

W

**WORKING
PAPERS**

354

“La paz del más débil”.

**Influencia europea y recepción en Colombia
de la teoría político-constitucional de Ferrajoli**

ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS



Institut de Ciències Polítiques i Socials
Adscrit a la Universitat Autònoma de Barcelona

“La paz del más débil”.
Influencia europea y recepción en Colombia
de la teoría político-constitucional de Ferrajoli

ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS

Universidad Libre de Colombia

WP núm. 354
Institut de Ciències Polítiques i Socials
Barcelona, 2018

L'Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS) és un consorci creat l'any 1988 per la Diputació de Barcelona i la Universitat Autònoma de Barcelona, institució aquesta última a la qual hi és adscrit a efectes acadèmics.

“Working Papers” és una de les col·leccions que edita l'ICPS, amb un informe previ del corresponent comitè de lectura, especialitzada en la publicació –en la llengua original de l'autor– de treballs en elaboració d'investigacions socials, amb l'objectiu de facilitar-ne la discussió científica.

La seva inclusió en aquesta col·lecció no en limita la posterior publicació per l'autor, el qual manté en tot moment la integritat dels seus drets.

Aquest treball no pot ésser reproduït sense el permís de l'autor.



Edició: Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS)
Mallorca, 244, pral. 08008 Barcelona (Espanya)
<http://www.icps.cat>

© Abraham Zamir Bechara Llanos

ISSN: 1133-8962

DL: B-10186-2012

INTRODUCCIÓN

El presente *Working Paper* pretende responder a las consecuencias constitucionales del establecimiento del posconflicto como *paz estable y duradera*. Específicamente en los puntos jurídico-democráticos del acuerdo final de La Habana, que constituye el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia, y el grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, (FARC-EP), ya que no podemos concebir un acuerdo desde lo político si no establecemos las justificaciones y fundamentaciones constitucionales de lo que genera el pacto, y de lo que este lleva “impregnado” y que permea todo el acuerdo: “la paz”.

Por eso nuestro enfoque epistemológico representa *la tesis de la dualidad de los derechos fundamentales*, concretada en el escenario de la democracia constitucional garantizada en el Estado constitucional y democrático de derecho, a los alcances que genera *la tesis de los derechos fundamentales como ley del más débil*, defendida y desarrollada por el profesor italiano Luigi Ferrajoli dentro de una teoría general denominada garantismo, cultora además de la construcción del paradigma del Estado constitucional de derecho. La metodología responde, desde el campo de las ciencias sociales y la ciencia jurídica, a una investigación dogmática jurídica o iusfilosófica, desde el análisis cualitativo de las principales tesis, postulados y características del Estado constitucional con relación a las categorías conceptuales en presunta tensión: paz, posconflicto, constitucionalismo y garantías, y su recepción en el Estado constitucional colombiano.

Se establecen así las conexiones teóricas y prácticas con lo que hemos denominado “garantismo para la paz en el Estado constitucional colombiano”, como recepción del garantismo constitucional desde la justificación ferrajoliana de los derechos fundamentales, expresadas como leyes de los más débiles, como crítica al ejercicio desmedido desde los escenarios de poder político y de configuración normativa en contra de los débiles, desprotegidos, discriminados o rechazados desde el mismo escenario de configuración jurídica y de la representación del concepto mismo de norma de derecho fundamental.

Finalmente, esta propuesta posibilita un enlace en el ámbito y contexto colombiano, en la generación de un espacio propicio para la consolidación del constitucionalismo colombiano como un verdadero *constitucionalismo garantista* para la implementación jurídico-política del Acuerdo de Paz de La Habana, firmado por el Gobierno de la República de Colombia y el hoy movimiento político denominado Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común. Anteriormente, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

ABRAHAM ZAMIR BECHARA LLANOS*

*abrahambechara@hotmail.com

I. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS: LA FÓRMULA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL EUROPEO

En el constitucionalismo de posguerra han surgido múltiples debates en torno a la idea de protección de *los derechos y las libertades*¹ fundamentales y de los escenarios de fundamentación a la estructura² de las normas de derecho fundamental. Discusiones que han sido planteadas desde los escenarios metateóricos, teóricos, filosóficos, dogmáticos, disciplinares y, finalmente, concretos, es decir, desde la materialidad misma de las disposiciones iusfundamentales.

