una cierta doctrina de filosofía política que comprende al Estado y al derecho como instrumentos que permiten asegurar los derechos. Esto, desde el punto de vista epistemológico, adquiere gran valor en cuanto asigna diversas funciones a la teoría del derecho que buscan superar el aislamiento entre la “ciencia del derecho” y la “ciencia de la legislación” –para recoger los términos de Austin, (Gascón-Abellán, 2001, p. 196).

En suma, puede comprenderse por garantismo un modelo de Derecho y de Estado de Derecho que supera tanto al Estado Legislativo y al Estado de Derecho en crisis y propone alternativas asentadas en el aseguramiento de los derechos individuales tradicionales y de los derechos sociales, así como la sujeción a los derechos fundamentales de todos los actos para poder adquirir el carácter de legítimos. Por otro lado, se encuentra también una acepción del garantismo como teoría general del derecho en la que puede identificarse tres niveles de discurso y de análisis del derecho, los cuales están concatenados y permiten realizar críticas reflexivas desde el punto de vista interno del derecho. Sin embargo, si los derechos fundamentales ocupan un lugar privilegiado a la hora de otorgar validez a las normas jurídicas y legitimidad a las actuaciones, ¿cómo identificar los derechos fundamentales? Y ¿en qué se diferencia un derecho de una garantía? Estas dos cuestiones serán ilustradas en los apartados que siguen<sup>3</sup>.

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO GARANTÍAS

El ensayo “Derechos fundamentales” de Ferrajoli (2001), publicado en 1998, fue un hito en el paradigma garantista. Allí el autor de *Derecho y razón* se propone la definición formal y teórica del concepto de derechos fundamentales realizando serias distinciones conceptuales entre estos y las garantías, aunque el núcleo de las críticas, la polémica y el debate se ha concentrado en la noción de democracia sustancial precisamente mediada por los derechos fundamentales. (Álvarez, 2010, p. 311).

Para comprender el sentido del debate hay que tener en cuenta el carácter bifronte de los derechos fundamentales que implican criterios hermenéuticos distintos del resto de las normas y, en ese orden de ideas, el papel que desempeñan entorno al deber ser interno (validez jurídica) y el ser de las normas legales (vigencia) en el Estado Consti-

---

<sup>3</sup> En este texto se toma como sinónimo los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” a pesar de las diferencias que puedan existir en torno a su grado de positivación, esto, en la medida en que la existencia o necesidad de garantías en el modelo ferrajoliano se muestra de manera relativamente independiente de su grado de positivación, la cual resulta necesaria pero no suficiente como forma de aseguramiento desde la óptica del positivismo jurídico crítico. (Borowski, 2003).

tucional. De esta manera puede arribarse a las garantías básicas que expresan los derechos fundamentales (dignidad, libertad e igualdad) y, a su vez, a la *función de garantía* que desempeñan como vectores del aseguramiento de los derechos. (Peña Freire, 1997, p. 112).

El profesor italiano parte de la tesis de la diferencia entre el derecho y la moral deslindándose de las teorías que afirman la existencia de una “conexión conceptual necesaria”. Este deslinde se realiza en el sentido de admitir que las normas *pueden* coincidir con dimensiones morales pero que estas dimensiones no implican su juridicidad o pertenencia al sistema jurídico, e igualmente, que la juridicidad de una norma no implica su moralidad o justicia. (Ferrajoli, 2006a, pp. 12-13). Señala el autor italiano:

Por «separación entre derecho y moral» debe entenderse, en mi opinión, no tanto la negación entre toda conexión entre uno y otra, claramente insostenible dado que cualquier sistema jurídico expresa cuando menos la moral de sus legisladores, cuanto la tesis ya mencionada según la cual la juridicidad de una norma no se deriva de sus justicia, ni la justicia de su juridicidad. (p. 25)<sup>4</sup>.

Como ejemplo de esta distinción el jurista florentino aborda “la cuestión del embrión” y toma partido por la autonomía de la esfera moral y la autonomía de la esfera jurídica, en contra de la posición que las confunde y les resta con ello autonomía a los juicios que pueden desprenderse de cada una. Por ejemplo, esta última posición podría llegar a sostener que el carácter inmoral del aborto constituye una razón suficiente para su penalización o que el simple hecho de que se presente un pecado es razón suficiente de un tratamiento punitivo como delito. (Ferrajoli, 2006b, p. 256). Según el jurista florentino, se trata de la secularización del derecho, un postulado del liberalismo que se encuentra en la base del pluralismo moral que debemos respetar en sociedad y el

---

<sup>4</sup> Aunque este es el significado más importante en términos normativos apunta también a la distinción entre juicios de validez y juicios ético-políticos de justicia: “frente a las tesis iusnaturalistas que sostienen que los primeros pueden ser derivados de los (o se fundan en los) segundos y a las tesis ético-legalistas conforme a las cuales los segundos son derivables de los (o se fundan en los) primeros”. (p. 32).

principio de lesividad como único criterio de lo que es punible y justifica una restricción de la libertad (p. 257).