El constitucionalismo de posguerra es aquel que se construye en la Europa Occidental, después de la Segunda Guerra Mundial, con el establecimiento de las primeras constituciones democráticas europeas. La Constitución italiana de 1947, y la Constitución alemana, o Ley Fundamental de Bonn de 1949. Dichas constituciones empezaron a gestar el concepto del Estado constitucional en tiempos de constitucionalismo, donde la primacía de los derechos fundamentales cobraba una especial relación, frente a los ciudadanos y el poder del Estado, hacia el ejercicio de las libertades fundamentales. En este sentido, un concepto amplio del Estado constitucional es el que propone Peter Häberle (2001, 45):

El Estado constitucional es, respectivamente, una suma parcial de filosofías políticas, textos de los clásicos, programas de partidos políticos, saber derivado de la experiencia, incluso de las “heridas”, de numerosas generaciones, así como de utopías concretas; es también una suma parcial de procesos revolucionarios y evolutivos.

En lo que hoy conocemos como constitucionalismo³, dichas disputas han cobrado un papel preponderante entre teóricos que defienden el concepto de derechos fundamentales, más

¹ Sobre el concepto de libertad en perspectiva histórica y su relación con el constitucionalismo, es importante destacar el trabajo de Pérez Francesch: “La libertad política es la que se establece entre cada uno de los ciudadanos y de los grupos en que se integra y las instituciones políticas establecidas. Aquí el principio liberal se manifiesta en la idea que el poder político es malo por naturaleza mientras que la vida social es el ámbito de la libertad. Una libertad, sin embargo, que no es la libertad natural, sin normas y reglas, sino precisamente con estas. La libertad política es, en consecuencia, la libertad constitucional”. Pérez Francesch, J. L. (2003), “Lord Acton y la historia de la libertad”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 121, julio-septiembre, p. 230.

² Sobre la estructura normativa de los derechos fundamentales, resulta importante la propuesta de Martin Borowski. Dentro de sus estudios sobre la estructura de los derechos fundamentales se destaca la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a partir de su estructura, generando una perspectiva novedosa que pretende superar los criterios clásicos de interpretación de los derechos fundamentales. Si las normas son interpretadas estructuralmente como reglas, su valoración interpretativa será más restrictiva, y aplicada a la lógica de las reglas, y al igual si la norma estructuralmente se interpreta como principios, la labor más extensiva en quien interpreta la norma será aplicar la lógica de principios: “La interpretación de una norma también puede llevarse a cabo desde la perspectiva de su estructura. Las propiedades estructurales de una norma pueden ser comprendidas como las modalidades de una norma”. Borowski, M. (2003), *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 25. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, p. 107.

³ El constitucionalismo puede ser definido como un escenario de discusión teórico en torno a los principales postulados, tesis, corrientes e ideologías que comprenden el concepto y materialización de la Constitución y de sus normas fundamentales, en ámbitos de aplicación o exclusivamente orientados a la fundamentación y justificación iusfilosófica. Se destacan algunos trabajos al respecto: Prieto Sanchís, L. (1997), *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México D. F.; Pozzolo, S. (1998), “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. *Doxa. Cuadernos de Filoso-*

hacia la reivindicación de un *derecho de los derechos*⁴ *fundamentales* en el Estado constitucional, o de un constitucionalismo de los derechos⁵, como normas estructuralmente vistas desde la óptica de las reglas, condicionadas a unos estándares interpretativos⁶ que, si bien positivamente formales, condicionan normas y disposiciones de derechos fundamentales en las mismas constituciones a la lógica de aplicación legalista⁷, o estrictamente llevada por un *legalismo de los derechos*, por parte de los tribunales constitucionales⁸. Dicha axiomatización va a estar ligada “a la subordinación de los derechos al imperio de la ley”.

En la otra orilla de la discusión están aquellos teóricos que posicionan los derechos fundamentales como normas no solo estructuralmente vistas desde la lógica principalista, sino que reivindican *el derecho por principios*⁹ como un escenario propio del Estado constitucional y democrá-

fía del Derecho, núm. 21, pp. 339-353; Comanducci, P. (2002), “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomía*, núm. 16, pp. 89-112; Pozzolo, S. (2008), “Neocostitucionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 38. núm. 2, pp. 405-418.

⁴ La expresión *El derecho de los derechos* es entendida como la conceptualización teórica que pone en la primacía del debate jurídico contemporáneo a los derechos fundamentales. Dicha noción ha sido desarrollada por el profesor colombiano Carlos Bernal Pulido en: Bernal, C. (2005), *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

⁵ *El constitucionalismo de los derechos* es una propuesta teórica desarrollada por el profesor español Luis Prieto Sanchís, en la que denomina una especial concepción de la teoría jurídico-constitucional enfocada a los derechos fundamentales. Dicha propuesta puede ser revisada más a fondo en: Prieto Sanchís, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos*. Editorial Trotta, Madrid.

⁶ Moreso (1997) defiende una *interpretación creativa del derecho* donde la norma solo existe desde el contacto con el juez, quien debe decidir la creación judicial del derecho. Esta no se encuentra en la norma misma, sino en la acción que despliega el operador jurídico. Moreso, J. (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, p. 212.