Las consecuencias de esta distinción entre derecho y moral se reflejan en la concepción misma del constitucionalismo como positivista en contraposición a “la idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en cuanto tal el fundamento de la legitimidad moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez”. (Ferrajoli, 2006a p.29). Esta idea se proyecta sobre los derechos fundamentales de forma que estos se ubican dentro del derecho y reciben un tratamiento distinto al de otras normas jurídicas dado su carácter bifronte y su estructura de principios.

En efecto, los derechos fundamentales se expresan en el derecho como principios jurídicos que pretenden garantizar ciertos bienes o valores estipulados en el pacto, empero, a su vez buscan orientar el ordenamiento jurídico y proyectarse sobre él. Con otras palabras, los derechos fundamentales fungen como garantías que sustraen a la decisión mayoritaria los principios que componen las constituciones (“la esfera de lo indecible”) (Waldron, 2005, p. 305), un límite estructural que vincula a todos los poderes públicos en virtud de la supremacía constitucional. Además, siendo los derechos fundamentales una característica definitoria de la democracia constitucional, no puede dejar de lado su carácter horizontal, es decir, la vinculación que efectúa sobre los particulares e incluso sobre el mercado en contraste con la tradición clásica del liberalismo. (Bovero, 2011, pp. 61-77). Finalmente habría que añadir que su proyección rebasa el ámbito de los Estados Nacionales y abarca el ámbito internacional. (Ruiz, 2011).

Empero, a su vez, señala “lo que debe ser decidido”, a lo que se está obligado:

La primera esfera es la de las prohibiciones, o sea la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales. El conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías

de los derechos constitucionalmente establecidos, dirigidas a asegurar su efectividad. En este sentido el garantismo representa la otra cara –la cara por así decirlo operativa– del constitucionalismo. (Ferrajoli, 2008b, p. 338).

En este punto, los derechos fundamentales como vectores de garantía juegan un papel importante en el ámbito de la validez de las normas jurídicas en cuanto se presentan como criterios de corrección o ajuste de estas al ordenamiento en términos sustanciales. En efecto, Ferrajoli se permite distinguir entre dos dimensiones: la *vigencia* y la *validez* de las normas jurídicas. Por la primera se comprenderá el *ser* de las normas legales, mientras que por la segunda se entenderá el *deber ser* dentro del derecho. Entonces, el análisis de la pertenencia de las normas jurídicas al ordenamiento atravesaría estas dos dimensiones respondiendo a criterios solamente formales sobre su producción, sean estos de carácter procedimental o sustancial. (Ferrajoli, 2006a, p. 13).

En esta formulación inicial del autor italiano el análisis de las normas es criticada en cuanto supone que en un caso se realiza solamente juicios jurídicos y fácticos y en otro solamente juicios fácticos, a pesar de que con la ruptura del concepto de validez clásico positivista lo que se busque sea, también, el abandono de la presunción de legalidad típica del positivismo dogmático pero insostenible en una democracia constitucional. (Gascón-Abellán, 2001, p. 202). Esto obliga al profesor florentino a reformular su distinción:

He reformulado así la diferencia entre los dos tipos de juicios: mientras que los juicios sobre la vigencia y sobre la validez (o invalidez) formal de un acto normativo *no son* sólo juicios de hecho en los que se verifican las formas del acto, sino *también* juicios de derecho, esto es, juicios relativos a la conformidad (o no conformidad) de dichas formas con las normas sobre su formación, los juicios de validez (o de invalidez) sustancial son *sólo* de derecho y *no también* de hecho, ya que se refieren exclusivamente a la coherencia (o incoherencia) del significado de las normas producidas con las de grado superior. (Ferrajoli, 2006a, p. 14).

De esta manera, la dimensión constitucional, que se ubicaría en la cúspide de la jerarquía normativa, incorporaría un juicio sobre la coheren-

cia de los significados entre las normas inferiores y los derechos fundamentales, así como sobre las formas que dieron origen a las normas de rango menor. (Sferrazza, 2010, p. 5). Lo cual implica que la teoría del derecho no abandona su potencial crítico desde el punto de vista interno y tampoco lo hace desde el punto de vista externo la filosofía política propuesta por el autor florentino, de ahí que su teoría sea autorreconocida como un “positivismo crítico”. (Ferrajoli, 2008a, pp. 265-282).

La *función de garantía* desempeñada por los derechos fundamentales en el Estado Constitucional se encontraría en el centro del garantismo como límite al poder y como direccionamiento para su ejercicio. En tal sentido podría señalarse que la proyección de los derechos fundamentales se realiza en torno a la centralidad de la persona expresada en tres principios constitucionales: la dignidad humana, la libertad y la igualdad. (Ferrajoli, 2009c). Los tres principios se articulan en torno a la centralidad de la persona y no son una exigencia axiológica abstracta, objetiva o trascendente, sino que se concretan en un conjunto específico de bienes e intereses que se busca proteger en el pacto político. (Peña Freire, 1997, p. 82).