⁷ Sobre la noción moderna de reglas, como el tipo de normas características de los sistemas jurídicos influenciados por el legalismo, o imperio de la ley, también entendido desde su perspectiva teórica como positivismo jurídico, se destaca la propuesta de Laporta (2007), que en su fundamentación sobre el concepto mismo de reglas debate sobre la conceptualización propuesta por Dworkin en la disputa por los principios como el tipo de normas investidas de un ropaje moral, y constitucionalmente conducidas a estructurarse como derechos fundamentales, sobre todo en las constituciones de la Europa de posguerra. Laporta, F. (2007), *El imperio de la ley*. Editorial Trotta. Madrid, p. 83.

⁸ Sobre el papel histórico de los Tribunales Constitucionales se destaca la propuesta de Eduardo García de Enterría. El profesor español explica la influencia norteamericana sobre Europa Occidental y evidencia las dificultades de su recepción completa y sin restricciones, llevando a la aplicación del modelo kelseniano de control de constitucional y, por ende, de su propuesta de Tribunal Constitucional: “El primer reflejo de esta recepción, de este retorno al tema de los Tribunales Constitucionales, se hará acudiendo al modelo kelseniano. Es el modelo que se tiene más a mano ante la dificultad de acoger el sistema americano originario, lleno de convenciones, prácticas y sobreentendidos, como producto vivo de una historia perfectamente singular y propia”. García de Enterría, E. (1981), “La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. I, enero-abril, p. 45.

⁹ La noción del *derecho por principios* ha sido construida por el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky. Para él los principios constituyen un elemento principal de los modernos Estados constitucionales y un rasgo tangible de los derechos fundamentales. Su perspectiva es complementaria, pues no entra en el debate puntual desde una óptica principalista o no, o desde una reivindicación de iusnaturalismo o positivismo jurídico, ya que considera que los principios y los derechos fundamentales en el Estado constitucional superan esa dicotomía clásica de la teoría y la filosofía del derecho. Zagrebelsky, G. (2009), *El derecho dúctil*. Novena edición. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta, Madrid, p. 109. En el mismo sentido de complementariedad entre ley y derechos, entre legalidad y justicia, y de los retos del constitucionalismo donde la noción de principios no es utilizada en sentido dicotómico se evidencia en Zagrebelsky: “El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*; fuera de

tico, estableciendo nuevos márgenes de acción para las decisiones judiciales que pongan fin a conflictos y colisiones constitucionales. Así, validan la dimensión del peso o la importancia¹⁰, en palabras de Dworkin¹¹, porque gracias a dicha característica, propia de las normas de principio, el juez puede lograr otorgarle un contenido normativo concreto a aquella norma que en su fase más abstracta resulta indeterminada o con una gran *textura abierta*, no permitiéndole al juez constitucional tomar la decisión bajo el mismo modelo de adjudicación ya aplicado *in extenso* en tiempos del Estado de derecho, específicamente en su esplendor decimonónico.

Hasta aquí, podría parecer que esta tesis entraría en el campo de los acuerdos y desacuerdos¹² que en el escenario del constitucionalismo de aproximadamente siete décadas de construcción ha generado las múltiples teorías, tesis, postulados, posturas, enfoques, ideologías, filosofías y corrientes de pensamiento, de cada uno de los representantes que enarbolan las banderas de lo que, en estricto sentido iusfilosófico, tiene menos de dos décadas.

Se habla de neoconstitucionalismo como teoría jurídica a partir de la apropiación de dicho término por la profesora italiana Susanna Pozzolo¹³, como madre de la expresión o acepción, y en sentido paternalista la titularidad reposa en el profesor Paolo Comanducci¹⁴, también italiano.

Desde la óptica eminentemente constitucional, el debate es aún más reciente, debido a que, a partir de la distinción conceptual dentro de una defensa garantista de los derechos funda-

formalismos, en la capacidad de salir del área del poder y de las frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor”. Zagrebelsky, G. (2004), “La ley, el derecho y la constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 72, septiembre-diciembre, pp. 22-23.

¹⁰ La distinción especial en Dworkin es que determina una característica totalmente distinta a las normas tipo regla por parte de los principios, llamada por él la dimensión del peso o la importancia: “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene”. Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Editorial Ariel, Barcelona, pp. 77-78.

¹¹ El texto capital de Ronald Dworkin sobre el debate entre normas tipo reglas y normas tipo principio es *Los derechos en serio*. Dicho debate se centra en determinar una dimensión totalmente expresada en los principios, que no van a generar las normas tipo regla. Tal característica esencial es la dimensión de la importancia, llamada también del peso. Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio*. Editorial Ariel, Barcelona.

¹² Para una lectura actual sobre la tesis de los acuerdos y desacuerdos en el derecho, y especialmente desde una vista teórica desde el sistema español, ver Ramírez Ludeña, L. (2012), “Los desacuerdos en el derecho”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, pp. 125-155.

¹³ Uno de los primeros trabajos donde la profesora italiana Susanna Pozzolo plantea la expresión neoconstitucionalismo, y por la cual es considerada como la teórica que acuñó el término, es: Pozzolo, S. (1998), “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 21, pp. 339-353.

¹⁴ “Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”. Comanducci, P. (2002), “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomía*, núm. 16, p. 97.

mentales, Ferrajoli¹⁵ plantea dos escenarios disímiles en la justificación no solo de la teoría de los derechos y la idea misma de las normas de derecho fundamental, sino en la visión y defensa de la constitución.

El profesor italiano denomina tal dicotomía como *constitucionalismo garantista* y *constitucionalismo principialista*. En tal sentido, toda la construcción se orienta en determinar la discusión en torno al neoconstitucionalismo o constitucionalismo; ahora desde una perspectiva más rigurosa en el abordaje de dicho tópico, que propone la idea de establecer peculiaridades propias de dos tesis totalmente contrarias defendidas bajo un mismo escudo.

En este orden de argumentos, la propuesta teórica de Ferrajoli, en su constitucionalismo¹⁶ garantista, puede verse al menos desde dos sentidos:

- El primero de ellos orientaría la lectura en mostrar la pretensión de Ferrajoli en dejar de ser rotulado como un constitucionalista y evidenciar los desarrollos en su teoría neopositivista de los derechos fundamentales y de la Constitución¹⁷.
- El segundo denotaría la especial crítica dirigida y casi personalizada¹⁸ en contra de quien defendería la otra orilla de la ribera, y que enarbolaría, en otra margen del canal, el pabellón del constitucionalismo principialista. Nos referimos específicamente a Alexy.

Concretamente, la crítica de Ferrajoli a Alexy es sobre su *pretensión de corrección*, el cual, dos años después, contesta las críticas no solo en clave directa a Ferrajoli, sino a los teóricos que defienden las nuevas concepciones iuspositivas o los postulados neopositivistas. “El argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales, así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo, necesariamente formulan una pretensión de corrección”¹⁹.

¹⁵ Ferrajoli, L. (2011a), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo I. Teoría del derecho*. Primera edición. Editorial Trotta, Madrid.

¹⁶ Una lectura moderna y actual del constitucionalismo es la que propone Zagrebelsky en: Zagrebelsky, G. (2013), “Constitucionalismo”. *Derechos y Libertades*, núm. 29, Época II, junio, pp. 19-38.

¹⁷ Además de Ferrajoli, que no solo puede considerarse como uno de los máximos exponentes del paradigma del Estado constitucional de derecho, existen los trabajos de Guastini y Zagrebelsky en el ámbito de la teoría del derecho y el constitucionalismo italiano y de otros profesores pertenecientes a la llamada escuela genovesa del derecho. Sobre la idea de Constitución es importante la lectura que establece Riccardo Guastini: “Muchas constituciones contemporáneas, además, incluyen también una multiplicidad de normas ‘de principio’ o de normas ‘programáticas’. Unas contienen los valores y principios que informan –o al menos eso se supone– a todo el ordenamiento jurídico. Las otras recomiendan al legislador (y eventualmente a la administración pública) perseguir programas de reforma social económica y/o social”. Guastini, R. (1999), *Sobre el concepto de Constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Cuestiones Constitucionales. UNAM, p. 168.

¹⁸ “Añadiré que esta concepción tendencialmente iusnaturalista del constitucionalismo es sostenida no solo por los principales exponentes del constitucionalismo no positivista, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky y Manuel Atienza, sino también por algunos de sus críticos, como Michel Troper, iuspositivista estricto, para quien el constitucionalismo es incompatible con el positivismo jurídico”. Ferrajoli, L. (2011b), “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34. p. 22.

¹⁹ Alexy, R. (2013), “No positivismo incluyente”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 36. p. 18.

El debate en Alexy nuevamente sube los márgenes de la argumentación a la teoría jurídica y la filosofía del derecho, y pone de presente una respuesta no constitucionalista garantista, traducida en su *no positivismo incluyente*. La idea de Alexy sobre su *constitucionalismo principialista* y la visión interpretativa de las normas de principio²⁰ a la materialización de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional, fue concebida en su *Teoría de los derechos fundamentales* y se estructuró en el constitucionalismo moderno y en la teoría constitucional contemporánea.

Alexy identifica que la estructura normativa de las disposiciones de derechos fundamentales es precisamente la estructura principialista, es decir, los derechos fundamentales son eminentemente normas jurídicas de principio. Y desarrolla su “famoso” concepto de *mandatos de optimización*²¹ al identificar que los derechos fundamentales son mandatos que direcciona e impone el juez constitucional, en aras de su cumplimiento material de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales de su cumplimiento.