Para ir más allá, Ferrajoli menciona cuatro tipos de falacias ideológicas o niveles de discurso en torno a los derechos fundamentales cuya confusión ha llevado a mayores errores lógicos sobre el “fundamento” de los derechos fundamentales<sup>5</sup>. El autor florentino sostiene:

La primera, que llamaré *falacia idealista* o iusnaturalista, consiste en la confusión del punto de vista axiológico externo con el jurídico interno, es decir, en el atropello de éste por aquél. La segunda, que llamaré *falacia ético-legalista*, consiste en la confusión del punto de vista del derecho positivo con el de la justicia o la moral, es decir, en el atropello de éste por aquél. La tercera, que llamaré *falacia normativista*, consiste en la confusión del punto de vista jurídico con el fáctico, es decir, en el atropello

---

5 No hay que perder de vista que el esclarecimiento de problemas del lenguaje y sus usos es uno de los primeros pasos de la *escuela analítica italiana* iniciada por Norberto Bobbio, con el objetivo de conciliar la filosofía jurídica y la práctica judicial que habían sido separadas por la tradición positivista y formalista.

de éste por aquél. Por último la cuarta falacia, que llamaré *falacia realista*, consiste en la confusión del punto de vista fáctico con el jurídico, es decir, en el atropello de éste por aquél. (Ferrajoli, 2008b, p. 289).

Según el profesor italiano, la mezcla de distintos niveles del discurso impide la comprensión y, sobre todo, la realización de los derechos fundamentales. Mientras que un primer nivel privilegia un fundamento axiológico o histórico sociológico, su definición opta por un carácter más convencional y estructural, un carácter formal que permite predecir qué son sin sostener *a priori* cuáles son. De este modo, nos dice que deben sustraerse ciertos elementos a la disponibilidad política mediante su formulación en forma de regla general o universal adscrita a todos y todas en cuento personas (p. 286).

Recapitulando: considerar el carácter bifronte de los derechos fundamentales y su naturaleza de principios jurídicos permite conservar un punto de vista interno y crítico a la teoría garantista del derecho; esto es, distinguir tanto la esfera jurídica de la moral y, a su vez, distinguir el ámbito de la validez del ámbito de la vigencia. Con estas distinciones se comprende que la teoría del derecho pueda expresar juicios sobre las normas jurídicas vigentes en los que sean declaradas inválidas si su significado no es coherente con los derechos fundamentales. Igualmente, se comprende que la actividad del poder deba ajustarse a dichos criterios para recibir el sello de legitimidad que requiere. Así, el carácter proyectivo de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento jurídico se presenta como una garantía básica tanto de límites al poder como de regulaciones para su ejercicio siempre que respete los principios jurídicos básicos establecidos en la Constitución: la dignidad, la libertad y la igualdad. Aunque lo que proporciona Ferrajoli no sea el contenido mismo de los derechos en su definición formal. Por ello mismo parece seguir siendo indefinida la noción de derechos fundamentales ¿Cuáles son los elementos que permiten sostener que no se trata de nociones trascendentales, indeterminadas e indeterminables?

### III. GARANTÍA DE DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

En su ensayo “Derechos fundamentales” Ferrajoli (2008d) proporciona una definición formal de los derechos fundamentales:

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (p. 19).

Algunos elementos de la definición merecen un examen detenido: la idea de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar y las ideas de derechos subjetivos y expectativas como objetos de la garantía. Estos elementos permitirían al garantismo, por un lado, aterrizar los derechos fundamentales en la realidad mediante las operaciones formales y sustanciales que aseguran su realización y, por otro, abandonar la idea de que los derechos fundamentales son formulaciones abstractas, circunscritas a un ordenamiento determinado y exclusivas de un punto de vista iusnaturalista en el que la moral sobredetermina al derecho en forma necesaria.

Según el profesor florentino, el *status* que determina la titularidad de los derechos y asegura la eficacia de las garantías puede entenderse como una manera de delimitar la igualdad de las personas (p. 24). Se trataría de dos parámetros que permiten dividir e identificar la estructura de los derechos fundamentales: de un lado, los derechos de “todos” los ciudadanos (derechos de la personalidad y de ciudadanía) y, de otro, los derechos que se dan entre capaces y no capaces de obrar (derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o de autonomía) (Moreno, 2006, pp. 16-17). Dicho de otro modo, lo que ha cambiado no son los criterios con base en los cuales se atribuyen los derechos fundamentales sino su significado, en un tránsito que va de un

sentido restringido hacia un sentido ampliado. (Ferrajoli, 2008d)<sup>6</sup>. Las consecuencias de esta última afirmación pueden verse en las cuatro tesis sobre derechos fundamentales expuestas por el profesor florentino –esenciales para su teoría de la democracia constitucional– como en los derechos subjetivos y las expectativas como objeto de la garantía.