Si los derechos fundamentales son estructuralmente principios, los principios configuran la estructura normativa de los derechos fundamentales, y al ser los principios eminentemente normas de textura abierta, el juez necesariamente debe hacer una interpretación más exhaustiva para lograr determinar la aplicación del principio con mayor peso en las eventuales colisiones²² entre principios constitucionales.

II. LA RELACIÓN DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL DERECHO DEL MÁS DÉBIL DE LUIGI FERRAJOLI

El postulado de fundamentación del concepto de derechos fundamentales *como ley del más débil*, presentado como la relación entre derechos y garantías²³, evidencia la preocupación del profesor italiano, primero, por el cumplimiento de las obligaciones y deberes de las garantías pri-

²⁰ El *argumento de los principios*, desarrollado especialmente por Alexy, determina una crítica a la estructura abierta del positivismo, no a su textura, pues el profesor alemán distingue entre la estructura del derecho y la textura del derecho. Esta estructura del derecho, desde la vista positivista, permite la creación judicial del derecho apoyándose los jueces y los juristas en elementos extrasistémicos cuando los casos son dudosos o se presentan vaguedades en el lenguaje jurídico: “El argumento de los principios dice que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral. A ello responde la afirmación del Tribunal Constitucional Federal en el ya mencionado fallo sobre la creación judicial del derecho”. Alexy, R. (2004), *El concepto y la validez del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona, p. 74.

²¹ “According to the standard definition presented above, principles are optimization commands, that is, commands to optimize, because they impose the obligation that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible”. Alexy, R. (2000), “On the Structure of Legal Principles”. *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 3, septiembre, p. 300.

²² “La pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principio – como quiera que solo pueden entrar en colisión principios válidos – tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. Alexy, R. (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 71.

²³ “En el sentido de que los derechos fundamentales promulgados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”. Ferrajoli, L. (2002), “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. *Isonomía*, núm. 16, p. 16.

marías sobre la consagración misma de los derechos fundamentales en los órdenes normativos concretos y, segundo, su inquietud teórica, centrada en determinar los alcances por el cumplimiento de los derechos en la protección judicial de los mismos, o en el resarcimiento de los daños ocasionados, en la función de garantía primaria, ejercida en la actividad judicial y en la labor jurisdiccional de los derechos fundamentales, en el despliegue efectivo de las garantías secundarias.

El papel preponderante de *los derechos fundamentales como leyes o ley de los más débiles* va a estar concebido por la defensa de los mismos, que no comprende un activismo judicial constitucional en sentido estricto, ya que desde esta arquitectura constitucional los derechos fundamentales van a estar siempre inmersos en la *dicotomía primaria de cumplimiento* y en la *dicotomía secundaria de protección*.

Se entendería por activismo judicial tal función si el poder judicial o el juez constitucional se arrogara automáticamente tal función de tutela y judicialización iusfundamental. Su despliegue institucional se posibilita por el diseño mismo de los derechos fundamentales, antes de la relación derechos y garantías, garantismo primario-garantismo secundario, la positivización constitucional²⁴ en un formalismo de los derechos fundamentales, dejando a un lado los elementos sustanciales de esta categoría de derechos esencial en los Estados constitucionales.

Se explica así la imperiosa necesidad de un constitucionalismo de los derechos fundamentales sustancial o en una dimensión sustancialista de los mismos, como un *ius*²⁵ de los derechos fundamentales. Todo ello justificaría el despliegue de un poder de garantía secundaria otorgado especialmente al juez constitucional dentro de la materialización misma del Estado constitucional y democrático de derecho, y a su vez fundamenta históricamente *la tesis de los derechos del más débil*:

Consiste en el hecho de que los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos –desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales– como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional (Ferrajoli, 2008, 1139).

²⁴ Sobre el constitucionalismo positivista denominado, particularmente por Ferrajoli, como un garantismo constitucional, se establece una fuerte crítica del profesor español Alfonso García Figueroa, en torno a su concepto positivista de los derechos fundamentales: “[el constitucionalismo garantista]. Este segundo modelo es el que, con sus matices, defiende Ferrajoli. En su opinión, los derechos fundamentales tienen una configuración de regla (no de principio), su aplicación es reconducible a un caso de subsunción (no de ponderación) y todo ello se enmarca en una teoría del derecho positivista clásica, en el bien entendido de que el positivismo de Ferrajoli no es el ‘paleopositivismo’ ajeno a la formulación de juicios de valor a la hora de la determinación de la validez de las normas jurídicas”. García Figueroa, A. (2001), “Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34. p. 128.

²⁵ El *ius* como sustancia o dimensión sustancial es ampliamente descrito por Zagrebelsky como separación entre *lex* y *ius*, separación entre el concepto de legalidad como derecho y de justicia como derecho. Para un mayor estudio de esta conceptualización, véase Zagrebelsky, G. (2004), “La ley, el derecho y la constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 72, septiembre-diciembre, pp. 11-24.

En este orden de argumentos, la relación derechos y garantías en el concepto de derechos fundamentales como ley del más débil implica ir más allá de un reconocimiento formal, expreso y explícito de los derechos constitucionales y de las normas procedimentales²⁶ para su cumplimiento. La consagración misma de las garantías. En este punto de la teoría de Ferrajoli se evidencia una crítica plausible al derecho internacional y a los mismos derechos humanos al no poseer garantías directas del cumplimiento por parte de los Estados o sujetos del derecho internacional, así como la superación de la propuesta de Kelsen²⁷ de los derechos y su carácter supranacional. “Esta tesis cuya formulación clásica se debe a Hans Kelsen se concreta en la afirmación de que, más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”²⁸.

III. GARANTISMO PARA LA PAZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

En el escenario colombiano, la implementación legislativa y el desarrollo normativo de los Acuerdos de la Habana, en particular el punto de víctimas, se vislumbran hoy como tópicos sin importancia, toda vez que estamos en aires preelectorales, de alianzas políticas y de candidatos que, sin serlos, ya pautan en medios nacionales mostrándose como los prohombres que van a convertir a Colombia, por fin, en un territorio de júbilo y de gozo total.

III.1. Los políticos y la defensa de los “intereses”

Nunca antes en la historia política reciente, un expresidente se había envalentonado tanto, y llenándose de fuerza ubérrima, en contra de lo que podría estructurarse con el paso del tiempo como el hecho nacional de mayor relevancia en los últimos 60 años de vida republicana de Colombia, no solo por el cese de hostilidades, que ya resulta de gran valía, sino por el

²⁶ Las miradas sobre las garantías secundarias judiciales en Ferrajoli han sido objeto de discusión y teorización por procesalistas, tal como indicábamos al inicio de este estudio, no solamente por teóricos del derecho y constitucionalistas. En este sentido, uno de los procesalistas más importantes de nuestro tiempo se ha detenido a observar y analizar desde la ciencia del derecho procesal las implicaciones de las garantías y la fundamentación garantista en Luigi Ferrajoli. Se trata de Michele Taruffo: “El punto de partida del discurso es la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos”. Taruffo, M. (2008), “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, p. 384.

²⁷ Resulta trascendental para los fines de este estudio –que Kelsen ya desatacaba en sus construcciones teóricas sobre el derecho constitucional– la necesidad del establecimiento de unas garantías en la Constitución que posibilitaran un refuerzo jurisdiccional para su cumplimiento estatal y normativo. Originariamente, dicha conceptualización fue presentada por Hans Kelsen en Viena en el año 1928: “Estas garantías constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado con relación a la regularidad de los actos estatales en general. Las garantías son preventivas o represivas, personales u objetivas. Las garantías preventivas tienden a prevenir la realización de actos irregulares. Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y, eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular”. Kelsen, H. (2011). “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”. Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión: Domingo García Belaunde. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, p. 266-267.

²⁸ Ferrajoli, L. (2010), *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, p. 59.

reequilibrio de las desigualdades sociales que implica el acuerdo mismo, y con ello materializar un verdadero Estado constitucional²⁹ de derecho. Y esto, no para decir que estamos de acuerdo o en contra con el desarrollo del proceso de paz, si somos liberales, conservadores, verdes o azules, amarillos, rojos o del centro, en aras de lograr que el Congreso de la República no pueda desarrollar todas las iniciativas que revistan de ejecutividad a los acuerdos. Se trata de la defensa de los derechos fundamentales, como *la de defensa del derecho de los más débiles*: las víctimas del conflicto, directa o indirectamente, todos los nacionales y residentes en el territorio colombiano.

III.2. Del guardián de la Constitución al guardián de los derechos fundamentales

Otra polémica no menos importante del ya agitado contexto local son las últimas decisiones que ha tomado la Corte Constitucional en torno a lo que coloquialmente se ha conocido como *fast track*. Jurídicamente, se trata del Proceso Legislativo Especial para la Paz, la hoja de ruta y la metodología de técnica legislativa para que nuestro Congreso lleve al plano legal todo lo acordado entre el Gobierno de Colombia, representado por el presidente Juan Manuel Santos, y las hoy extintas FARC.