La primera tesis sobre los derechos fundamentales refiere a las diferencias entre la estructura de los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales: a) los derechos fundamentales son universales (reconocidos en igual forma y medida), mientras que los patrimoniales son singulares (reconocidos en diversa calidad y cantidad); b) los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, mientras que los patrimoniales son disponibles, negociables y alienables; c) los derechos fundamentales tienen por título las normas constitucionales, mientras que los patrimoniales actos jurídicos particulares; y d) los derechos fundamentales corresponden obligaciones de hacer por parte del Estado, mientras que a los derechos patrimoniales corresponde principalmente la no lesión de las relaciones intersubjetivas entre particulares. (Ferrajoli, 2006a, pp. 29-33).

La segunda tesis hace relación a la afirmación de que los derechos fundamentales como parámetro de igualdad jurídica conforman la dimensión “sustancial” de la democracia y corresponden a los intereses y expectativas de todos, a diferencia de la dimensión formal o política asentada en el principio de las mayorías. Dicho de otro modo, mientras que los derechos fundamentales configuren la “esfera de lo indecible” son parámetros que legitiman y/o deslegitiman al propio derecho, en la medida en que no pueden ser revocables ni por el poder político de las mayorías ni por el uso del derecho mismo. Según Ferrajoli. (2008d), la universalidad e indisponibilidad como características formales permiten definir los derechos fundamentales *a priori*, mientras

---

<sup>6</sup> De ahí que resulte insuficiente un concepto de democracia procedimental, pues no limita el poder propio de hacer las leyes y carecería de alcance empírico, siendo necesario algún límite sustancial para el sostenimiento de cualquier democracia, pues en caso contrario se dejaría de lado el nexo entre los derechos fundamentales, la soberanía popular y la democracia política, que consiste precisamente en limitar la voluntad mayoritaria que puede impedir el autogobierno y la autonomía.

que la determinación de su contenido específico se determina a través del contrato social fundante, en el que se concreta “lo fundamental”, que, por cierto, en la historia del constitucionalismo ha significado la ampliación de la esfera pública y la inclusión de un catálogo de derechos ambicioso (pp. 34-40).

La tercera tesis señala el carácter supranacional de los derechos fundamentales, es decir, límites externos y ya no solo internos al ejercicio de los poderes públicos. En este sentido, los derechos fundamentales son derechos de las personas en forma independiente de su ciudadanía, pues en caso contrario, la igualdad de las personas expresada en el universalismo de los derechos en el ámbito internacional se estaría supeditando a los confines estatales (pp. 40-44).

Y la última tesis, en la que vale la pena detenerse, es la de la diferencia entre derechos y garantías.

En efecto, el autor italiano sostiene una distinción teórica entre derechos y garantías:

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación. (p. 26).

En el mencionado ensayo se presentan los elementos nodales que permiten identificar los derechos fundamentales y diferenciar los derechos de las garantías señalando que el nexo entre ambos es de carácter deóntico y no óntico; razón por la cual la existencia de una norma jurídica que contenga deberes o prohibiciones no es una condición necesaria de la existencia de las prerrogativas que intenta proteger. (Álvarez, 2010, p. 312).

El asunto resulta importante en la medida en que los derechos internacionalmente reconocidos, así como los derechos sociales plasmados en las constituciones (Torres, 2012), perderían sentido y no tendrían posibilidad alguna de eficacia práctica si se entiende que los derechos solo son aquellos que cuentan con mecanismos de aseguramiento, como es el caso de la tesis kelseniana. (Ferrajoli, 2006a, p. 54). De acuerdo con Ferrajoli, la distinción entre derechos y garantías adquiere sentido en sociedades diferenciadas y sistemas nomodinámicos, es decir, en aquellos sistemas en los que no hay una correspondencia exacta entre las figuras deónticas y las relaciones lógicas, entre una expectativa positiva o negativa y una obligación o una prohibición, sino que, al contrario, la ausencia de dicha correspondencia es generadora de lagunas y antinomias. (Ferrajoli, 2008c, p. 46).

En efecto, es posible que se generen conflictos entre normas y que sea necesaria la invalidación de alguna de ellas por parte de los jueces; esto en virtud del principio de no contradicción que llevado al derecho positivo se traduce en la prohibición de antinomias. Empero, también es posible que no exista obligación o prohibición correlativa a un derecho subjetivo, e incluso que no exista la propia sanción correlativa. En este caso, el principio de plenitud del ordenamiento se traduce en la prohibición de lagunas (pp. 46-47)

La crítica a esta distinción, proveniente de Ricardo Guastini, se basa en la implicación lógica que existe entre los conceptos de derecho y obligación, es decir, en el hecho de que la enunciación de un derecho implique la existencia implícita de una obligación. No obstante, Ferrajoli responde evidenciando el carácter no absoluto de los derechos fundamentales y reivindicando la distinción que realiza entre estos y los derechos patri-

moniales. Dicho de otro modo, el argumento valdría para las prohibiciones pero no para el establecimiento de obligaciones correspondientes de derechos fundamentales, en la medida en que en ellos no se especifica o determina los individuos titulares. (Álvarez, 2010, p. 315).