La *tensión constitucional concreta* se muestra en la modulación o nuevo alcance interpretativo que le da la Corte Constitucional al Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, declarando mediante la Sentencia C-332 de 2017, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Inexequible de manera parcial la implementación de acuerdo de paz a través del *fast track*. Específicamente, otorgándole otro entendido normativo a lo dispuesto inicialmente en los numerales h) y j) del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2016. La polémica decisión hace una lectura equívoca de la Constitución, de conformidad con las consideraciones del máximo intérprete y guardián de la Ley Fundamental de Colombia. Dichos literales la sustituyen en su integridad, y esta dejaría de guardar relación y proporcionalidad con el espíritu del Constituyente de 1991, es decir, con la misma Asamblea Nacional Constituyente cuando, aproximadamente hace 26 años, promulgó la Constitución que hoy nos cobija como colombianos.

III.3. El guardián que todos estaban esperando pero, al parecer, les falló

Cuando se ternó a Carlos Bernal Pulido para llegar a la Corte Constitucional, la mayoría de constitucionalistas y académicos del derecho miraron con buen ojo no solo que hubiera sido uno de los ternados, sino las dos ternas que se postularon en ese momento para reemplazar al saliente magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y al magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, los dos involucrados en el escándalo de la tutela de Fidupetrol y la presunta dádiva entregada a Pretelt,

²⁹ Hemos trabajado con anterioridad la conceptualización del Estado constitucional de derechos desde la perspectiva colombiana en los siguientes trabajos: Bechara, A. (2011), “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 6, núm. 2, pp. 63-76; Molineros, V. y Bechara, A. (2017), “Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional”. *Revista de Derecho*, núm. 48, pp. 163-188; Bechara, A. (2017), “Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: El escenario de la Corte Constitucional colombiana”. *Revista Justicia*, núm. 32, pp. 15-37.

por 500 000 000 \$ para presentar ponencia de tutela positiva al respecto. Pretelt por, supuestamente, haberla recibido, y Vargas Silva por prender el ventilador al interior de la corporación, que hasta ese entonces se veía como inquebrantable o incorruptible.

Bernal Pulido llegaba entonces como el magistrado de grandes pergaminos académicos, entre ellos dos doctorados, y un prestigio jurídico a escala global, siendo profesor en distinguidas universidades europeas, latinoamericanas y de lengua inglesa. Bernal utilizó la controvertida y polémica “teoría de la sustitución de la Constitución”, llamada jurisprudencialmente por nuestra Corte Constitucional como *juicio o test de sustitución*, tema, además, acuciante de nuestros congresistas, toda vez que siempre que hay una elección por parte del Senado de la República de magistrado de la Corte Constitucional, el tópico vuelve y cobra vida.

Entonces ocurrió lo impensable, no solo para quien lo ternó, el presidente de la República, sino para quien fue su escudero para la terna, el antiguo magistrado y hoy rector de la Universidad Externado de Colombia Juan Carlos Henao Pérez, desconociendo no solo la “teoría de la sustitución de la Constitución”, sino la misma *teoría de la ponderación y del principio de proporcionalidad*, estudio que configuró su tesis doctoral y por la cual obtuvo dichos reconocimientos, inclusive por el mismo padre de la ponderación en el derecho, el profesor alemán Robert Alexy. Bernal inclina la balanza, 5 a 4.

Según la estructuración de la *ratio decidendi* que configuró la Sentencia C-332 de 2017, que citamos literalmente:

Por su parte, al analizar los cargos dirigidos contra los literales h) y j) del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2016, la Corte Constitucional concluyó que, en la medida en que tales disposiciones contenían limitaciones desproporcionadas a la capacidad deliberativa y decisoria del Congreso de la República en materias que pueden conducir a reformas estructurales del ordenamiento jurídico, sea en el nivel legal, o, incluso, en el constitucional, las mismas resultaban incompatibles con el principio democrático y de separación de poderes, y por consiguiente, sustituían parcialmente la Constitución.

III.4. El guardián de los derechos fundamentales que nadie estaba esperando, pero llegó

La Sentencia C-332 de 2017 se conoce como la “sentencia de la discordia”, primero por el tema de la terna del presidente, y luego por el inesperado voto de Bernal. Se le ha agregado un tinte adicional, el presunto prejuzgamiento de Bernal, que lo obligaba a declararse impedido para votar en dicha decisión, en virtud de que, con su capa de académico, ya había dado opiniones sobre el mismo Acuerdo de La Habana, todas apuntando a su negativa del mismo, “crónica de un voto anunciado” que todos sabían menos quien lo ternó. Finalmente, el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, no tan reconocido en el ámbito académico, proveniente de la vicepresidencia jurídica de Ecopetrol, salvó parcialmente su voto y manifestó:

El procedimiento especial de trámite legislativo no sustituye el principio de separación de poderes, pues el Congreso conserva su competencia para deliberar sobre las propuestas de reforma

presentadas por el Gobierno, así como para aprobarlas o improbarlas mediante reglas especiales, que si bien restringen tales competencias, no las anulan ni impiden la utilización de los procedimientos ordinarios de reforma, los cuales se encuentran vigentes.