Como indica Peña Freire, los derechos subjetivos como objeto de garantía en principio se presentan como el vehículo más adecuado para la satisfacción de las posiciones merecedoras de tutela. No obstante, en la perspectiva de los derechos fundamentales puede resultar insuficiente, dado que no expresa por completo los valores fundamentales centrados en la persona que se recogen en los catálogos de derechos constitucionales y desdibujaría el carácter proyectivo de estos en todo el ordenamiento. (Peña Freire, 1997, p. 141). Por esta razón, los derechos fundamentales no se pueden equiparar con los derechos subjetivos, tal y como se definió párrafos atrás; los derechos fundamentales son indisponibles y universales, por lo que no encajan en la estructura de los derechos subjetivos que tendencialmente se le oponen.

Podría pensarse que la categoría de derecho subjetivo podría encajar mejor en la garantía de los “derechos de” más que de los derechos sociales o “derechos a”, empero, dejaría de lado los fines del Estado Constitucional en cuanto los “derechos a” se verían aplazados injustificadamente al no concretarse como derechos individuales en los que se determine clara y específicamente el derecho que corresponde (bien, servicio, etc.). (Peña Freire, 1997, p. 163). Por ello, las expectativas de que habla Ferrajoli deben ser entendidas dentro del marco mismo de la Constitución, es decir, como aquellas demandas que pueden enmarcarse en los valores y principios constitucionales y merecen ser aseguradas como derechos. Este encuadre se logra si se comprende la redefinición del principio de legalidad y las posibilidades que permite la estricta legalidad para la identificación de dichos objetos de garantía.

Así, siguiendo a Peña Freire (1997), podría resultar más adecuado extender el ámbito a garantizar a la noción de intereses legítimos desarrollada en Italia. Según esta concepción, anclada inicialmente en la actuación de los poderes públicos, valorando positivamente ciertos intereses en el ordenamiento jurídico que pueden constituir situaciones

jurídicas positivas que deban ser garantizadas (p. 173). En esta forma, el alcance de la protección constitucional se amplía incluyendo no solo el ámbito de las obligaciones del Estado en relación con la puesta en obra de los derechos (tanto los “derechos de” como los “derechos a”), sino, sobre todo, en relación con la posibilidad de fundar demandas y pretensiones a la administración en favor de la efectividad de los derechos; demandas cuya legitimidad puede dar lugar a la creación de posiciones jurídicas positivas objeto de protección (p. 175).

Sin duda, no se trata de reclamaciones arbitrarias sino de aquellas que cuentan con los principios constitucionales como marcos de referencia, dentro de los cuales encuentran condiciones sustanciales de posibilidad. Es decir, se trata de aquellos intereses que no se oponen a la Constitución y sus principios, sino que, en un ámbito de pluralidad social y política, son intereses relevantes tanto en términos personales como en términos sociales. Como señala Peña Freire (1997):

La formulación de este tipo de demandas no es sino una forma más de expresión de la centralidad personal, una forma de participación política en un contexto caracterizado por la clausura de las formas tradicionales de participación política. Ahora las demandas se orientan hacia formas de participación puntuales –como las que se llevan a cabo en los procedimientos administrativos, en los procesos judiciales, etc.–, en el sentido de vinculadas a un interés determinado frente a la abstracción de la participación en bloque democrático...– y alejadas de la generalidad y globalidad de la práctica legislativa y normativa. (p. 187).

Visto desde esta perspectiva, el modelo de los intereses legítimos y la imposibilidad de definirlos normativamente tendrían un mayor potencial generalizador o un mayor alcance en comparación con el modelo de los derechos subjetivos. Con otras palabras, el carácter flexible y determinable de los intereses legítimos con referencia a elementos y relaciones sociales y personales vinculados con los valores y principios constitucionales extendería la posibilidad de garantía de los derechos, aun de aquellos que resultan legítimos –hallándose o no positivados– y que carecen de garantías primarias o secundarias que permitan su realización o cumplimiento.

En suma, cuando se habla de derechos fundamentales no se habla de elementos trascendentes, indeterminados o indeterminables, sino de derechos subjetivos y de intereses legítimos que merecen tutela. Ello en relación tanto con las expectativas positivas como con las expectativas negativas. En esa dirección, los derechos fundamentales se pueden diferenciar de los derechos patrimoniales, fungen como dimensión “sustancial” de la democracia en cuanto parámetro que limita el poder de acción de las mayorías y defiende una esfera de lo indecible, se extienden incluso al ámbito internacional o global y se diferencian de sus garantías aunque tengan un nexo de carácter deóntico. A pesar de esto, válido es afirmar que la noción de intereses legítimos tiene un mayor potencial generalizador de las garantías de derechos, pues permite un mayor grado de participación en torno a elementos puntuales de los derechos tal y como los que se debaten en un procedimiento administrativo o judicial. No obstante, restaría por preguntarse, en términos de las funciones y los procesos jurídicos, ¿qué implicaciones tiene el paradigma garantista en los ámbitos legislativo, judicial y ejecutivo?

#### IV. LA EXIGIBILIDAD INSTITUCIONAL Y JUDICIAL

La nueva estructura de los ordenamientos jurídicos, en cuyo más alto nivel normativo se encuentran los derechos fundamentales como normas superiores positivadas en la Constitución, positivadas en instrumentos de derechos humanos y vinculadas materialmente a la Constitución o no positivadas pero conectadas directamente con demandas e intereses legítimos que merecen aseguramiento, tiene implicaciones en la manera en que deben funcionar los distintos niveles del ordenamiento jurídico. En efecto, son las instituciones legislativas, judiciales y administrativas o ejecutivas las encargadas de dar coherencia y plenitud al ordenamiento jurídico mediante la determinación de los derechos o intereses legítimos que deben ser objeto de protección.

En este sentido, colmar las lagunas y resolver las antinomias propias de sistemas nomodinámicos debe realizarse siguiendo la jerarquía normativa que imponen los derechos fundamentales. En el primer tomo de *Principia Iuris* el autor sostiene que las lagunas son omisiones de una decisión obligatoria en cuanto que las antinomias refieren a la

producción de una decisión prohibida por normas superiores. (Ferrajoli, 2011). En contraste con las nociones tradicionales de los dos conceptos, según las cuales “antinomia” sería una incompatibilidad entre normas independientemente de su jerarquía y “laguna” la ausencia de norma en el contexto de su aplicación, la perspectiva ferrajoliana plantea la modificación del ordenamiento jurídico por parte de un órgano competente que, en un caso u otro, intervenga para anular la norma indebida o incorporar la que falta. (Sferrazza, 2010, p. 9). Respecto a lo primero encontraríamos la función judicial, y en cuanto a lo segundo, la función legislativa.

Desde el punto de vista legislativo, indudablemente hay que considerar dos elementos: por un lado, el principio de legalidad, en el sentido de exigir que el poder político se exprese mediante la ley y, de otro lado, que la creación del derecho esté sujeta a la Constitución como límite y a la vez como orientación. Como señala Peña Freire (1997):

La configuración del ordenamiento que realiza el poder legislativo no es, por tanto, ni original ni creadora, sino que ya estaba en la constitución en el sentido que *era posible la misma*. Lo que hace el legislativo es señalar, de entre las diversas orientaciones posibles, aquella que será implementada. Y es en este punto donde se encuentra su especificidad y la de la ley como garantía del derecho. (p. 200).

Así, se puede distinguir como garantía legislativa no solo la necesidad de desarrollar la constitucionalización sino la transparencia del procedimiento legislativo mismo dentro del que debe llevarse a cabo. Este último, debido a que expresa la pluralidad deseable para una democracia en la que se respetan los elementos “indecidibles” por parte de la mayoría, empero, en dichas instancias el grado de participación y expresión de la diversidad se reputa más alto que en otras instancias como el gobierno o el poder judicial.

No hay que perder de vista, sin embargo, que en el Estado Constitucional ningún poder es absoluto y, por lo mismo, el legislativo puede no expresar esta función ideal que se le ha endilgado. Es decir, no hay que perder de vista tanto las dificultades estructurales de la ley como

mecanismo de garantía, pues esta se revela insuficiente, ni tampoco hay que olvidar la realidad operativa en la que se mueven los procesos legislativos. En efecto, los legisladores no son infalibles y en muchos casos son inactivos en términos de la concreción de los derechos y sus mecanismos. De este último caso, el ejemplo típico de inactividad es el escaso desarrollo de los derechos sociales –a pesar del principio de progresividad–.

Se pasa así a considerar el control constitucional desde el punto de vista judicial, desde el que la función de garantía se revela fructífera en cuanto permite –deslindando el juicio de vigencia del juicio de validez– resolver las antinomias y colmar las lagunas frente a actos positivos o a omisiones legislativas ilegítimas. ( Peña Freire, 1997, p. 208). Ambos fenómenos darían cuenta de la escasa vinculación del legislador con la Constitución y los derechos fundamentales en cuanto irrespetarían su indisponibilidad. En este caso, los jueces estarían en la obligación de hacer la crítica respectiva eligiendo el sentido de las normas que respete la Constitución y la desarrolle; sin que ello implique una valoración política personal sino una declaratoria de vicios de invalidez de las normas de acuerdo con la racionalidad jurídica. ( Peña Freire, 1997, p. 250).

La función jurisdiccional viene a resolver el cierre del sistema jurídico y se orienta por los fines constitucionales para adoptar las decisiones judiciales. De esta manera desempeña un papel de corrección en el derecho, dando sentido a la Constitución y las normas como su guardiana. Significa esto que si y solo si a ello se dedica el poder judicial puede considerarse legítimo en tanto adquiere razón de ser subordinado a los derechos fundamentales y no solo a la ley, y debe ejercer control y ser controlado por los demás órganos. ( Peña Freire, 1997, p. 241).

En este punto es factible escuchar las críticas relacionadas con la falibilidad de los jueces y el optimismo del paradigma garantista en su racionalidad. (Aragón, 2013). A pesar de que Ferrajoli no es cognitivista ni voluntarista, trata de darle autonomía al razonamiento jurídico a partir de su apuesta teórica por un positivismo crítico. (Sferrazza, 2010, p.15).