CONCLUSIONES

El Estado constitucional colombiano como aspiración teórica solo podrá ser alcanzado cuando exista, en el plano dogmático de los derechos fundamentales, la correcta interpretación de la estructura de las normas tipo valor, las normas tipo principio y las normas tipo garantía. Esta situación ha generado en la conceptualización colombiana una esfera de discusión entre la aplicación material o no de las normas, intentando establecer *conexiones normativas* con lo establecido y acordado en el acuerdo final entre las FARC-EP y el Gobierno de Colombia.

La fórmula estructural del Estado constitucional de derecho en Colombia solo se alcanza entre la aspiración práctica, los principios y las garantías, como fuerza jurisdiccional de los derechos consagrados normativamente en la Carta Política de 1991, a partir de los desarrollos que establece la Corte Constitucional, de los postulados superiores consagrados en la Constitución de Colombia, estableciendo así una tensión constante entre la construcción legislativa de los derechos y la Corte Constitucional como órgano de consagración legislativa positiva, a falta de la creación establecida en el nivel de las garantías primarias.

El escenario de *la paz de los más débiles* se da en el caso concreto del acuerdo final de La Habana, porque no existe plena conciencia de la seguridad jurídica que los acuerdos deben brindar para un real posconflicto. El acuerdo tiene un primer paso político, y los grandes debates han girado en la palestra pública solo orientados a la representación de una democracia de partidos, y no de una democracia de los derechos, desde la perspectiva europea y especialmente desde las concepciones teóricas de Luigi Ferrajoli.

Específicamente en el caso colombiano, la propuesta de democracia constitucional, desde el respeto político por los derechos fundamentales, dándole precisamente una prevalencia al escenario de concertación de los derechos, ha girado en torno a un peso mayor a lo jurídico dentro del acuerdo. Un ejemplo de ello, hoy, son los conflictos de competencia que se han suscitado entre la JEP (justicia especial de paz) y la justicia ordinaria, estableciendo así un desbalance entre los puntos políticos y jurídicos del acuerdo final.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2000). “On the Structure of Legal Principles”. *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 3, sept., pp. 294-304.
- ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, R. (2013). “No positivismo incluyente”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 36.
- BECHARA, A. (2011). “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”. *Revista Saber Ciencia y Libertad*, vol. 6, núm. 2, pp. 63-76.
- BECHARA, A. (2017). “Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana”. *Revista Justicia*, núm. 32, pp. 15-37.

- BERNAL PULIDO, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOROWSKI, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 25. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COMANDUCCI, P. (2002). “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomía*, núm. 16, pp. 89-112.
- DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel.
- FERRAJOLI, L. (2002). “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. *Isonomía*, núm. 16, pp. 7-20.
- FERRAJOLI, L. (2008). “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo-agosto, pp. 1135-1145.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Séptima edición. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo I. Teoría del derecho*. Primera edición. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011b). “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, pp. 311-360.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981). “La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. i, enero-abril, pp. 35-131.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2001). “Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, pp. 121-137.
- GUASTINI, R. (1999). “Sobre el concepto de Constitución”. Traducción de Miguel Carbonell. *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 1, pp. 161-176.
- HÄBERLE, P. (2001). *El Estado constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadés. Traducción de Héctor Fix-Fierro. Serie doctrina jurídica, 47. México: Instituto de investigaciones jurídicas / Universidad Nacional Autónoma de México.
- KELSEN, H. (2011). “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”. Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión: Domingo García Belaunde. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, pp. 249-300.
- LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta.
- MOLINARES, V.; Bechara, A. (2017). “Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional”. *Revista de Derecho*, núm. 48, pp. 163-188.
- MORESO, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.
- MORESO, J. (2011). “Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, pp. 183-199.
- PÉREZ FRANCESCH, J. L. (2003). “Lord Acton y la historia de la libertad”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 121, julio-septiembre, pp. 223-231.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México DF: Fontamara.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- POZZOLO, S. (1998). “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, pp. 339-353.
- POZZOLO, S. (2008). “Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 38, núm. 2, pp. 405-418.
- RAMÍREZ LUDEÑA, L. (2012). “Los desacuerdos en el derecho”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 35, pp. 125-155.

- TARUFFO, M. (2008). “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción.” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, pp. 383-392.
- ZAGREBELSKY, G. (2004). “La ley, el derecho y la constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 72, septiembre-diciembre, pp. 11-24.
- ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*. Novena edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta.
- ZAGREBELSKY, G. (2013). “Constitucionalismo”. *Derechos y Libertades*, núm. 29, época II, junio, pp. 19-38.



www.icps.cat