Finalmente, la garantía frente a la administración pública exige que su actividad se someta al derecho y que *a posteriori* pueda ser objeto de control judicial integral. Lo primero es una exigencia axiológica del Estado Constitucional según la cual la administración actúa dentro de ciertos límites y respetando ciertos contenidos que no debe tocar so pena de vulnerar las libertades básicas de los ciudadanos. Así, sus determinaciones requieren en primera medida contar con habilitación legal, con un marco normativo dentro del cual se señalen su autonomía y los límites a su autonomía de forma que sus actividades puedan ser consideradas válidas y legítimas. Ello implica también conservar el sentido político del ordenamiento y la manera en que la actividad de la administración se sujeta a él o le distorsiona. (Peña Freire, 1997, p. 278). Para el autor de *Derecho y razón*, este es un punto nodal, ya que la administración está encargada de la “esfera de lo decidible”, pues su funcionamiento está sustentado en la representación política al igual que el legislativo. (Ibáñez, 2011, p. 48).

Por su parte, el control judicial de las actividades de la administración es un manto que cubre todos los actos sin que su carácter político sea una excusa para evadir el control. (Taruffo, 2011, pp. 341-355). En este momento de la garantía puede comprenderse que los fines que orientan la administración no pueden desviarse en ningún caso del derecho y de la jerarquía normativa impuesta por la Constitución y los derechos fundamentales. (Peña Freire, 1997, p. 279). Cobran relevancia los derechos subjetivos y los intereses legítimos en cuanto la administración habilitada podría llevar a cabo su materialización y, en caso contrario, el control posterior permitiría concretarlos.

En este sentido es valioso considerar un nuevo sentido a la justicia administrativa:

No se trata de comprobar la legalidad de todas las partes del acto para concluir que no hay lesión al derecho, sino de hacerlo en sentido inverso: constatada la lesión al derecho el acto es inválido, independientemente del cumplimiento de todos los requisitos formales que el ordenamiento imponga. (Peña Freire, 1997, p. 292).

En efecto, la actividad de la administración no solo debe ampararse en una habilitación formal para operar sino que debe tener en cuenta los contenidos sustanciales de los derechos fundamentales, de otro modo no estaría asegurando los derechos conforme a la axiología de la Constitución; empero, ello implica invertir el razonamiento que hará el control posterior con el fin de constatar la vulneración al derecho, identificar los intereses legítimos y el sentido jurídico asignado por el legislador a las garantías, estableciendo con sentido crítico la manera de proteger los derechos individuales o colectivos.

En síntesis, en el paradigma garantista se plantea una nueva estructura de los ordenamientos jurídicos con la Constitución como vórtice. De manera que los derechos fundamentales desempeñan un papel de vectores del ordenamiento jurídico y se ubican en la cima de la jerarquía normativa. Esto lleva a sostener que los poderes legislativo, judicial y administrativo o ejecutivo deben desempeñar una función de garantía en el marco de su limitación recíproca. Estos poderes se encontrarían limitados tanto en sentido negativo (solo operan con respecto a las normas que les habilitan para actuar) como en sentido positivo (operan dirigidos por la Constitución y las normas que le desarrollen). El control recíproco que esto supone sitúa en un lugar importante al poder judicial como cierre operativo del sistema que garantiza la localización y resolución de lagunas y antinomias en favor del aseguramiento de los derechos fundamentales y en el marco del sentido político y jurídico de la Constitución. Este poder incluye el control sobre los actos de la administración que deben someterse a derecho para conservar su validez.

## CONCLUSIONES

El paradigma garantista se presenta como un modelo de derecho y de Estado de derecho que propone el aseguramiento de los derechos con base en una estructura de los ordenamientos jurídicos que tiene en la cúspide a la Constitución y a los derechos fundamentales; cualquier acto que busque legalidad y legitimidad debe sujetarse a estos presupuestos. También puede entenderse por garantismo una teoría general del derecho con varios niveles delimitados que posibilitan la crítica reflexiva tanto desde las disciplinas positivas del derecho como

desde la filosofía del derecho o la sociología jurídica; los tres niveles se encuentran concatenados y son los que ofrecen sentido a la racionalidad jurídica. En el centro de la cual se encuentran los fines del Estado Constitucional, y particularmente los derechos fundamentales.

Esto no se puede comprender sin considerar el carácter bifronte de los derechos fundamentales, es decir, su cara operativa y su cara proyectiva que orienta el ordenamiento. Tampoco se comprende si no se distingue la esfera jurídica de la esfera moral, pues la confusión entre los dos niveles de discurso no permite la autonomía de los juicios de validez jurídica. Por ello, lo que se propone en el paradigma garantista es un juicio sustancial que permita distinguir el ámbito de la vigencia y el ámbito de la validez de las normas, lo cual permite el control en términos del significado de las normas jurídicas y su coherencia con los derechos fundamentales. De este modo, el carácter proyectivo de los derechos fundamentales impone límites y habilita, a su vez, el ejercicio del poder.

Esto no implica que los derechos fundamentales sean abstracciones; al contrario, se trata de derechos subjetivos y de intereses legítimos que es necesario garantizar en el marco del Estado Constitucional. En ese orden de ideas, vinculan tanto expectativas positivas como negativas que se tengan respecto de la administración pública y representan la dimensión sustancial de la democracia, es decir, en la esfera de lo “indecidible” que no debe ser tocada por parte de las mayorías. De esta manera, se diferencian de los derechos patrimoniales, se extienden al ámbito internacional y se diferencian de sus garantías, aun cuando guarden con ellas un nexo de carácter deóntico. Con Peña Freire resultado útil y esclarecedor el uso de la categoría “intereses legítimos”, en cuanto permiten una mayor participación en torno a la concreción de los derechos fundamentales y sus garantías.

Finalmente, la nueva jerarquía normativa que plantea el paradigma garantista pretende vincular al legislativo, al judicial y al poder administrativo o ejecutivo tanto para limitarlos como para habilitarlos en sus funciones. El legislativo está sometido a derecho pero orientado por el mismo, solo se puede expresar mediante un procedimiento regulado; y ello en sí mismo es una garantía para el pluralismo y el

mantenimiento de la esfera de lo indecidible. Sin embargo, como en el Estado Constitucional no hay poderes absolutos, debe haber un control recíproco entre los poderes. Allí juega un papel crucial el poder judicial para localizar y resolver lagunas y antinomias y para controlar la actividad de la administración pública.

El paradigma garantista como teoría del derecho y como modelo de Estado se propone tanto la crítica como la superación de la brecha entre las normas y la realidad; en este sentido tiene un gran potencial para suscitar estudios e investigaciones sobre todos los ámbitos del derecho.

Vistos aquí los elementos fundamentales de dicho modelo, cabe preguntarse todavía por su capacidad para instalarse en la práctica de los operadores jurídicos, quienes parecen ser los principales llamados al aseguramiento de los derechos.

## REFERENCIAS

- Aguilera, R. (2011). Estudio Preliminar. En *Derecho y Democracia Constitucional. Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli* (pp. 15-29). Lima: ARA.
- Álvarez, L. (2010). Los derechos y sus garantías. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 13, 311-324.
- Aragón, M. (2013). Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución. *Cuestiones Constitucionales*, 29, 3-25.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bovero, M. (2011). Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado. En *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli* (pp. 61-77). Lima: ARA.
- Ferrajoli, L. (1997). Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho. *Doxa*, 20, 235-279.
- Ferrajoli, L. (2000). La filosofía analítica. En *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006a). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006b). La cuestión del embrión entre derecho y moral. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 245, 255-275.
- Ferrajoli, L. (2008a). La esfera de lo indecible y la división de poderes. En *Estudios constitucionales* (Chile: Universidad de Talca), año 6(1), 337-343.
- Ferrajoli, L. (2008b). La semántica de la teoría del derecho. En L. Ferrajoli, *Epistemología Jurídica y Garantismo*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2008c). Juspositivismo crítico y democracia constitucional. En L. Ferrajoli. *Epistemología Jurídica y Garantismo*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2008d). Derechos fundamentales y crítica del derecho. En L. Ferrajoli, *Epistemología Jurídica y Garantismo*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, L. (2009a). La igualdad y sus garantías. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13, 311-325.
- Ferrajoli, L. (2009b). La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. (2ª ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L. (2009c). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. (2ª ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L.(2011). *Principia Iuris Teoría del derecho y de la democracia*, t. III: La sintaxis del derecho. Madrid: Trotta.
- Gascón-Abellán, M. (2001). La teoría general del garantismo. A propósito de la obra de L. Ferrajoli *Derecho y Razón*. En *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, 31, 195-213.
- Habermas, J. y Jiménez Redondo, M. (1998). *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Ibáñez, P. (2011). Valores de la democracia constitucional. En *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli* (pp. 41-51). Lima: ARA.

- Kelsen, H. (1988). *Teoría General del Derecho y el Estado*. México: UNAM.
- Moreno R. (2006). Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* (Madrid), 3, 3-39.
- Moreno R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México: Universidad Nacional Autónoma de México), XL (120),825-852.
- Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta.
- Ruiz Saldaña, J. (2011). *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli*. (Tesis doctoral). Getafe, Universidad Carlos III de Madrid.
- Serrano, J. L. (1999). *Validez y vigencia: La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta.
- Sferrazza Taibi, P. (2010). La teoría jurídica crítica de Luigi Ferrajoli. En *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, 11. Madrid: Universidad Carlos III.
- Taruffo, M. (2011). Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. En *Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre principia iuris de Luigi Ferrajoli* (pp. 341-355). Lima: ARA.
- Torres Ávila, J. (2012). *El mandato del Estado social de Derecho, los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá, D.C.: Universidad Santo Tomás.
- Van Parijs, P. (2006). *La renta básica: una medida eficaz para luchar contra la pobreza*. Barcelona: Paidós.
- Waldron, J., Gargarella, R. y Martí, J. L. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.